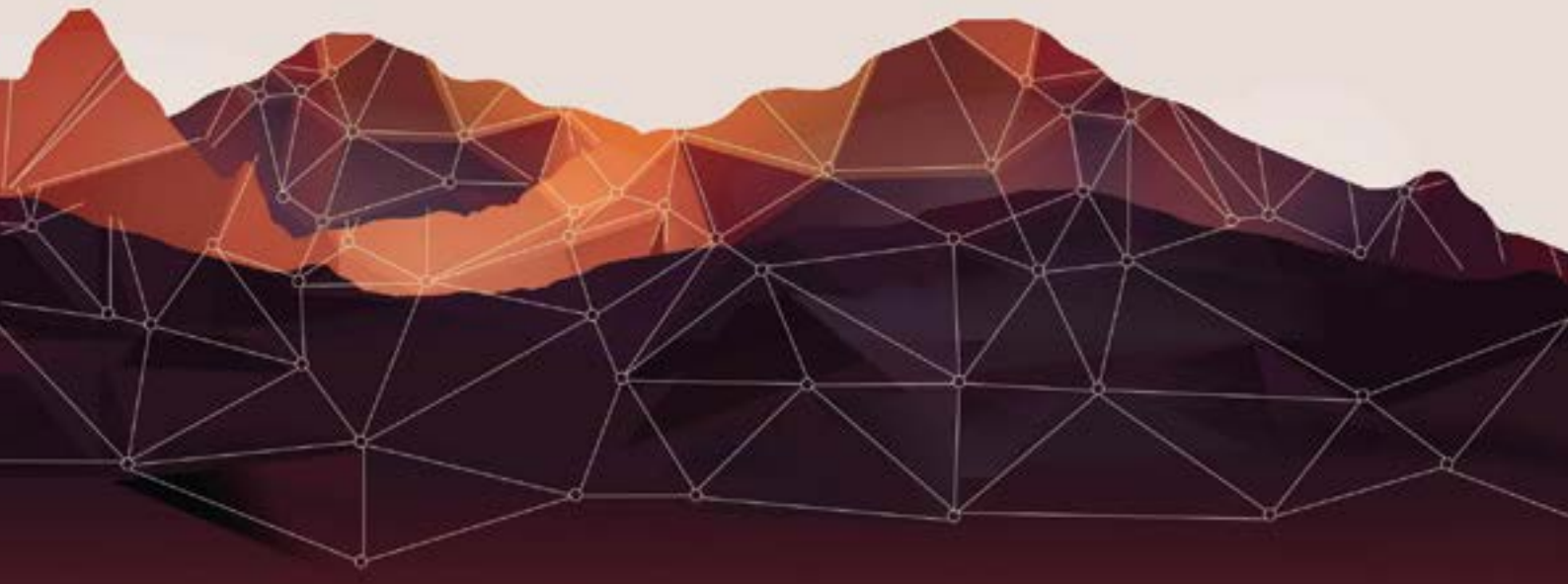
| Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Ano 72 | v. 229 | janeiro a junho de 2021



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. 72	v. 229	p.1-650	jan./jun. 2021

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
Mariana de Souza Sickert Rodrigues
Maurício Tobias de Lacerda
Waldir Batista Pinheiro de Barcelos

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes
Rua Raul Pompeia, 101 - 7º andar - Telefone (31) 3289-8601
30330-080 - Belo Horizonte/MG - Brasil
www.ejef.tjmg.jus.br - 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 **10**
A educação museal e os museus
Andréa Vanêssa Costa Val

DOUTRINA

ICMS e sonegação fiscal: uma análise do HC 399.109/STJ **14**
Lucas Araújo Santos

O sistema de precedentes qualificados como técnica adequada de gestão processual no contexto do fenômeno da explosão de litigiosidade **23**
Rodrigo Martins Faria

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial **32**

Súmulas **42**

Jurisprudência Cível **46**

Jurisprudência Criminal **433**

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA **580**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **610**

Desembargador

SÉRGIO LELLIS SANTIAGO

Desembargador Sérgio Lellis Santiago

O Desembargador Sérgio Lellis Santiago nasceu no município mineiro de São Domingos do Prata em 23 de abril de 1933. Era filho do Desembargador José de Assis Santiago, ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais – TRE-MG (1968/1969), e Delphina de Lellis Ferreira Santiago; pai do Desembargador Alexandre Quintino Santiago e irmão do Desembargador Edelberto Lellis Santiago.

Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (1956), foi advogado nas Comarcas mineiras de São Domingos do Prata, Nova Era, Dom Silvério, Rio Piracicaba e Coronel Fabriciano, e também no Rio de Janeiro, no período de 1957 a 1967.

Ingressou na Magistratura em 1967, tendo atuado nas Comarcas de Perdões, Almenara, Ubá, Senador Firmino e Visconde do Rio Branco, onde foi Diretor do Foro. Em 1974, foi promovido a Juiz de Direito na Comarca de Belo Horizonte. Foi promovido ao Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) em 1978, Instituição da qual exerceu os cargos de Vice-Presidente (1983) e Presidente (1984).

Em 1985, tomou posse como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Foi Corregedor-Geral de Justiça (1992) e Presidente do TJMG, de 1999 a 2001. Aposentou-se em 23 de abril de 2003.

Na atuação representativa, foi Vice-Presidente da Associação Regional dos Magistrados Mineiros, da qual também foi fundador, em Juiz de Fora, de 1970 a 1971. Ocupou também o cargo de Diretor Secretário da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis) nos biênios 1975/1977 e 1977/1979.

Foi agraciado com diversas condecorações, como a de Personalidade de Destaque Judiciário (1976), pelo Clube dos Advogados de Minas Gerais; a Medalha Nacional do Mérito Judiciário (1978); a Medalha Santos Dumont, nos graus Prata (1983) e Ouro (1987); a Grande Medalha da Inconfidência (1984); a Medalha Especial do Mérito Legislativo, conferida pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais (1984); e a Medalha de Mérito Desembargador Ruy Gouthier de Vilhena (1997).

O Desembargador Sérgio Lellis Santiago faleceu em 19 de janeiro de 2019.

Referências

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Gerência da Magistratura (GERMAG). Belo Horizonte.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Lista de Desembargadores. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/sergio-lellis-santiago-1.htm. Acesso em.: 05.06.2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Nota de pesar. Publicado em 19.01.2019. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/nota-de-pesar--8ACC815995C7CC540195C94189503CDB-00.htm. Acesso em: 05.06.2021.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Institucional/Conheça o TRE-MG/Ex-presidentes. Disponível em: https://www.tre-mg.jus.br/institucional/conheca-o-tre/ex-presidentes. Acesso em: 05.06.2021.

A educação museal e os museus[1]

Nos dias atuais, não se discute mais a existência da função educativa nos museus, uma vez que a literatura já entrou em consenso sobre o caráter educativo inerente a essas instituições. Tal fato é consolidado ao analisar a trajetória da história dos museus, compreendendo que é impossível dissociar a atuação desses espaços de seu aspecto educacional, mesmo que esse aspecto tenha se desenvolvido de formas distintas em comparação com os dias atuais.

A compreensão da história da educação museal exige uma investigação profunda das interações entre os visitantes e as instituições museais ao longo do tempo. Portanto, é necessário considerar como as percepções e expectativas do público em relação à educação e ao papel dos museus influenciaram e foram influenciadas pelas práticas museais, seja pela concepção dos espaços expositivos ou pela própria missão institucional dos museus.

Luciana Martins (2011) defende que, para refletir sobre a história dos museus sob a perspectiva da educação, é necessário analisar a relação do público com essa instituição. Delinear a história da educação museal requer, portanto, uma análise cuidadosa do público que frequentava esses espaços em cada época e da relação que esse público estabelecia com a instituição. Essa relação era dinâmica e mutável, uma vez que estava sujeita às mudanças conceituais do que é educação, museus e público em cada contexto histórico.

No que se refere à origem dos museus, sabe-se que os *mouseions* da Grécia Antiga eram templos dedicados às nove musas, filhas de Zeus e Mnemosine, cujos nomes inspiraram as instituições contemporâneas. Contrariamente às funções reconhecidas dos museus modernos, esses espaços não se destinavam especificamente às atividades que hoje associamos a eles. Em vez disso, eram locais de contemplação e estudos científicos, literários e artísticos, como aponta Letícia Julião (2006, p. 20). Nesse contexto, os *mouseions* eram frequentados por intelectuais da época, dedicados à produção e troca de conhecimento, estabelecendo assim uma função educativa que precedia a função expositiva, tão característica das instituições museais contemporâneas.

Durante o período Ptolomaico no Egito antigo, encontramos uma continuação dessa tradição. Os espaços designados com a mesma denominação dos templos gregos serviam como locais de encontro para filósofos e sábios. Assim como seus predecessores gregos, esses locais eram adornados com obras de arte e esculturas e funcionavam como centros de aprendizagem e debate intelectual (Suano,

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

1986, p. 11). Mantinham a mesma função educativa, direcionada para as mentes proeminentes da época, que se beneficiavam do intercâmbio cultural e intelectual proporcionado por esses espaços.

Outro marco significativo na evolução dos museus está associado ao colecionismo. Os gabinetes de curiosidade, ambientes dedicados à preservação de objetos considerados exóticos, desempenharam um papel crucial na representação do conhecimento da época, concentrando-se na curadoria de coleções e na formação de cientistas e profissionais. Embora inicialmente não fossem acessíveis ao público em geral, a circulação de artefatos entre as metrópoles e as colônias incentivou um crescente interesse pelo estudo e pesquisa desses objetos, promovendo uma interconexão entre a formação de coleções e a produção de conhecimento. Além disso, esses espaços serviam como pontos de encontro para estudiosos e viajantes interessados em explorar as coleções, contribuindo assim para a disseminação do conhecimento.

O colecionismo marcou o início de uma abordagem mais sistemática no estudo dos objetos, porém, foi com o intuito de avanço científico que a função educativa dos museus recebeu um novo ímpeto e começou a ser moldada em sua concepção contemporânea. E, à medida que os museus passaram a abrir suas portas ao público, mesmo que inicialmente restritas a determinados grupos, surgiu a necessidade premente de estabelecer um diálogo efetivo entre os objetos expostos e os visitantes.

As primeiras tentativas de abrir os museus ao público datam do final do século XVII, mas foi no século XVIII que os museus públicos e nacionais começaram a emergir nos estados nacionais europeus. Essas instituições foram criadas com base em ideais de preservação do patrimônio nacional, vinculando os museus à salvaguarda da herança cultural. Nesse período, o público era concebido como uma entidade homogênea, e os museus se concentravam principalmente em exaltar o legado nacional, apresentando exposições centradas unicamente nos objetos, acompanhadas por narrativas nacionalistas e uma função educativa com características positivistas. Essa função educativa tinha como objetivo transmitir conhecimento ao visitante e garantir sua absorção de acordo com os princípios do positivismo.

Atualmente, a Política Nacional de Educação Museal (PNEM), um documento orientador no campo museal, define a educação museal como "uma modalidade educacional que abrange um conjunto integrado de planejamento, sistematização, realização, registro e avaliação de programas, projetos e ações educativas museais" (Ibram, 2017, p. 73). Uma das premissas fundamentais dessa definição é a intencionalidade educativa, que vincula a educação museal à institucionalização da função educativa dentro dos museus. Assim, a Educação Museal atualmente se configura como uma modalidade educacional específica destinada a essas instituições.

Essa institucionalização da função educativa tem levado à criação de programas educativos elaborados por profissionais capacitados e especializados em educação museal. Isso demonstra o compromisso dos museus em sistematizar a mensagem institucional a ser transmitida e planejar o diálogo que ocorrerá entre o público e os objetos expostos. No entanto, essa ênfase na função educativa muitas vezes resulta em uma segregação do setor educativo das demais áreas do museu, impedindo sua plena integração nos processos de tomada de decisão e planejamento institucional.

A busca por uma "casa própria" para a função educativa, como coloca Roberts (2014, p. 34), reflete a importância atribuída à educação museal, mas também ressalta os desafios enfrentados na garantia de sua eficácia e integração dentro das estruturas organizacionais dos museus.

A autora observa que o museu moderno está imerso em uma série de tensões complexas, muitas das quais estão relacionadas à sua relação com o público. Essas tensões surgem da necessidade de equilibrar a abertura do museu para o público com a preservação de sua identidade e propósito, bem como da tentativa de reconciliar a necessidade de atrair um público mais amplificado. Essas questões são especialmente evidentes no setor educativo das instituições museológicas modernas, uma vez que é esse setor que facilita a interação entre o público e a instituição.

No contexto contemporâneo, o público não é mais concebido como uma entidade homogênea, mas sim como uma multiplicidade de grupos e indivíduos, cada um com suas próprias características e necessidades distintas. Grupos escolares, universitários, transeuntes e outros segmentos da sociedade são, agora, reconhecidos como públicos distintos, cada um com suas próprias camadas de diversidade, incluindo diferenças de escolaridade, origens socioeconômicas, etnias e uma vasta gama de experiências e expectativas individuais.

Essa diversidade de públicos representa um desafio significativo para os profissionais do setor educativo dos museus, que devem desenvolver diversas abordagens e programas que sejam relevantes, acessíveis e significativos para uma ampla variedade de públicos. Ao mesmo tempo, eles precisam garantir que esses programas sejam fiéis à missão e ao propósito da instituição, promovendo a educação, a reflexão crítica e o engajamento com o objeto e o espaço musealizado.

Por fim, considera-se que a evolução da educação museal reflete não apenas mudanças nas abordagens educativas, mas também transformações sociais, políticas e culturais mais amplas. Isto é, à medida que as sociedades se desenvolvem e os valores e interesses do público se modificam, os museus devem e precisam se adaptar para atender às demandas educacionais e interpretativas de seus visitantes.

Referências

IBRAM. Documento Final da PNEM. Brasília: Ibram, 2017. Disponível em: https://pnem.museus.gov.br/wp-content/uploads/2012/08/Pol%C3%ADtica-Nacional-deEduca%C3%A7%C3%A3o--Museal.pdf. Acesso em: mai. 2021.

JULIÃO, Letícia. Apontamentos sobre a história do museu. *Caderno de diretrizes museológicas*, [*s. l.*], v. 1, n. 2, 2006. Disponível em: https://identidadememoria.wordpress.com/wp-content/uploads/2012/06/artigo.pdf. Acesso em: mai. 2021.

MARTINS, Luciana Conrado. A constituição da educação em museus: o funcionamento do dispositivo pedagógico museal por meio de um estudo comparativo entre museus de artes plásticas, ciências humanas e ciência e tecnologia. 2011. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/

teses/disponiveis/48/48134/tde-04072011-151245/publico/LUCIANA_CONRADO_MARTINS.pdf. Acesso em: mai. 2021.

ROBERTS, Lisa C. *From knowledge to narrative*: educators and the changing museum. [*S. l.*]: Smithsonian Institution, 2014. Disponível em: https://books.google.com/books?hl=pt-BR&lr=&id=MalqBgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR9&dq=from+knowledge+to+narrative&ots=0gF3Y-I8vQR&sig=kYxuiDMT-PP9u5zCcwz2cRoIsns. Acesso em: mai. 2021.

SUANO, Marlene. *Que é museu*. [*S. l.*]: [*S. n.*], 1985. Disponível em: https://www.academia.edu/19309484/O_que_%C3%A9_Museu_1986_. Acesso em: mai. 2021.

ICMS e sonegação fiscal: uma análise do HC 399.109/STJ

Lucas Araújo Santos[1]

1 Introdução

Para alguns juristas, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do HC 399.109, acabou por fragilizar uma distinção antes intangível: a mera inadimplêncianão constitui crime contra a ordem tributária.

Segundo restou decidido, o não repasse do ICMS, mesmo nas operações próprias, pode configurar o crime previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137 de 1990, não sendo possível concluir, a princípio, pela atipicidade da conduta.

As consequências desse entendimento poderão ser drásticas, já que submeterão os contribuintes às iras do direito da *ultima ratio*.

O presente ensaio propõe-se a analisar, de forma crítica, o aludido precedente, contrapondo-se ambos os posicionamentos, a partir de um exame do crime genérico de apropriação indébita, conforme o pensamento de autores como Renato Marcão, Eduardo Cabette, e outros.

2 Aspectos gerais sobre o delito de apropriação indébita

O legislador penal comumente atribui uma rubrica marginal, a fim de especificar e designar os tipos penais, como, por exemplo, "homicídio simples" (CP, art. 121, *caput*), "feminicídio" (CP, art. 121, §2º, VI), "infanticídio" (CP, art. 123), "lesão corporal" (CP, art. 129), etc. Contudo, não raras vezes, deixa de assim fazer em relação às legislações extravagantes.

[1] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Advocacia Tributária pela Escola Superior de Advocacia da OAB/MG. LLM em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

Não obstante, a doutrina e a jurisprudência tendem a denominar certos tipos extravagantes, valendo-se analogicamente daqueles típicos previstos no Código Penal, quando ambos possuam as mesmas elementares e demais características.

Em vista disso, a infração penal prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90[2], apesar de inexistir rubrica legal, recebeu a alcunha de "apropriação indébita tributária"[3], considerando suas similitudes ao crime de apropriação indébita previsto no art. 168 do Código Penal.

Na apropriação indébita ordinária, a configuração do crime exige que o sujeito ativo tome para si um determinado bem móvel alheio de que tinha, prévia e legitimamente, a posse ou a detenção (CABETTE, 2012, p.155).

Por sua vez, seguindo raciocínio semelhante, na apropriação indébita tributária, o sujeito ativo penal (sujeito passivo da obrigação tributária) deixa de repassar ao fisco o valor legalmente descontado ou cobrado de terceiro, "invertendo, dolosamente, a titularidade dos valores licitamente havidos" (MARCÃO, 2018, p.221). A partir dessa breve definição, podemos sintetizar as seguintes elementares: a) sujeito ativo do crime, sendo necessariamente o sujeito passivo da obrigação tributária, b) obrigação legal de descontar ou cobrar um determinado tributo e c) ausência de repasse ao fisco dos valores descontados ou cobrados.

Tratando-se de uma norma penal em branco (MARCÃO, 2018, p. 227), para uma melhor interpretação da conduta criminosa, mostra-se imprescindível a compreensão de tais pressupostos, através da análise do direito material tributário, ao qual a normativa penal sustentou-se.

O art. 3º do Código Tributário Nacional define tributo como "toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada" e, segundo a teoria pentapartida, divide-se em impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais (SABBAG, 2014, p.64).

A obrigação tributária, por sua vez, é o resultado da convergência do fato concreto (fato gerador *in concreto*) à hipótese abstrata (fato gerador *in abstrato*) prevista na lei, sendo composta do sujeito ativo e passivo, objeto e causa (SABBAG, 2014, p. 134).

Atendo-se aos elementos essenciais à análise posta, podemos afirmar que o sujeito passivo da obrigação tributária é "a pessoa – sujeito de direitos – física ou jurídica, privada ou pública, de quem

[2] Art. 2° Constitui crime da mesma natureza: [...] II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; [...]

[3] PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TIPICIDADE DA CONDUTA. VALOR SONEGADO EXPRESSIVO. MAJORAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTO IDÔNEO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do HC 399.109/SC, em 22/8/2018, consolidou o entendimento segundo o qual a venda de mercadorias com o ICMS embutido no preço sem o pagamento do tributo configura o delito do art. 2º, II, da Lei 8.137/90. 2. O expressivo valor do tributo sonegado pode ser considerado fundamento idôneo para amparar a majoração da pena prevista no inciso I do art.12 da Lei n. 8.137/90 (precedentes). (AgRg no REsp 1.445.217/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 25/11/2015). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1662134/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 17/12/2018)

se exige o cumprimento da prestação" (CARVALHO, 2015, p. 227) pecuniária, ou outras de natureza instrumental.

Traçadas as balizes teóricas da obrigação tributária, impende, ainda, tecer breves considerações acerca do Imposto sobre operações de circulação de mercadoria, em sua modalidade operação própria, ante a relevância para o caso posto.

3 Síntese do ICMS Operação Própria

A Constituição Federal de 1988 repartiu a competência tributária entre os entes federados, especificando os impostos relativos a cada um deles e atribuindo à União a competência residual para a criação de outros não previstos no texto constitucional (CF/1988, art. 154, I).

O imposto referente às operações de circulação de mercadoria e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS) coube aos estados e ao Distrito Federal, em conformidade com o art. 155, II da CF/1988.

O aludido tributo possui uma complexidade ímpar, sendo um dos responsáveis pela maior parte da arrecadação tributária estadual.

Nesse contexto, para melhor análise do debate proposto para o presente trabalho, mostra-se de extrema valia uma pequena abordagem sobre os principais aspectos do imposto.

Todos os tributos possuem diversos elementos que compõem a regra matriz da hipótese de incidência e, como não poderia deixar de ser, o ICMS não se distingue.

O citado imposto estadual incide sobre operações de circulação de mercadorias, isto é, sobre negócios jurídicos que importem na transmissão da propriedade de um determinado bem corpóreo, ou virtual, proveniente de atividades mercantis (PAULSEN, 2018, p. 250). Logo, incide sobre uma circulação jurídica, "sendo irrelevante a mera circulação física ou econômica" (PAULSEN, 2018, p. 248).

Por não outro motivo, a jurisprudência majoritária dos tribunais tem entendido que a mera transferência da mercadoria de um estabelecimento para outro, do mesmo contribuinte, não é fato gerador do tributo.[4]

Quanto ao aspecto subjetivo da regra matriz de incidência, o sujeito passivo pode ser o contribuinte ou o responsável tributário.

O contribuinte é aquele que promove pessoalmente o fato gerador tributário que, no caso do ICMS, é a realização, "com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias" (PAULSEN, 2018, p. 267).

[4] Súmula 166 - Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. (Súmula 166, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/1996, DJ 23/08/1996)

Por sua vez, a segunda possibilidade refere-se à atribuição legal de responsabilidade a terceiro que, muito embora não tenha praticado o fato gerador, possui algum tipo de vínculo jurídico com ele (CTN, art. 121, parágrafo único, II c/c art. 128).

No caso do ICMS, a hipótese mais notável de responsabilidade diz respeito à substituição tributária, na qual o legislador, por conveniência, afasta a obrigação do real contribuinte, impondo o integral pagamento a outra pessoa (PAULSEN, 2018, p. 270).

O texto constitucional permite que tal modalidade de responsabilidade possa ocorrer, tanto para alcançar fatos geradores passados (substituição para trás), quanto aos futuros (substituição para frente).5

Assim, ou o responsável recolhe o imposto devido pelas operações anteriores, as quais os reais contribuintes deixaram de pagar, ou recolhe antecipadamente devido pelas operações futuras.

O objetivo de tais institutos resume-se, a rigor, "a concentrar a arrecadação de toda a cadeia econômica em um único sujeito passivo, reduzindo a possibilidade de evasão, os custos de fiscalização e arrecadação" (KALUME, 2014, p. 443).

Nesse cenário, podemos afirmar que, ao contrário do que ocorre, no caso do contribuinte, que apenas recolhe o ICMS em operação própria, no segundo caso, cabe ao responsável recolher o imposto devido por fatos geradores que não foram por ele praticados.

Delineadas tais premissas teóricas básicas, podemos, enfim, analisar o precedente.

4 Principais argumentos do voto condutor

Em primeiro grau, os acusados foram sumariamente absolvidos, com fundamento na atipicidade da conduta imputada. Contudo, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, em face do aludido decisório, a fim de cassá-lo, e, por via de consequência, determinar o regular processamento do feito para apuração da suposta infração cometida.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por sua vez, acolheu os fundamentos alegados pelo órgão ministerial, motivo pelo qual a defesa dos acusadosimpetrou o remédio constitucional ora analisado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Em apertada síntese, sustentou a defesa "que o não recolhimento de ICMS em operações próprias, devidamente declaradas ao Fisco, não caracteriza crime, mas mero inadimplemento fiscal".

Em um primeiro momento, o Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, traçou brevemente a divergência existente entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça, destacando os entendimentos de

[5] Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] § 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

cada uma e demonstrando a necessidade de uniformização, a fim de afastar a óbvia insegurança jurídica em torno da matéria.

Conforme destacou, a Sexta Turma distingue o não recolhimento do ICMS, em operações próprias e por ocasião de substituição tributária, sendo que, no primeiro caso, seria apenas um mero inadimplemento fiscal e, apenas no segundo, poder-se-ia cogitar o enquadramento formal do tipo penal previsto no art. 2º, II da Lei nº 8.137/1990.

Por outro lado, em sentido diametralmente oposto, a Quinta Turma entende que o não recolhimento, seja na operação própria ou na substituição tributária, pode sim enquadrar-se na infração citada.

Após tecer comentários de ordem pragmática, o Relator passou à análise doselementos componentes do tipo penal, destacando, dada a pertinência para o caso sob julgamento: a) a necessidade de a coisa ser de propriedade de outra pessoa, b) a possibilidade excepcional de se referir a bem fungível,[6] quando a coisa lhe for "confiada para transmissão a terceiro ou para outra finalidade que não o depósito", c)o sujeito ativo do crime poder ser o sujeito passivo da obrigação tributária, sem qualquer distinção entre o contribuinte ou responsável, e d) necessidade do elemento subjetivo, "consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo".

Posteriormente, destaca que o vocábulo "cobrado", utilizado pelo legislador[7], apesar de tecnicamente impróprio, pode ser compreendido como a hipótese de "adição" naquilo "que será agregado com o produto da cobrança", como ocorre "nos tributos indiretos, cuja incidência acarretará o aumento do valor do produto a ser suportado pelo contribuinte de fato".

Assim, "no que tange ao ICMS retido em operações próprias ou em substituição, o encargo é reembolsado dentro da cadeia de produção", pois repassa ao consumidor o ônus financeiro fiscal.

Ao final, especificamente quanto ao caso sob julgamento, concluiu pela denegação da ordem, já que, em tese, o fato seria típico, pois "deixaram de recolher, no prazo legal, na qualidade de sujeito passivo de obrigação tributária, valor do tributo (ICMS) 'cobrado' do adquirente da cadeia de consumo e que deveria recolher aos cofres públicos".

5 Principais argumentos do voto que inaugurou a divergência

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura, adotando posicionamento contrário aoexposto pelo relator, inaugurou a divergência, porém, ao final, acabou sendo vencida, prevalecendo o voto proferido pelo Ministro Rogério Schietti Cruz.

Sem muitos rodeios, a Ministra já inicia seu voto traçando uma premissa quenorteará todo o seu entendimento, a de que "ao se referir ao tributo 'descontado ou cobrado', o tipo penal está a aludir

[6] Art. 85 do CC/02. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

[7] Art. 2° da Lei nº 8.137/90. Constitui crime da mesma natureza:[...] II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos (...).

aos casos de responsabilidade tributária – e não aos impostos indiretos, em que o custo é repassado, apenas do ponto de vista econômico, a terceiros".

Isso, pois, em sua visão, inexiste "relação jurídica tributária possível entre o fisco estadual e o consumidor final, de modo que não é correto, juridicamente, considerar que o valor do ICMS embutido no preço tenha sido dele 'cobrado' ou 'descontado'". Afinal, a própria natureza do delito de apropriação pressupõe que o bem objeto da infração seja de propriedade alheia.

Prossegue afirmando que a mera repercussão econômica, verificada nos tributos denominados indiretos, mostra-se irrelevante, na seara penal, pois, caso contrário, tal raciocínio poderia ser perfeitamente aplicado em outras hipóteses.

Exemplificando, a Ministra destaca que é também o consumidor quem arca "com o ônus econômico do imposto de renda e com a contribuição previdenciária pagos pelo comerciante, já que, na formação do preço da mercadoria, são levados em consideração todos os custos, diretos e indiretos, da atividade". E, apesar disso, não se cogita haver conduta criminosa no inadimplemento do imposto de renda do comerciante.

Com tais fundamentos, a Ministra divergiu do relator, para reestabelecer a sentença de absolvição sumária dos acusados.

6 Análise crítica do precedente

A leitura dos votos proferidos pelos ministros permite concluir que, em um aspecto, há certa concordância, qual seja, na hipótese de ICMS substituição tributária, é possível a apropriação indébita tributária.

Nesse contexto, há duas indagações que merecem destaque: a) o nãorepasse do ICMS substituição tributária realmente pode ser considerado um fato penalmente tipificado e b) se há de fato diferença entre o ICMS operação própria e o ICMS substituição tributária do ponto de vista do sujeito passivo.

Inicialmente, impende destacar que o direito brasileiro adota, para a caracterização do ilícito penal, a teoria analítica do crime, impondo a necessidade de verificar os elementos estruturais/substratos que compõem o ilícito penal, os quais permitem ao intérprete, após sua averiguação, concluir ou não pela sua prática" (GRECO, 2012, p. 30).

Para a aludida teoria, o fato só pode ser considerado uma infração penal caso seja típico, ilícito e culpável. O fato típico, por sua vez, divide-se em elementos objetivos (conduta, resultado, nexo de causalidade e tipicidade) e subjetivos (dolo ou culpa). Em outras palavras, preenchidos apenas os elementos objetivos, não podemos ainda considerar o fato como típico, sendo imprescindível a presença cumulativa do elemento subjetivo.

Nesse contexto, ressalta-se que o voto vencedor apenas destacou que o fatoconcreto sob julgamento preenchia os primeiros elementos, sendo que os segundos dependiam de maior dilação probatória, de modo que seria imprópria a prematura extinção do feito. Ou seja, o que interessou à análise

não foi a possibilidade de constatação dodolo na conduta, ou como essa poderia ser constatada, ou qualquer outro aspecto atinente ao elemento subjetivo, mas apenas a possibilidade de se verificarem os elementos objetivos.

Esclarecido tal ponto, passamos à análise das indagações anteriormente formuladas.

A substituição tributária pode ser concretizada mediante o diferimento do pagamento de fato gerador passado, ou antecipação do pagamento de fato gerador futuro, ou seja, no primeiro, o recolhimento do imposto caberá ao sujeito passivo da operação seguinte, ao passo que, no segundo, o primeiro sujeito passivo recolhe antecipadamente todo o imposto das operações futuras e presumidas.

Assim, no ICMS substituição tributária regressiva se assemelha ao instituto do diferimento, pois se posterga o lançamento e o pagamento "do imposto para etapa posterior da comercialização da mercadoria, cabendo ao destinatário o recolhimento do tributo" (KALUME, 2014, p. 431), sendo a única diferença a presença de lapso temporal para se recolher o ICMS substituição tributária, "a partir da entrada do bem no estabelecimento destinatário" (KALUME, 2014, p. 437).

Em tese, caberia ao sujeito passivo recolher o ICMS substituição tributária anterior, para então se creditar e pagar o próprio. Contudo, a bem da verdade, bastaria recolher um único débito sobre o valor total da operação seguinte, "dispensando atos que acabam, financeiramente, se anulando" (KALUME, 2014, p. 438).

Logo, em análise prática, na substituição regressiva, o destinatário paga o ICMS integralmente, sem se creditar em qualquer valor, já que não houve qualquer pagamento anterior.

Célio Lopes Kalume (2014, p. 439-440) ainda pontua um detalhe econômico de extrema relevância, afirmando que, na hipótese, o destinatário compra o bem mais barato, pois não se embute o tributo no preço, já que ele será recolhido apenas na etapa seguinte.

Assim, na regressiva, não se cobra ou se desconta qualquer valor do substituído, porém, assim como na progressiva, o tributo pago irá compor o preço da mercadoria a ser vendida, de modo que, em ambos os casos, o ônus financeiro será repassado até se ultimar no consumidor final, como também ocorre nas operações próprias.

Logo, pragmaticamente dizendo e desconsiderando os benefícios para a fiscalização, inexiste, em última análise, qualquer diferença entre um (substituição tributária) e outro (operação própria).

A partir de tais premissas, é possível concluir que inexiste possibilidade de apropriação indébita, pois esta parte do pressuposto de que o sujeito passivo da obrigação tributária seria mero intermediário para repassar ao fisco os valores cobrados ou descontados. E, apesar de o ônus econômico ser repassado no preço da mercadoria (comotodo e qualquer tributo, aliás), os valores dispendidos (ou a serem dispendidos) não são alheios, mas do próprio sujeito passivo, tanto que, mesmo havendo a inadimplência do consumidor/adquirente, ainda assim subsistirá a obrigação de recolhimento – aspecto que, aliás, sequer foi analisado/debatido no voto vencedor.

Muito diferente do que ocorre, por exemplo, com a contribuição previdenciária e o imposto de renda devidos pelos empregados e retidos na fonte pelos empregadores. Nessa hipótese, cabe ao responsável reter o tributo devido por terceiro e repassar ao fisco, funcionando, aí sim, como mero intermediário.

7 Conclusão

Em uma virada axiológica tributária, cada vez mais o direito tributário tem perdido a pecha de norma de "rejeição", para uma visão mais social e de justiça distributiva.

As inúmeras obrigações impostas pelo texto constitucional, a serem efetivadas,acrescidas do crescente *deficit* econômico, têm provocado agressivas investidas por parte do ente estatal, ao ponto de até mesmo se valer do direito da *ultima ratio* como meio coercitivo para a cobrança de tributos.

Aliás, basta observar as diversas figuras existentes, na legislação penal tributária, em que basta o recolhimento do tributo para se extinguir a punibilidade (Lei nº 10.684/2003, art. 9º, § 2º), ainda quando depois do trânsito em julgado (STJ, HC nº 362.478/SP). E, ao que tudo indica, é exatamente o presente caso.

Ignorando-se a essência do direito penal, como medida de intervenção excepcionalíssima, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, extrapolando os limites jurídicos e semânticos da legislação, por reconhecer a possibilidade da figura típica prevista no art. 2º, II da Lei 8.137/1990 alcançar o não pagamento do ICMS operação própria e substituição tributária.

A análise mostrou que o debate levado a efeito pelo Tribunal não cuidou de enfrentar a questão da possibilidade de inadimplência do consumidor/adquirente e manutenção da obrigação de pagamento do tributo, principal fator a corroborar que os valores não são alheios, mas do próprio sujeito passivo. Assim, a ausência de tal elementar do tipo penal (bem alheio), põe em xeque a conclusão adotada no julgamento.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. *Diário Oficial da União*, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Diário Oficial da União, 16 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp87.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União*, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União*, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 04 fev. 2019.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. HC 399.109/SC*, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 22/08/2018, DJe 31/08/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701067980&dt_publicacao=31/08/2018 >. Acesso em: 4 fev. 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Direito penal: parte especial 1*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 6. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

KALUME, Célio Lopes. *ICMS Didático*. 2. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2014.

MARCÃO, Renato. *Crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário Essencial*. 14. ed. rev., atual eampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

O SISTEMA DE PRECEDENTES QUALIFICADOS COMO TÉCNICA ADEQUADA DE GESTÃO PROCESSUAL NO CONTEXTO DO FENÔMENO DA EXPLOSÃO DE LITIGIOSIDADE

Rodrigo Martins Faria[1]

RESUMO

O Poder Judiciário é uma instituição considerada cara e lenta. Sua ineficácia se arrasta há décadas. O cenário de globalização em uma sociedade complexa tem produzido uma multiplicação das demandas de massa. As reformas feitas até agora foram ineficazes e o congestionado acesso à Justiça continua um problema crônico nacional. Por outro lado, a burocracia judicial, a morosidade processual e o deficit de efetividade da jurisdição reclamam a busca por um processo judicial efetivo, com o desenvolvimento de modelos alternativos de gestão de processos. Nesse cenário, a racionalização de julgamentos decorrente do sistema de precedentes qualificados estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 tem sinalizado para um novo marco de governança na gestão do fenômeno da explosão de litigiosidade.

Palavras-chave: Gestão processual. Litigiosidade. Demandas repetitivas. Sistema de precedentes qualificados.

ABSTRACT

The Judiciary is an institution considered expensive and slow. Its inefficiency has been going on for decades. The globalization scenario in a complex society has produced a multiplication of mass demands. The reforms made so far have been ineffective and congested access to justice remains a chronic national problem. On the other hand, the judicial bureaucracy, procedural slowness and the lack of effectiveness in the jurisdiction demand the search for an effective judicial procedural, with the development of alternative models of judicial case management. In this scenario, the rationalization of judgments resulting from the precedent system established by the Procedure Law has signaled a new governance framework in the management of the phenomenon of litigation explosion.

Keywords: Procedural management. Litigation. Repetitive demands. Precedent system. Procedural management.

[1] Graduado em Direito pela Universidade Fumec (2006). Pós-graduado em Direito Público pela Uniderp (2011). Atualmente é Juiz Auxiliar da Primeira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Membro da Comissão Gestora do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes - Nugep do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Membro do Comitê Gestor do Laboratório de Ciência de Dados Jurídicos e Inteligência Artificial (LabCDJ/TJMG-UFMG). Membro do Comitê de Proteção de Dados Pessoais - CPDP do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Tem experiência na área de gestão judiciária e eficiência do sistema de justiça, além de atuar na formação inicial de Juízes perante a Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes.

1 Introdução

Segundo o Relatório *Justiça em Números de 2019*,[2] divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, atualmente o Brasil conta com um contingente processual aproximado de quase oitenta milhões de processos.[3]

Richard Susskind, em *On-line courts and the future of justice*,[4] cita o caso do Brasil como exemplo mundial de explosão do fenômeno da litigiosidade, figurando em primeiro lugar no mundo em número de processos, seguido da Índia, este com "apenas" trinta milhões de processos.

O detalhe é que o Brasil tem uma população de pouco mais de duzentos milhões de habitantes, ao passo que a população da Índia beira um bilhão e meio de habitantes. Ou seja, temos no Brasil uma taxa de aproximadamente um processo para cada dois habitantes, ao passo que a Índia tem uma taxa aproximada de um processo para cada cinquenta habitantes.

Trata-se de um fenômeno impulsionado pelo princípio constitucional do acesso à justiça em uma escala sem precedentes e inimaginável até mesmo para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, autores da célebre obra *Acesso à Justiça*,[5] que é o marco teórico para a teoria da força normativa do acesso universal à justiça.

Em que pesem as relevantes razões que sustentam o acesso universal à jurisdição e seus institutos correlatos – justiça gratuita, defensoria pública, juizados especiais, etc.[6] –, fato é que a morosidade vem se revelando como o principal problema a ser enfrentado pelo Poder Judiciário. Na célebre frase de Rui Barbosa, "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta".

[2] BRASIL, 2019.

[3] "Dados do Conselho Nacional de Justiça, publicados no Relatório Justiça em Números de 2015, revelaram que existia no Brasil 99,7 milhões de processos em tramitação. A taxa de congestionamento, que é a medida para a efetividade do trabalho produzido pelo Judiciário e leva em conta o total de casos novos que ingressaram em um ano, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao calculado (no caso, o ano de 2014), é maior na Justiça estadual de primeiro grau (73%), sendo que a carga média de trabalho por magistrado de primeiro grau é de 7.398 processos e, por servidor, de 563 processos. As causas do referido abarrotamento de demandas são as mais variadas possíveis, havendo razões de ordem social, cultural e econômica. Assim, é possível apontar como propulsores desse fenômeno o excesso de litigiosidade, presente na vida dinâmica da sociedade, a globalização, a constitucionalização dos direitos infraconstitucionais, o surgimento de novos direitos, a falência dos direitos infraconstitucionais, o surgimento de novos direitos, a falência de determinados institutos jurídicos e o nascimento de outros. A redemocratização do Estado brasileiro nas últimas décadas, a universalização do acesso à justiça, a inflação legislativa, a consolidação de outros métodos de interpretação, superando o positivismo jurídico e trazendo força normativa aos princípios jurídicos, com novas formas de controle da constitucionalidade e ampliação da efetividade dos direitos fundamentais, são também fatores que contribuíram para o crescimento da litigiosidade. O problema se agrava quando o volume excessivo de processos novos ultrapassa a capacidade de o Poder Judiciário dar uma resposta adequada a essas demandas, o que provoca, consequentemente, a morosidade da prestação jurisdicional, pondo em risco a confiança depositada pelos jurisdicionados no Poder Judiciário e, ao prolongar os dramas contidos nos processos, desapontando os litigantes. Outro motivo que prejudica a eficiência desse serviço público é a não efetivação da segurança jurídica, que diz respeito à previsibilidade necessária para a aplicação do direito e para o julgamento de casos repetitivos, fator capaz de proporcionar aos jurisdicionados e à sociedade indispensável estabilidade nas relações jurídicas" (CAMBI *et al*, 2017, p. 227-264).

[4] SUSSKIND, 2019.

[5] CAPPELLETTI; GARTH, 1988.

[6] "Via de regra, as políticas públicas de livre acesso ao Judiciário, como assistência judiciária gratuita (AJG), defensoria pública, criação de juizados especiais, custas processuais subsidiadas, aumento do número de advogados (e esperado decréscimo dos honorários advocatícios) apenas contribuem para a sobreutilização do Judiciário e geram escassez de prestação jurisdicional." (GICO JR., 2014, p. 163-198).

Além disso, deve ser ressaltado que a jurisdição, serviço público essencial prestado pelo Poder Judiciário, é considerado um recurso escasso. Quanto mais o Poder Judiciário é demandado, mais evidente se torna o problema da morosidade.

Em consequência, o esgotamento da capacidade do Poder Judiciário pode acarretar uma seleção adversa de usuários, em uma espécie de Lei de Gresham,[7] afugentando usuários que precisam da legítima proteção e atraindo oportunistas que busquem na morosidade da justiça a burla à satisfação de direitos legítimos.[8]

2 A gestão processual como técnica para o enfrentamento da explosão da litigiosidade

A Emenda Constitucional n. 19, de 1998, ao elevar a eficiência ao *status* de princípio constitucional, demonstra a adesão da ordem constitucional ao modelo neoliberal, a despeito de alguma controvérsia,[9] na linha do que mais tarde veio a se denominar "Consenso de Washington".[10]

Por eficiência deve-se compreender toda atuação, estatal ou não, que atinge as finalidades e os resultados propostos, independentemente dos meios e instrumentos que venham a ser empregados.

Por outro lado, a eficácia relaciona-se com a qualidade dos meios e instrumentosempregados, independentemente dos resultados atingidos.

Assim, a eficácia se preocupa com os meios, enquanto a eficiência foca nos resultados. Obviamente, em regra, não há eficiência sem eficácia. Entretanto, podemos ter eficácia sem eficiência.

---

[7] A Lei de Gresham é um princípio econômico segundo o qual a sobrevalorização artificial de uma moeda e a desvalorização artificial de outra, pelo governo, faz com que a moeda supervalorizada invada o mercado, enquanto a moeda subavaliada tenha sua circulação drasticamente reduzida, sendo entesourada. Normalmente usa-se a expressão "dinheiro ruim expulsa dinheiro bom"; para nosso propósito, litigante ruim expulsa litigante bom.

[8] "Se, por um lado, pessoas que são titulares de direitos deixam de usar o Judiciário, porque este é excessivamente moroso e imprevisível, por outro, as pessoas que desejam fugir de suas obrigações possuem mais incentivos para litigar, pois não apenas ganharão tempo, como poderão prevalecer ao final. Estamos diante de um claro problema de seleção adversa. Cada vez mais pessoas deixarão de usar o Judiciário para fazer valer seus direitos e cada vez mais pessoas passarão a usar o Judiciário para postergar ou anular suas obrigações. É a antítese da função social do Judiciário. [...] Essa simples análise chama atenção para o fato de que, ao contrário do que se tem feito historicamente, a solução para a sobreutilização do Judiciário requer uma compreensão mais ampla e menos apaixonada da estrutura de incentivos de todos os envolvidos, em especial de magistrados e partes." (GICO JR., 2014, p. 163-198).

[9] ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 201.

[10] "O Consenso de Washington é uma conjugação de grandes medidas - que se compõe de dez regras básicas - formulada em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras situadas em Washington D.C., como o FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, fundamentadas num texto do economista John Williamson, do International Institute for Economy, e que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional em 1990, quando passou a ser 'receitado' para promover o 'ajustamento macroeconômico' dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.[...] As dez regras: disciplina fiscal, evitando grandes déficits fiscais em relação ao PIB; redirecionamento dos gastos públicos de subsídios (especialmente subsídios indiscriminados) para uma ampla provisão de serviços essenciais pró-crescimento e pró-pobres, como educação, saúde e investimento em infraestrutura; reforma tributária, ampliando a base tributária e adotando alíquotas marginais moderadas; taxas de juros determinadas pelo mercado; taxas de câmbio competitivas; livre comércio: liberalização das importações, com ênfase na eliminação de restrições quantitativas (licenciamento, etc.), proteção comercial a ser fornecida por tarifas baixas e uniformes; liberalização do investimento estrangeiro direto interno; privatização de empresas estatais; desregulamentação: abolição das regulamentações que impedem a entrada no mercado ou restringem a concorrência, exceto aquelas justificadas por motivos de segurança, proteção ambiental e do consumidor e supervisão prudencial de instituições financeiras; segurança jurídica para direitos de propriedade privada." (Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Consenso_de_Washington. Acesso em: 29/1/2021).

Visando ao combate da morosidade, desperdício e baixa produtividade típicas da administração pública burocrática, o constituinte, ao estabelecer a eficiência como princípio constitucional, propõe o conceito de administração gerencial, com a aproximação da administração pública à cultura de gestão das empresas do setor privado, em que se privilegia o atingimento de resultados.

Em suma, propõe-se que a administração pública seja organizada, estruturada e disciplinada da maneira mais racional possível, de forma a se alcançar, com o mínimo emprego de recursos, os melhores resultados.[11]

Partindo-se da aplicação do princípio da eficiência ao Poder Judiciário, tem-se defendido que o princípio constitucional do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV,[12] da Constituição da República, traduz não somente uma garantia de mero acesso formal à jurisdição, mas sim o acesso materialmente qualificado à ordem jurídica justa.

Sobre o tema, Teori Albino Zavascki explica:

> O direito fundamental à efetividade do processo - que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa - compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos (ZAVASCKI, 1997, p. 64).

Com efeito, a exigência constitucional de eficiência impõe que os recursos sejam adequadamente utilizados na prestação dos serviços jurisdicionais, como forma de alcançar e de promover a eficiência do processo.

Nessa ordem de ideias, o já não tão novo Código de Processo Civil de 2015 tratou de prever expressamente, em seu artigo 6º, o princípio processual da efetividade, até então sustentado apenas em sede doutrinária e jurisprudencial, ao estabelecer que "[t]odos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Para além dos conceitos de eficiência e eficácia já abordados linhas atrás, por efetividade processual[13] deve-se compreender a real produção de resultados normativos na realidade das partes, pro-

[11] ALEXANDRINO; PAULO, 2012.

[12] "Art. 5º [...] inc. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]".

[13] "[...] a efetividade nada mais é, então, do que uma medida de realização concreta (= *posterius* fático) dos efeitos calculados *in abstrato* na norma jurídica (= *prius* lógico), ou seja, um 'degrè de réalisation dans les pratiques sociales, des régles énoncées par le droit'. Enfim, a efetividade apresenta-se em 'graus', representando 'a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social'. [...] Às imagens setorizadas - e, consequentemente, parciais - da eficácia (conceito lógico-normativo) e da efetividade (conceito sociológico-normativo), portanto, pode-se adicionar a imagem da eficiência (conceito finalístico-normativo). A palavra eficiência, que na Antiguidade Clássica significou a 'ação da causa eficiente', em todos os idiomas hoje significa 'a adequação de um instrumento à sua função'. Assim, a 'eficácia' é o atributo lógico das normas jurídicas; a 'efetividade', o atributo empírico; a 'eficiência', o atributo finalístico (com o quê se vê a natureza essencialmente triádica da experiência jurídica - normativa, fática e finalística -, sendo impossível a qualquer jurista isolar, de maneira absoluta, qualquer dos fatores operantes dentro da unidade dinâmica do direito, conquanto cortes epistemológicos possibilitem as prevalências de análise sobre uma ou duas dessas dimensões). [...] Assim, o conceito permite avaliar tanto a prestabilidade dessas normas jurídicas para o alcance dos fins para os quais foram elas criadas (i.é., se tais normas são potencialmente hábeis para concretizar os objetivos que as inspiraram - relação *out/input*), quando o impacto final dessas decisões estatais normativamente expressas (i.é., se o estado fático produzido pela efetivação dessas normas coincide com o estado ideal de coisas desejado - relação

porcionando, em tempo razoável, a adequada e suficiente tutela dos bens jurídicos cuja proteção é deduzida em juízo.

Ou seja, além de a eficiência processual contemplar os conceitos de efetividade e razoável duração do processo, há de se sopesar também que o acesso a uma ordem jurídica justa deve abranger também a ideia de jurisdição prestada com qualidade, o que necessariamente perpassada o valor constitucional da segurança jurídica.[14]

Nesse aspecto, a gestão processual constitui-se como importante instrumento da efetividade processual, ao também se ocupar com a utilização proporcional dos recursos disponíveis para prestar a jurisdição em tempo razoável.

Em linhas gerais, a gestão processual, *judicial case management* ou *court management* pode ser conceituada como a atividade desenvolvida com a otimização e racionalização dos recursos judiciários disponíveis.

Trata-se de uma ferramenta essencial para a eficiência do sistema de justiça, integrando, portanto, a ideia de justo processo, ao objetivar o aperfeiçoamento das diversas técnicas processuais utilizadas para a adequada prestação da tutela jurisdicional.[15]

Assim, o grande desafio que se coloca se refere à construção e aplicação de técnicas processuais que sejam capazes de garantir a eficiência necessária para a efetividade da jurisdição.[16]

Entretanto, a gestão processual não se limita a formas rigidamente preestabelecidas em torno de modelos gerenciais hermeticamente estabelecidos.[17] Ao contrário, a gestão processual pode ser desenvolvida de diversas formas, em variadas etapas do fenômeno processual, seja no campo jurisdicional, seja no campo da administração judiciária, ou até mesmo na seara legislativa.

Por essa razão, e para o enfrentamento do fenômeno da explosão de litigiosidade, criou-se no Brasil o sistema de precedentes qualificados,18 caracterizado pela força vinculante das decisões proferi-

ouput/goal). Enfim, o conceito de eficiência jurídica permite uma avaliação da performance normativa." (COSTA, 2005, p. 275-300).

[14] "O que importa é que a segurança jurídica, nessa concepção, mais que um valor positivado, é uma noção inerente à própria ideia de Direito. Segurança jurídica é um valor constituído do Direito, visto que, sem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade, não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico." (ÁVILA, 2019, p. 145).

[15] "[...] a área de estudo concentrada no planejamento, elaboração e depuração das técnicas responsáveis pela otimização e racionalização dos instrumentos processuais mais eficazes para a resolução das controvérsias. [...] O gerenciamento dos processos judiciais tem como pressuposto a potencialização dos recursos disponíveis, de tal modo que se aproveite o sistema em funcionamento, com vistas a reduzir a demora na prestação jurisdicional." (GONÇALVES; BRITO, 2015, p. 296).

[16] "[Trata-se de] aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados" ou, ainda, a "[...] aptidão do instrumento para tutelar os direitos que necessitam de proteção." (BEDAQUE, 2007, p. 32).

[17] "Se a gestão processual incrementa a insegurança inicial das partes quanto aos actos cuja prática será ordenada pelo juiz, para que a causa seja decidida, não pode dizer-se que esta insegurança seja incomportável ou incompatível com as suas expectativas. Acima da forma, está o princípio da acção. E a acção tem uma finalidade: permitir que haja uma composição justa e tão célere do conflito. Se esta composição ocorre por meio de um ou de outro tipo de sequência, é relativa neutro. Desde que, na estruturação dos procedimentos, se respeitem os princípios processuais fundamentais - igualdade e contraditório amplo -, qualquer forma será adequada se por intermédio dela se cumprirem os fins a que serve." (COSTA E SILVA, 2011, p. 48).

18 "O caso dos precedentes (aqui incluindo os IRDR's, repercussão geral e recurso repetitivo) apresenta uma oportunidade ímpar para a suspensão de um grande volume de processos judiciais, possibilitando uma significativa diminuição na carga de trabalho de magistrados e de seus assessores (sobrecarregados pela velocidade com que os processos passaram a chegar a suas mãos pela autom-

das pelos tribunais superiores, federais e estaduais, trazendo instrumentos processuais voltados à eficiência e celeridade do sistema de justiça.19

Conforme destaca Frederico Koehler, "em um sistema abarrotado de demandas repetitivas e de conflitos de massa, o ganho operacional em virtude da aplicação do sistema de precedentes é inegável. Poupa-se retrabalho em todos os processos em que o juiz teria que reforçar a argumentação já enfrentada e esgotada pela corte superior".

Assim, diante do fenômeno da explosão de litigiosidade, conclui-se que o fortalecimento do sistema de precedentes, estabelecido pelo CNJ como um dos macrodesafios do sexênio 2021-2026 para o Poder Judiciário nacional, é essencial para a efetividade do sistema de justiça.

3 O sistema de precedentes qualificados como técnica adequada de gestão processual

A sistemática dos recursos repetitivos foi introduzida no modelo processual brasileiro pela Lei n. 11.672, de 2008, para os casos de multiplicidade de recursos com fundamento em questão idêntica, objetivando a uniformização da jurisprudência, com efeito vinculante e consequente aplicação cogente do paradigma pelas instâncias ordinárias.

Antes disso, a Emenda Constituição n. 45, de 2004, que entre outras providências instituiu a denominada "reforma do Judiciário", já havia criado a denominada súmula vinculante, em matéria constitucional, com efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e à administração pública[20] nas situações de multiplicação de processos e recursos sobre questão idêntica e que acarrete grave insegurança jurídica.

Após, outros institutos processuais, criados sobretudo com a edição da Lei n. 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, vieram finalmente compor o denominado sistema brasileiro de precedentes qualificados, estabelecendo definitivamente um modelo processual focado na segurança jurídica e na efetividade da prestação jurisdicional.

atização de tarefas intensivas em mão de obra). De acordo com os dados do CNJ, apenas 2,5% de processos estão hoje vinculados a temas de precedentes." (MELO; MEDEIROS, 2018). "Quando o precedente vinculante é aplicado de forma tecnicamente correta, o julgamento torna-se mais rápido, sendo até mesmo possível que seja feito por decisão monocrática do relator, conforme previsto no art. 932, IV e V, do CPC/2015 (LGL\2015\1656). Como visto, há inúmeras situações processuais - como o julgamento liminar de improcedência (art. 332), a tutela antecipada de evidência (art. 311, II), e as decisões monocráticas (art. 932, IV e V) - em que a existência de precedentes vinculantes poderá abreviar o trâmite processual e tornar a jurisdição mais eficiente." (KOEHLER, 2016, p. 341-356).

[19] "Quando o precedente vinculante é aplicado de forma tecnicamente correta, o julgamento torna-se mais rápido, sendo até mesmo possível que seja feito por decisão monocrática do relator, conforme previsto no art. 932, IV e V, do CPC/2015 (LGL\2015\1656). Como visto, há inúmeras situações processuais - como o julgamento liminar de improcedência (art. 332), a tutela antecipada de evidência (art. 311, II), e as decisões monocráticas (art. 932, IV e V) - em que a existência de precedentes vinculantes poderá abreviar o trâmite processual e tornar a jurisdição mais eficiente." (KOEHLER, 2016, p. 341-356).

[20] "Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei."

Todas essas ferramentas processuais foram apresentadas como solução para um mesmo problema, qual seja o fenômeno das denominadas ações de massa, basicamente caracterizado pela repetição em larga escala de ações com alto grau de similitude.

Isso porque o acervo processual de quase oitenta milhões de processos em trâmite no Poder Judiciário nacional – segundo o relatório *Justiça em Números de 2019*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – em grande parte é composto pelas denominadas ações de massa.

Dentro desse contingente, mais de dois milhões de processos encontram-se sobrestados à espera de julgamento de temas, sendo que aproximadamente dois terços desses processos se encontram abrangidos por apenas dez assuntos.[21]

Somente no âmbito do segundo grau de jurisdição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no universo de um acervo de pouco mais de cento e cinquenta mil processos, há quase cem mil processos associados a temas de precedentes qualificados, ou seja, quase 60% (sessenta por cento) dos processos em tramitação no segundo grau de jurisdição estão associados a temas de precedentes qualificados.[22]

Por essa razão, com o objetivo de dar maior efetividade à gestão dos recursos que envolvem ações repetitivas, o Conselho nacional de Justiça editou a Resolução n. 235, de 2016 – que dispõe sobre a padronização de procedimentos administrativos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência.

Entre as diversas medidas adotadas, foram instituídos os Núcleos de Gerenciamento de Precedentes - NUGEPs na estrutura administrativa do Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, como pontos intermediários de gestão e interlocução com as unidades jurisdicionais e os Tribunais Superiores, com atuação estrategicamente orientada a buscar soluções para o êxito do sistema de precedentes qualificados.

Para além de o sistema de precedentes contemplar uma solução de gestão processual, também se constitui em ferramenta essencial para preservação da segurança jurídica, na medida em que zela pela unidade do Poder Judiciário, institucionalmente considerado, e reconhece a importância da integridade do direito.

Sobre o tema, Frederico Koehler[23] nos esclarece:

> A aplicação dos precedentes vinculantes também contribui para combater uma péssima praxe solidificada em nosso direito, qual seja a coexistência de julgamentos díspares para situações idênticas, em afronta à igualdade, imparcialidade e à segurança jurídica. De fato, o Poder Judiciário não pode ser reduzido à soma dos valores e opiniões individuais de seus membros, não se podendo olvidar que os

[21] Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/dez-temas-sao-responsaveis-72-acoes- paralisadas-pais. Acesso em: 6/2/2021.

[22] Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/transparencia/tj-em-numeros/#.YB_MVehKhdg. Acesso em: 7/2/2021.

[23] KOEHLER, *loc.cit.*

> juízes e tribunais fazem parte de um só sistema e Poder, o que caracteriza o aspecto institucional das decisões judiciais. O juiz não está submetido apenas à lei em abstrato, mas também à norma jurídica que os tribunais extraem da lei ao interpretá-la.
>
> [...]
>
> A jurisprudência lotérica afronta a coerência jurídica e a integridade do Direito, e deslegitima a prestação jurisdicional, uma vez que as normas são aplicadas de maneira diferente para casos similares. A isonomia só será cumprida quando situações análogas forem decididas da mesma maneira. Caso contrário, teremos imprevisibilidade, instabilidade e dificuldade do cidadão em saber como se portar em suas relações jurídicas.
>
> Os precedentes não são formados tão somente para a solução do caso concreto, mas sim de todos os casos em situação análoga, conferindo a todo o sistema, assim, um controle de racionalidade decorrente da regra de universalização. O afastamento da regra de universalização deve ser feito apenas excepcionalmente, e tem que ser fortemente justificado.

Em suma, conclui-se que a melhor estratégia para aumentar a segurança jurídica e, com isso, a efetividade da justiça, diminuindo-se, em consequência, a taxa de congestionamento nos tribunais, passa pelo investimento em capital jurídico através do reforço do sistema de precedentes.

4 Conclusão

O fenômeno da explosão de litigiosidade, no contexto da globalização e de uma sociedade complexa, tem produzido uma multiplicação de demandas que, ao lado da burocracia judicial e déficit de recursos, acarretaram o congestionado do acesso à justiça, exigindo o desenvolvimento de modelos alternativos de gestão de processos. Nesse cenário, o sistema de precedentes emerge como técnica adequada de gestão processual apta a contribuir com o estado crônico de ineficiência do Poder Judiciário, contribuindo para que a jurisdição seja prestada com eficiência, segurança jurídica e razoável duração.

5 Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de pesquisas judiciárias. *Justiça em números 2019*. Brasília, DF, 2019.

BRUGUÉ, Daniel Tarragó Quim; CARDOSO JR., José Celso. *A Administração Pública deliberativa*: inteligência artificial e inovação institucional a serviço do público. Rio de Janeiro: 2015. IPEA.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole Naiara. Uniformização da jurisprudência e precedentes judiciais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 978, p. 227-264, abr. 2017.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Frederico. Precedentes e dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 241, p. 431-438, mar. 2015.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. Casuísmos judiciários e precedentes judiciais. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 248, p. 311-330, out. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência. *Revista de Processo on-line,* São Paulo, v. 30, n. 121, p. 275-300, mar. 2005.

COSTA E SILVA, Paula. Legalidade das formas de processo e gestão processual ou as duas faces de Janus. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 39-50, maio/jun. 2011.

GICO JR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki. Taxa de recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM,* Santa Maria, v. 14, n. 1, 2019.

GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; BRITO, Thiago Carlos de Souza. Gerenciamento dos processos judiciais: notas sobre a experiência processual civil na Inglaterra pós-codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,* Belo Horizonte, n. 66, p. 291-326, jan./jun. 2015.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *A razoável duração do processo*. 2. ed. Bahia: Juspodium, 2013.

LUCHETE, Felipe. Conflitos de massa: dez temas são responsáveis por 72% das ações paralisadas em tribunais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-09/dez-temas-sao-responsaveis-72-acoes-paralisadas-p/ais. Acesso em: 23 de jul. 2020.

MELO, Tiago; MEDEIROS, Richerland. Estudo exploratório sobre aplicação de técnica de análise semântica latente, para vinculação de processos judiciais a temas de repercussão geral e incidente de resolução de demanda repetitiva. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias,* São Paulo, v. 1, out./dez. 2018.

SUSSKIND, Richard. *On-line courts and the future of justice*. Oxford: Oxford Press, 2019.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Procedimento de criação de enunciado de súmula - Direito do consumidor - Preços de combustíveis - Forma de apresentação em painéis e bombas medidoras - Matéria regulamentada em lei federal - Competência legislativa suplementar - Margem - Ausência - Lei municipal - Inconstitucionalidade - Viabilidade da súmula - Proposição acolhida.

- Segundo entendimento unânime na jurisprudência deste Tribunal de Justiça, é inconstitucional o dispositivo de lei municipal que tenha por objeto disciplinar a forma de apresentação dos preços dos combustíveis, em painéis e bombas medidoras, uma vez que tal matéria já se encontra disciplinada em lei federal, não restando margem para o exercício da competência legislativa suplementar pelo município.

- Inexistente, portanto, divergência de entendimento acerca do tema, torna-se viável de se sumular a matéria.

Projeto de Súmula nº 1.0000.19.145364-6/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Primeiro-Vice Presidente do Tribunal de Justiça Minas Gerais. – Relator: Des. Kildare Carvalho.

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 aprovar a proposta de súmula.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2021. - *Kildare Carvalho*. – Relator.

Voto

DES. KILDARE CARVALHO - Trato de proposta de criação de súmula, com fundamento nos arts. 530 e 530-A, do RITJMG, deste egrégio Tribunal de Justiça, formulada pelo Primeiro Vice-Presi-

dente deste e. Tribunal de Justiça, nos seguintes termos: "É inconstitucional a lei municipal que dispõe sobre a forma de apresentação dos valores dos combustíveis nos painéis de preços e nas bombas medidoras nos postos de combustíveis, pois ultrapassa o limite da competência legislativa suplementar."

Na justificativa da presente proposta, o Primeiro Vice-Presidente informa que o Órgão Especial tem julgado, de forma reiterada, no sentido de que é inválida a lei municipal que dispõe sobre a forma de apresentação dos valores dos combustíveis nos painéis de preços e nas bombas medidoras nos postos de combustíveis, por já se encontrar tal matéria disciplinada em lei federal, não restando, por isso, margem para o exercício de competência legislativa suplementar.

Em resposta ao Ofício 1º GAVIP nº 212\2019 (f. 35), a Segunda Vice-Presidente, por meio do Ofício nº 63\2019\2GAVIP (f. 36), manifestou sua concordância com a proposta de enunciado de súmula.

Em resposta ao despacho de f. 40, o Núcleo de Gerenciamento de NUGEP prestou informações à f. 44, afirmando não ter sido encontrada divergência sobre o objeto do presente projeto no âmbito deste Tribunal de Justiça, nem mesmo ter sido localizados, junto aos sítios eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, temas em Recursos Repetitivos ou em Repercussão Geral que versem sobre questão idêntica ou similar à aqui discutida. Informou, ainda, inexistir, no âmbito deste Tribunal, Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), nem Incidentes de Assunção de Competência (IAC) distribuídos, admitidos e não admitidos que versem sobre o tema em questão, bem como inexistir, ainda, súmula, no âmbito deste e dos Tribunais Superiores sobre a matéria.

Já à f. 45, informações prestadas pela COPEQ, no sentido de que o Órgão Especial deste e. Tribunal de Justiça já reconheceu a inconstitucionalidade de leis municipais que dispõem sobre a forma de apresentação dos valores dos combustíveis nos painéis de preços e nas bombas medidoras nos postos de combustíveis no julgamento de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Em parecer ofertado às f. 55/58, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela aprovação da súmula nos termos em que proposta.

Este o Relatório.

Trata-se de proposta de criação de súmula por este Tribunal de Justiça, com o seguinte teor: "É inconstitucional a lei municipal que dispõe sobre a forma de apresentação dos valores dos combustíveis nos painéis de preços e nas bombas medidoras nos postos de combustíveis, pois ultrapassa o limite da competência legislativa suplementar."

Antes de avançar no mérito, registro não desconhecer as peculiaridades que marcam o conhecimento da presente proposta de criação de súmula, que encontra amparo no art. 530-A, do RITJMG, assim redigido:

> Art. 530-A. O Presidente, os Vice-Presidentes, o Corregedor-Geral de Justiça e o desembargador que integra os órgãos julgadores do Tribunal poderão propor a criação de enunciado de jurisprudência do Tribunal, quando verificar que entre os órgãos julgadores não ocorre divergência na interpretação do direito.

Como se vê, a proposta foi apresentada a partir de casos concretos, onde o Órgão Especial deste e. Tribunal de Justiça conclui, reiteradamente, ser inconstitucional a lei municipal que versa sobre a exibição do preço nas bombas de combustível, por ferir a competência legislativa concorrente sobre produção e consumo, prevista no art. 10º, inciso XV, alínea "e", da Constituição do Estado de Minas Gerais, e a competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário e de medidas.

Confira-se, a propósito, alguns dos precedentes colhidos jurisprudência desta Corte:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei n.º 7.201/2017. Município de Teófilo Otoni. Casas decimais. Bombas de combustível. Produção e consumo. Competência constitucional legislativa concorrente. Ofensa ao art. 171 C/C art. 10, inc. XV, alínea "e", e art. 13 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Violação ao art. 22, incs. IV e VI, da Constituição Federal. - É inconstitucional a Lei nº 7.201/2017, do Município de Teófilo Otoni, que obriga a exibição do preço nas bombas de combustível em duas casas decimais, por ferir a competência legislativa concorrente sobre produção e consumo prevista no art. 10, inc. XV, alínea "e", da CEMG e a competência privativa da União para legislar sobre sistema monetário e de medidas" (ADI 1.0000.18.059829-4/000. Rel.: Des. Edgard Penna Amorim).
>
> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei municipal que dispõe sobre forma de apresentação dos preços dos combustíveis em painéis informativos e bombas medidoras. Usurpação de competência concorrente da União e do Estado. Violação aos artigos 10 e 171 da constituição estadual. - A Lei nº 5.013/2017 do Município de Montes Claros usurpa competência da União, ao dispor, de forma contrária, sobre matéria já regulada pelas Leis Federais nºs 9.069/95 e 9.487/97, com regulamentação da Resolução nº 41/2013, "que determina taxativamente que os preços dos combustíveis deverão ser apresentados com 3 (três) casas decimais no painel de preços ao consumidor e nas bombas de abastecimento (ADI 1.0000.18.001633-9/000. Rel.: Des. Luiz Carlos Gomes de Mata, p. em 04.04.2019).
>
> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei municipal. Proibição de utilização da terceira casa decimal após a vírgula nos preços das bombas de combustíveis. Matéria federal. Consumidor. Usurpação de competência. Representação julgada procedente. - A norma municipal que prevê que serão expressos com duas casas decimais, no painel de preços e nas bombas medidoras, os preços por litro de todos os combustíveis nos postos de gasolina revela-se incompatível com a legislação federal. A matéria legislativa se enquadra tipicamente como afeta a "consumo" (art. 24, inc. V, CR/88), atraindo toda a regulamentação à esfera federal, não se verificando, ao menos por ora, legitimidade dos Poderes Legislativos das outras esferas da Federação para atuação suplementar (ADI 1.0000.18.006250-7/000. Rel.: Desª. Márcia Milanez, p. em 30.01.2019).

Diante dos precedentes firmados por esta Corte, conforme ementas acima transcritas, vale o registro acerca da importância das súmulas dos tribunais de justiça para racionalização do sistema de precedentes que os entremeia e vetoriza o exercício da função jurisdicional.

As súmulas são concisos enunciados que, de maneira objetiva, explicitam a interpretação do tribunal a respeito de determinada matéria.

Seu papel na uniformização da jurisprudência em matéria de direito local, e mesmo na maturação das discussões envolvendo legislação nacional, destaca a relevância das súmulas dos tribunais para a efetivação da norma programática disposta no art. 926, do Código de Processo Civil, assim redigido:

> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.
>
> § 1º na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.
>
> § 2º ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Vale ressaltar que a norma trazida na redação do dispositivo supratranscrito deixa evidente a intenção do legislador infraconstitucional de prestigiar a uniformização da jurisprudência, tendo, assim, por finalidade, primar por um dos pilares do estado democrático de direito, traduzido na segurança jurídica, a qual visa à estabilidade das relações jurídicas em geral.

Confira-se, a propósito, trecho extraído da exposição de motivos da Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil):

> Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Sobre o tema, tenho por oportuna a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem

> A súmula é uma consolidação objetiva da jurisprudência, ou seja, é a materialização objetiva da jurisprudência. O tribunal, reconhecendo já ter formado um entendimento majoritário a respeito de uma determinada questão jurídica tem o dever de formalizar esse entendimento por meio de um enunciado, dando notícia de forma objetiva da qual é a jurisprudência presente naquele tribunal a respeito da matéria (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. In Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador, Juspodivm, 2016.; p. 1486).

Nesse contexto, sobreleva-se a importância do conhecimento desta proposta, seguida pelo seu acolhimento, para que este Tribunal garanta a atualidade de sua súmula e preserve o potencial estabilizador de que ela dispõe.

Com essas considerações, submetendo à elevada apreciação dos e. pares integrantes deste Órgão Especial, voto, smj, pelo acolhimento da proposta de súmula nos seguintes termos: "É inconstitucional a lei municipal que dispõe sobre a forma de apresentação dos valores dos combustíveis nos painéis de preços e nas bombas medidoras nos postos de combustíveis, pois ultrapassa o limite da competência legislativa suplementar."

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Márcia Milanez, Antônio Carlos Cruvinel, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Belizário de Lacerda, Edgard Penna Amorim, Moreira Diniz, Paulo Cézar Dias, Edilson Olímpio Fernandes, Armando Freire, Dárcio Lopardi Mendes, 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 e Amauri Pinto Ferreira.

Súmula - APROVARAM A PROPOSTA DE ENUNCIADO DE SÚMULA.

Mandado de segurança - Programa Minas Consciente - Pretensão de abertura de piscina de clube social - Impetração dirigida ao Governador do Estado - Ilegitimidade passiva - Comitê extraordinário Covid-19 - Decreto nº 47.886/2020 - Teoria da Encampação - Inaplicabilidade no caso - Segurança denegada.

- Consoante dispõe o § 3º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/09, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

- O Governador do Estado de Minas Gerais nem sequer integra o rol de autoridades que compõem o Comitê Gestor do Plano de Prevenção e Contingenciamento em Saúde do COVID-19 - Comitê Extraordinário COVID-19, estrutura colegiada responsável pela elaboração do ato coator - diretrizes adotadas no Programa Minas Consciente. Ilegitimidade passiva do Governador do Estado.

- Não se admite a aplicação da Teoria da Encampação quando a sua incidência acarretar a alteração da competência jurisdicional.

- Configurada a ilegitimidade passiva do Governador do Estado, única autoridade indicada no polo passivo da impetração, denega-se a segurança, na forma do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09.

Mandado de Segurança nº 1.0000.20.494575-2/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Rodrigo Pereira de Queiroz em causa própria - Autorid Coatora: Governador do Estado de Minas Gerais - Interessado: Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Corrêa Junior.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em denegar a segurança.

Belo Horizonte, 28 de abril de 2021. - *Corrêa Junior*. – Relator.

Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Cuida-se de mandado de segurança, impetrado por Rodrigo Pereira Queiroz, em desfavor do Governador do Estado de Minas Gerais.

O ato reputado coator diz respeito à vedação de acesso às piscinas situadas em "áreas externas de clubes", advinda no bojo do Programa Minas Consciente.

Em síntese, o impetrante argui que a proibição do uso de piscinas com o atendimento aos critérios de isolamento social e segurança configura erro grosseiro que viola o direito à saúde do cidadão, considerada a importância do esporte.

Aduz que foi diagnosticado com gastrite e esofagite erosiva, doenças associadas ao estresse, o que foi causado pelas medidas de distanciamento social, como a restrição à prática de atividades esportivas.

Estabelece comparação da situação das piscinas com a liberação - no âmbito do mesmo programa - do acesso aos transportes públicos, ambiente que comprovadamente apresenta risco de contágio muito alto.

Invoca o art. 196, da Constituição da República, como lastro normativo a conferir liquidez e certeza ao direito pleiteado, ressaltando a saúde como direito de todos a ser assegurado pelo Estado.

Pugna pela liminar suspensão do ato impugnado, qualificando como relevantes os fundamentos deduzidos, em especial o texto constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Também alega a existência de risco na demora da prestação jurisdicional, pois, se deferida ao final, "será privado de usar a piscina do clube, o que poderá agravar o problema de saúde, gastrite erosiva por estresse, e gerar gastos para o sistema de saúde do próprio Estado" (evento 1).

Ao final, requer a concessão da segurança, para "assegurar ao Impetrante e demais associados o direito de usar as piscinas do clube".

A liminar foi indeferida (evento 11).

Nas informações prestadas (evento 16), a digna autoridade apontada coatora argui a sua incompetência para figurar no polo passivo da impetração. Aduz que as determinações contidas no "Programa Minas Consciente" constituem políticas públicas criadas pelas Secretarias de Estado de Saúde e de Desenvolvimento Econômico, e emanam do "Comitê Extraordinário COVID-19", instituído pelo Decreto nº 47.886/20.

Assevera, ademais, que a determinação contra a qual se insurge o impetrante não se encontra listada no rol de competências privativas do Governador do Estado, elencado no art. 90, da Constituição Estadual.

Em consequência da sua ilegitimidade, defende a incompetência deste Órgão para julgamento do *mandamus*.

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se, em parecer encartado o evento 20: pela impropriedade da impetração, ante a ausência de direito líquido e certo a ser resguardado, já que o ato combatido caracteriza-se como política pública revestida de viés normativo abstrato e genérico; pela ilegitimidade passiva do Governador do Estado, já que o ato combatido é atribuído ao Comitê COVID-19, que detém a exclusiva competência para a adoção das medidas determinadas.

Oportunizada a manifestação do impetrante em relação à preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada, o postulante quedou-se inerte.

É o Relatório.

Compulsando detidamente a normatização que instituiu o "Programa Minas Consciente", constato que inexiste fundamento que valide o direcionamento da demanda em face do Chefe do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Resta demonstrada, portanto, a ilegitimidade do Governador do Estado.

Ora, em se tratando de mandado de segurança, é cediço que se considera autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática, nos termos do § 3º, do art. 6º, da Lei nº 12.016/09:

> Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições. [...]
>
> § 3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática.

Na hipótese, o apontamento de ilegalidade repousa, ao que se infere, na previsão do "Programa Minas Consciente" em relação à vedação de utilização de piscinas de clubes sociais.

Ocorre que, de acordo com o art. 2º do mencionado decreto, que trata da composição do órgão colegiado responsável pela elaboração e a fixação das medidas de saúde pública recomendadas para a prevenção e o controle do alastramento da pandemia ora vivenciada, o Governador do Estado nem sequer figura entre as autoridades ali listadas, *verbis*:

> Art. 2º - Fica instituído o Comitê Gestor do Plano de Prevenção e Contingenciamento em Saúde do COVID-19 - Comitê Extraordinário COVID-19 -, de caráter deliberativo, e com competência extraordinária para acompanhar a evolução do quadro epidemiológico do novo Coronavírus, além de adotar e fixar medidas de saúde pública necessárias para a prevenção e controle do contágio e o tratamento das pessoas afetadas.
>
> § 1º - O Comitê Extraordinário COVID-19 será composto pelas seguintes autoridades:
>
> I - o Secretário de Estado de Saúde, que o presidirá;
>
> II - o Secretário-Geral;
>
> III - o Consultor-Geral de Técnica Legislativa;
>
> IV - o Secretário de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento;
>
> V - o Secretário de Estado de Cultura e Turismo;
>
> VI - o Secretário de Estado de Desenvolvimento Econômico;

> VII - o Secretário de Estado de Desenvolvimento Social;
>
> VIII - o Secretário de Estado de Educação;
>
> IX - o Secretário de Estado de Fazenda;
>
> X - o Secretário de Estado de Governo;
>
> XI - o Secretário de Estado de Infraestrutura e Mobilidade;
>
> XII - o Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública;
>
> XIII - o Secretário de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável;
>
> XIV - o Secretário de Estado de Planejamento e Gestão; XV - o Advogado-Geral do Estado;
>
> XVI - o Controlador-Geral do Estado; XVII - o Ouvidor-Geral do Estado;
>
> XVIII - o Comandante-Geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais;
>
> XIX- o Chefe do Gabinete Militar do Governador;
>
> XX - o Chefe da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais;
>
> XXI- o Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais.
>
> (Parágrafo com redação dada pelo art. 1º do Decreto nº 47.889, de 16.3.2020, com produção de efeitos a partir de 15.3.2020.).

Desta feita, na medida em que o Governador do Estado não figura no referido Comitê, tenho como descaracterizada a sua pertinência subjetiva para responder pela irresignação aviada no âmbito do presente processado.

E nem se cogita da aplicação da Teoria da Encampação no presente caso, diante da incompetência deste Órgão Especial para a apreciação do mandado de segurança impetrado em face de ato das demais autoridades integrantes do Comitê, acima relacionadas.

Incide, portanto, a normatização contida na Súmula nº 628, do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula nº 628 - A teoria da encampação é aplicada no mandado de segurança quando presentes, cumulativamente, os seguintes 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; e c) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal.

Em suma, patenteada a ilegitimidade passiva do Governador do Estado e inexistente qualquer outra autoridade no polo passivo da impetração, impõe-se a denegação da segurança, na forma do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/09.

Conclusão

Diante do exposto, denego a segurança.

Custas pelo impetrante, com a suspensão da exigibilidade. Sem honorários, por incabíveis na espécie.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Sérgio André da Fonseca Xavier, Maurício Soares, Carlos Roberto de Faria, Amauri Pinto Ferreira, Kildare Carvalho, Márcia Milanez, Antônio Carlos Cruvinel, Wander Marotta, Geraldo Augusto, Caetano Levi Lopes, Belizário de Lacerda, Edgard Penna Amorim, Moreira Diniz, Paulo Cézar Dias, Edilson Olímpio Fernandes, Armando Freire, Dárcio Lopardi Mendes e Wanderley Paiva.

Súmula - SEGURANÇA DENEGADA.

Enunciado 76

O incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser suscitado com base em demandas repetitivas em curso nos juizados especiais.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.19.170107-7/000.

Data do Julgamento

11/03/2020

Data da publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 21/01/2021, 28/01/2021 e 04/02/2021.

Referência legislativa

Constituição da República Federativa do Brasil - art. 98, I; e art. 125, §1º.

Código de Processo Civil - art. 44 e art.. 976 ao art. 987.

Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Dispõe sobre os Juizados Especiais e Criminais e dá outras providências).

Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009 (Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios).

Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - art.. 368-A ao art. 368-M.

Precedentes

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0433.19.004292-2/001.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0105.16.000562-2/001.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.16.041441-3/000.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.16.090193-0/001.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0056.16.003389-2/001.

Nota de Atualização

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.22.201638-8/001, TJMG.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.22.090910-5/001, TJMG.

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.20.441796-8/001, TJMG.

Enunciado 77

O mandado de segurança que visa à nomeação de candidato aprovado em concurso público, no âmbito do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais, deve ser impetrado exclusivamente em face do Governador.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.19.136592-3/000.

Data do Julgamento

22/07/2020

Data da publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico de 21/01/2021, 28/01/2021 e 04/02/2021;

Referência legislativa

Constituição do Estado de Minas Gerais – artigo 90, inciso III.

Precedentes

Mandado de Segurança 1.0000.18.112784-6/000.

Mandado de Segurança 1.0000.18.001715-4/000.

Mandado de Segurança 1.0000.16.021724-6/000.

Nota de Atualização

RMS n. 64.142, STJ.

Mandado de Segurança 1.0000.22.024360-4/000, TJMG.

Mandado de Segurança 1.0000.21.106407-6/000, TJMG.

Enunciado 78

Deverão ser comunicadas ao Conselho da Magistratura as declarações de suspeição, dispensadas as de impedimento.

Órgão Julgador

Órgão Especial, Projeto de Súmula 1.0000.18.145840-7/000.

Data do Julgamento

26/08/2020

Data da publicação/Fonte

Diário do Judiciário Eletrônico 21/01/2021, 28/01/2020 e 04/02/2021.

Referência legislativa

Código de Processo Civil, art. 144.

Lei Complementar Estadual 59, art. 55, inc. XVII.

Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, art. 40, inc. V.

Precedentes

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.18.063783-7/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.18.076512-5/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.17.056095-7/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.17.005490-2/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.16.070875-6/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.15.050473-6/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.15.021466-6/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.00.241194-0/000.

Nota de Atualização

TJMG

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.21.011864-2/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.21.094831-1/000.

Comunicação-Suspeição Afirmada por Juiz de Direito 1.0000.20.589166-6/000.

Apelação Cível - Seguro de vida - Acidente envolvendo segurada condutora e inabilitada - Culpa pelo acidente - Averiguação - Desncessidade - Evento expressamente objeto de exclusão contratual.

- A responsabilidade da seguradora é limitada ao risco assumido e, havendo expressa exclusão contratual do risco securitário, à míngua de abusividade verificável na cláusulas do pacto, não se encontra aquela obrigada à indenização postulada.

- Descabe investigar se o acidente ocorreu por imperícia da segurada ou por culpa que não possa lhe ser atribuída, se o evento morte acidental no trânsito de segurado condutor não habilitado é fato objetivo e claramente previsto como excludente de pagamento da indenização securitária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0696.17.000166-8/001 - Comarca de Tupaciguara - Apelante: Caixa Seguradora S.A. - Apelado: Enivanda Naves Cardoso Nascimento, Helton Alves do Nascimento. Relatora: DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1 de dezembro de 2020. - *Valéria Rodrigues Queiroz* - Relatora.

Voto

DES.ª VALÉRIA RODRIGUES QUEIROZ - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Caixa Seguradora S.A., contra a sentença de f. 155/156, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Tupaciguara, a qual, nos autos da ação de cobrança e indenização por danos morais, promovida por Enivanda Naves Cardoso Nascimento e Helton Alves do Nascimento, julgou procedentes os

pedidos iniciais, condenando a ré/apelante ao pagamento de cobertura adicional de indenização especial, no valor de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária, segundo os índices da CGJ/TJMG, a partir da data da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil. Condenou, ainda, a ré/apelante, ao pagamento das custas e de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento), sobre o valor da condenação.

Em razões de recurso (f. 160/161), a apelante argumenta que não é verídico que não restou comprovada a culpa do segurado pelo acidente. Assinala que aquele que não possui carteira de habilitação não está habilitado a dirigir. Alega que o documento de habilitação não deve ser considerado como mero documento administrativo, pois este é precedido de exame técnico, que comprove a capacidade técnica e habilidade do indivíduo para dirigir. Destaca que a segurada contratou um seguro para pagamento em caso de acidente, todavia o evento ocorrido foi também motivado por um risco excluído da apólice, o qual foi prontamente ignorado pela segurada. Assevera que a apólice exclui expressamente a cobertura, nos casos como o ocorrido nos autos, qual seja, a morte acidental em veículo conduzido por condutor inabilitado. Sustenta que não cometeu qualquer violação à boa-fé objetiva. Pede a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões às f. 169/173, oportunidade em que os apelados aduzem que a condução de veículo sem habilitação deve ser considerada mera infração administrativa. Apregoam que o conjunto probatório dos autos não é capaz de revelar que a segurada foi a causadora do acidente que a vitimou. Ressaltam que o agravamento do risco apto a extinguir o direito da beneficiária somente restaria configurado se a seguradora se desincumbisse do ônus que lhe cabia, demonstrando que o sinistro ocorreu por culpa do condutor. Requerem a manutenção da sentença.

É o relatório.

Passo ao voto.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A hipótese dos autos revela ação de cobrança de indenização securitária e também pedido de indenização por danos morais, cujo ingresso da demanda tem motivação na negativa de pagamento da seguradora e ré/apelante, após o acidente de trânsito, com resultado fatal, que vitimou Bruna Cardoso Nascimento, filha dos autores/apelados, a qual não era habilitada para a condução de motocicleta.

A sentença acertou o litígio, julgando procedentes os pedidos iniciais, condenando a ré/apelante ao pagamento de cobertura adicional de indenização especial, no valor de R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e ao pagamento de indenização por danos morais, no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária, segundo os índices da CGJ/TJMG, a partir da data da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil.

A ré/apelante restou condenada, também, ao pagamento das custas e de honorários advocatícios arbitrados em 10%(dez por cento), sobre o valor da condenação.

A insurgência da recorrente reside no argumento de que, ao contrário da fundamentação adotada na sentença, a ausência de habilitação legal da filha dos apelados, porquanto não possuía carteira nacional de habilitação, que a autorizasse a conduzir motocicleta, representou agravação do risco coberto, o que desaguou no acidente de trânsito e consequente falecimento de Bruna Cardoso Nascimento, que teria ocorrido, segundo dicção do apelo, por imperícia desta.

A apelante sustenta, ainda, que a apólice exclui expressamente a cobertura nos casos de morte acidental em veículo conduzido por condutor inabilitado.

Do presente caderno processual, afere-se que a empresa na qual trabalhava Bruna Cardoso Nascimento contratou em favor desta e junto à apelante seguro de vida, cuja apólice é a que se encontra à f. 69/69-v, com regulamento constante de f. 72/83.

Para fins de se balizar a resolução da controvérsia recursal, tenho que, no caso dos autos, carece de relevo perquirir se houve ou não culpa da segurada no acidente que a vitimou, bem como é despicienda a averiguação de incremento ou não do risco coberto, com fulcro na circunstância de que a segurada era inabilitada.

Vale dizer: desimporta saber se o fato de a segurada não ser habilitada legalmente para a condução de motocicleta foi a causa ou concausa do acidente fatal noticiado nos autos.

É que apólice do seguro contratado em favor da filha dos apelantes contém cláusula específica (cláusula 4.2, b), a respeito da exclusão da cobertura securitária, em caso de morte acidental, quando o segurado, sem a devida habilitação, for o condutor de veículo, seja terrestre, aéreo ou náutico.

Portanto, ao dirigir sua autonomia privada para adotar a conduta de condução de motocicleta e com ela transitar em via pública, sem possuir CNH específica, forçoso anotar que a segurada estava sujeita, a todo momento, em caso de qualquer tipo acidente e os resultados danosos dele decorrentes, a não poder usufruir da cobertura securitária.

De se realçar, neste espeque, que a segurada assumiu os riscos de sua própria conduta de, voluntariamente conduzir motocicleta, mas, ressalte-se, previamente ciente da expressa exclusão contratual do evento morte acidental, conforme cláusula 4.2, b, específica do regulamento do seguro.

Assim, descabe investigar se o acidente ocorreu por imperícia da segurada ou por culpa que não possa lhe ser atribuída, pois o evento morte acidental no trânsito de segurado condutor e não habilitado é fato objetivo e claramente previsto como excludente de pagamento da indenização securitária, valendo notar que, ademais, a cláusula que prevê a exclusão da cobertura objetivada pelos apelados não se revela, sob nenhum aspecto, abusiva.

Tenho, ainda, que o entendimento, no sentido de que deve ser comprovado que o segurado contribuiu intencionalmente para o agravamento do risco objeto do contrato não se aplica aos casos, nos quais o próprio pacto contém cláusula específica, clara e não abusiva e excludente da cobertura.

Em casos como o dos autos, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> O art. 1.460, do CCB, estabelece que, "quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outro o segurador". A previsão da apólice de que a responsabilidade pelo pagamento do capital segurado ficaria excluída, quando o veículo fosse dirigido por pessoa inabilitada, ou que fizera uso de álcool ou outra substância proibida, é perfeitamente lícita, não ferindo, de modo algum, o Código de Defesa do Consumidor, vez que prevê a isenção do dever de pagamento em casos que configuram, frente ao Código de Trânsito Brasileiro, no mínimo, ilícito administrativo. Não há dúvida de que tal dispositivo é também absolutamente razoável, pois uma pessoa que preencha algum dos três requisitos ali previstos não poderia, de forma alguma, estar dirigindo automóvel, pois há enorme possibilidade de que coloque em risco a vida alheia (Apelação Cível nº 372.355-5, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, d.j. 17.10.2002).
>
> A cláusula de exclusão de risco, nos casos em que o condutor for inabilitado, não fere o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que prevê a isenção do dever de pagamento em caso que configura, frente ao Código de Trânsito Brasileiro, no mínimo, ilícito administrativo. A seguradora não é obrigada a indenizar o segurado dos prejuízos decorrentes de acidente de trânsito, se o condutor do veículo causador do sinistro é pessoa inabilitada (Apelação Cível nº 1.0625.98.002763-9/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, d.j. 17.01. 2007).

Por fim, em que pese se compreender a consternação e sofrimento dos apelados diante do falecimento de sua filha, anote-se que não se pode vislumbrar ilegalidade na recusa de pagamento da indenização securitária, devendo se fixar que os percalços vivenciados na seara administrativa para tentar obter referido pagamento, embora tenham de fato ocorrido, não derivam de ato ilícito da apelante, mas sim da crença dos apelados de que fariam jus ao recebimento da indenização, não sendo aptos, pois, a gerar dano moral indenizável.

Isto posto, dou provimento ao recurso e reformo a sentença, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Inverto os ônus sucumbências estipulados na sentença e condeno os apelados ao pagamento das custas processuais, inclusive as recursais, e também ao pagamento de honorários advocatícios, os quais arbitro em 10%(dez por cento) sobre o valor da causa. Ficam os apelados isentos de tais recolhimentos, eis que se encontram amparados pela gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator a Desembargadora Jaqueline Calábria Albuquerque e o Juiz de Direito convocado Marcelo Pereira da Silva.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação indenizatória - Responsabilidade civil - Vício do serviço - *Buffet* em festa de casamento - Descumprimento contratual – Confissão - Dano moral. Configuração - Indenização devida – *Quantum* – Razoabilidade - Apelo improvido - Sentença mantida.

- Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

- Embora consagrada orientação de que o inadimplemento contratual, em regra, não revele ocorrência de dano moral, a falha no serviço que provoque relevante constrangimento em plena festa de casamento do consumidor enseja reparação por dano extrapatrimonial.

- A indenização por dano moral deve ser arbitrada com observância da natureza e da intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como das capacidades econômicas das partes envolvidas.

Apelação Cível nº 1.0106.19.000534-3/001 - Comarca de Cambuí - Apelante: Diogo Pereira de Assis - Apelado: Alexandre Motoyama Rodrigues. – Relator: Des. José Marcos Rodrigues Vieira.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2021. - *José Marcos Rodrigues Vieira*. – Relator.

Voto

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível, interposta da sentença de f. 140/146-TJ, que, nos autos da ação indenizatória, ajuizada por Alexandre Motoyama Rodrigues, em desfavor de Diogo Pereira de Assis, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais ao autor, nos importes de R$5.000,00 (cinco mil reais) e R$4.000,00 (quatro mil reais), respectivamente. A sentença apelada, ainda, condenou o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Inconformado, o réu interpõe apelação às f. 149/162-TJ, por meio da qual salienta, em resumo, que os requisitos da responsabilidade civil não restaram comprovados na espécie, uma vez que não demonstrado o cometimento de ato ilícito, tampouco o nexo de causalidade entre a conduta imputada ao agente e os danos alegadamente suportados. Assevera que o dano extrapatrimonial afirmado pela parte também não restou comprovado, já que a situação vivenciada não ultrapassa a barreira do aborrecimento do cotidiano, insuscetível, por si só, de ensejar prejuízo indenizável. Nesses termos, ao final, pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença e o julgamento de total improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Contrarrazões apresentadas às f. 164/170-TJ, pela manutenção da sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o Relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Com efeito, o autor, ora apelado, ajuizou a ação indenizatória pretendendo a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos danos morais e materiais que alega ter experimentado, decorrentes do alegado descumprimento do contrato de prestação de serviços de *buffet*, firmado entre as partes.

Para tanto, assevera que tais serviços seriam prestados durante a festa de seu casamento, entretanto, por vícios de quantidade e de qualidade, o cumprimento da avença revelou-se defeituoso, ensejando a ocorrência dos alegados prejuízos morais e materiais.

Após os trâmites legais, os pedidos foram julgados parcialmente procedentes na origem, o que motivou a interposição do recurso de apelação pelo réu, nos termos já relatados.

Ante tal conjuntura e em se tratando de responsabilidade civil, cumpre perquirir a ocorrência dos requisitos que a ensejam e, por conseguinte, geram o dever de indenizar, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo causal entre os dois elementos anteriores, de modo que, ausentes qualquer de tais requisitos, emerge, como consequência lógica e jurídica, a improcedência da pretensão inicial, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

A propósito, Caio Mário da Silva Pereira enumera os requisitos essenciais da responsabilidade civil:

> a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário ao direito, por comissão ou omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não-patrimonial; c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre uma e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário ao direito não teria havido o atentado a bem jurídico (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2009, p. 566).

Assim, para se reconhecer o cabimento da indenização, mostra-se necessária a constatação da conduta antijurídica que gere dano, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Ademais do Código Civil, o deslinde recursal observa o disposto no CDC. A relação existente entre as partes é de consumo, tendo em vista que o autor subsume-se à definição de consumidor (art. 2°, CDC) do serviço oferecido onerosamente pela réu (art. 3°, CDC).

A partir de tal premissa, é inconteste ser objetiva a responsabilidade civil do réu, a teor do disposto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, prescindível a comprovação de culpa. *In verbis*:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Persiste, todavia, a exigência de demonstração da existência do dano e do nexo de causalidade, incumbindo ao consumidor o respectivo ônus probatório, à luz do disposto no art. 373, I, do CPC.

Na espécie, incontroverso que o autor contratou os serviços de *buffet* oferecidos pelo requerido, os quais deveriam ser prestados na forma convencionada, durante a realização da festa de casamento do contratante.

Na inicial, o requerente alega que a avença não foi adimplida na forma pactuada, uma vez que as mesas e cadeiras fornecidas eram inferiores às contratadas; o cardápio servido estava em desconformidade com aquele efetivamente acordado e, especialmente, diversos convidados não foram atendidos, uma vez que a alimentação disponibilizada revelou-se insuficiente para a quantidade de pessoas que compareceram ao evento, não obstante tal comparecimento ter sido inferior ao ajustado e adimplido.

Já o réu, em depoimento pessoal prestado em audiência de instrução e julgamento (termo colacionado à f. 123-TJ), confessou que o autor pagou adiantado para a realização de uma festa com 200 (duzentos) convidados; que não sabe se os 200 (duzentos) convidados compareceram; que a comida acabou, porém teria sido reposta 15 (quinze) minutos depois; que a maionese azedou e não foi servida; que a comida que foi reposta na festa foi feita no bar do requerido e que as mesas contratadas eram realmente de metal, porém, em razão de equívoco, foram disponibilizadas mesas de plástico.

Ora, a partir de tal depoimento, ficam evidentes os defeitos no serviço prestado pelo demandado, uma vez que fornecidos em absoluto descompasso com o efetivamente contratado. Inclusive, cabe salientar que o aludido descumprimento nem sequer foi refutado de forma específica pelo recorrente, tal como se vê da peça contestatória e das razões da apelação.

Desse modo, considerada a responsabilidade objetiva do requerido, e não demonstrada a presença de qualquer excludente de responsabilidade, tem-se por correta a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos materiais ao requerente, estando o valor da condenação adequado à hipótese, até porque não foi impugnado nas razões recursais.

Já no que toca ao dano moral, igualmente considero que a decisão recorrida não é merecedora de qualquer reparo.

Com efeito, sabe-se que o dano moral é aquele que afeta a psique da pessoa, extrapolando o plano material, que nem sempre é diretamente afetado. É o que ensina Silvio Rodrigues: "Diz-se que o dano é moral quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material" (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Responsabilidade Civil. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2007, p. 33).

É cediço que a dor moral, o comprometimento psíquico, a ofensa emocional, enfim, a extensão da dor experimentada ante o *eventus damni* não pode ser demonstrada, razão pela qual a doutrina contemporânea leciona:

> Como, em regra, não se presume o dano, há decisões no sentido de desacolher a pretensão indenizatória por falta de prova do dano moral.
>
> Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais.
>
> Nesse ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 86).

In casu, como anteriormente mencionado, as provas dos autos demonstram os evidentes defeitos no serviço prestado pelo demandado, o que comprova que a avença firmada entre as partes foi parcialmente descumprida.

E, com base na ocorrência de tal descumprimento contratual em plena festa de casamento, é possível presumir-se o intenso desassossego vivenciado pelo requerente, por sua noiva e por seus familiares, que, em momento festivo sonhado, aguardado e planejado com antecedência, foram significativamente afligidos pelo constrangimento que a conduta do réu lhes causou.

Nessa conjuntura, a meu ver, indubitável e indiscutível o prejuízo moral sofrido pelo autor, passível de reparação pecuniária por ultrapassar, com relevante distância, a barreira do mero aborrecimento do cotidiano.

Assim, afirmada a responsabilidade do réu pela reparação do prejuízo moral suportado pelo autor, advém a tarefa de determinar a fixação do *quantum* indenizatório.

Conquanto a lei não indique os elementos que possam servir de parâmetro para se estabelecer o valor da indenização, dispõe que deve ser pautado com base na extensão do dano (art. 944 do CC), sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação.

A doutrina vem tentando estabelecer critérios que deverão ser observados pelo julgador no momento de fixar a indenização. Rizzatto Nunes apresenta alguns desses critérios quando se trata de dano moral ao consumidor:

> [...] inspirado em parte da doutrina e em parte da jurisprudência, mas principalmente levando-se em conta os princípios constitucionais que garantem a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, do respeito à vida e da garantia à incolumidade física e psíquica, com o asseguramento de uma sadia qualidade de vida e do principio da isonomia, e, ainda, a garantia da intimidade, vida privada, imagem e honra, é possível fixarem-se alguns parâmetros para a determinação da indenização por danos morais, quais sejam:
>
> a) a natureza específica da ofensa sofrida;
>
> b) a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido;
>
> c) a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido;
>
> d) a existência de dolo - má-fé - por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de sua culpa;
>
> e) a situação econômica do ofensor;
>
> f) a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso;
>
> g) a prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta;
>
> h) as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido;
>
> i) necessidade de punição (NUNES, Rizzatto. In Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 310).

Valho-me, ainda, dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

> Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. [...] Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.
>
> [...]

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússula 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 conseqüências, 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 (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 91-93).

Sob tais parâmetros, entendo que a indenização fixada pelo juízo de origem no importe de R$5.000,00 (cinco mil reais) revela-se proporcional e adequada à intensidade do dano e à repercussão dos fatos, bem como se mostra pedagógica e condizente com a capacidade econômica dos envolvidos, evitando, ainda, o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

Invoco o magistério de Calmon de Passos que me parece justificar o arbitramento:

> [...] entremeado de dificuldades é o problema do ressarcimento dos danos que afetam a nossa personalidade, os que provocam mudança no modo como nos víamos ou como éramos vistos (avaliados) pelos outros. Em que pesem essas peculiaridades, tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os critérios fundamentadores da liquidação dos danos materiais - devem ser precisamente provados, repelindo-se, tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa, o juízo de valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-nos rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto. (PASSOS, Calmon. O imoral nas indenizações por dano moral. Teresina: Jus Navigandi, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/2989. Acesso em: 25 jul. 2011)

E continua:

> [...] o que será dano moral puro, ou seja, possível de existir inexistindo danos materiais ou que nenhuma relação mantém com os mesmos? Só nos resta afirmar que nos situamos, aqui, no espaço do que se qualifica como valor, algo especificamente humano e insuscetível de objetivação, salvo se considerado em sua legitimação intersubjetiva. Sem esse consectário, torna-se aleatório, anárquico, inapreensível e inobjetivável. Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana. (PASSOS, Calmon. O imoral nas indenizações por dano moral. Teresina: Jus Navigandi, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/2989. Acesso em: 25 jul. 2011)

Com tais considerações, nego provimento ao recurso para manter incólume a sentença recorrida.

Como consectário, mantenho a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e recursais, bem como dos honorários advocatícios que, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC, majoro para o percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, suspensa a exigibilidade das verbas nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Pedro Aleixo e Ramom Tácio.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Ação civil pública - Conteúdo sigiloso de certame - Questões de prova e gabarito - Divulgação indevida - Benefício de terceiros - Relação profissional, de parentesco ou amizade - Comprometimento da credibilidade do certame - Ato ímprobo - Dolo - Evidente - Condenação nas sanções da Lei nº 8.429, de 1992 - Cumulação de pedidos - Dano moral coletivo - Possibilidade - Apelação à qual se nega provimento.

- Constitui ato de improbidade administrativa a divulgação de conteúdo sigiloso de certame, com o nítido escopo de beneficiar terceiros com aprovação e classificação dentro do número de vagas.

- A atuação decidida em desrespeito ao patrimônio público e às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo a justificar reconhecimento de ato de improbidade administrativa.

- É possível a cumulação de pedidos no bojo de ação civil pública de modo que a condenação por atos de improbidade administrativa não obsta a condenação por dano moral coletivo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0344.13.001594-6/002 - Comarca de Iturama - Apelante: P.C.A.C. Ltda., representada por M.S.Z.C.- Apelado: M.P.M.G. - Litisconsorte: E.B.S. - 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, 1º de junho de 2021 - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

Voto

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de recurso de apelação, interposto por P.C.A.C. Ltda., representada por M.S.Z.C. em face da sentença de f. 1.959/1.966 que, nos autos da ação civil pública que lhe move o M.P.M.G., julgou procedente o pedido para condenar os réus pela prática de atos de improbidade administrativa, tipificados nos art. 10 e 11 da Lei nº 8.429, de 1992 e aplicar-lhes as sanções do art. 12, II, do mesmo diploma legal, a saber:

1. Ressarcimento integral do dano pelos réus, compreendido como aquele suportado pelo Município para a realização do concurso. Tal importância deve ser apurada em liquidação de sentença, solo em que o *Parquet* deverá trazer aos autos a prova das despesas do Município.

2. Suspensão dos direitos políticos dos réus, M. e E., pelo prazo de 5 (cinco) anos, contados a partir da data do trânsito em julgado desta sentença;

3. Pagamento de multa civil pelos réus, no importe de 2 (duas) vezes o valor do dano, devidamente atualizada pelo índice da CGJ e com juros legais;

4. Proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos.

5. A Condenação dos réus solidariamente em danos morais coletivos, no importe de R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Condenou os requeridos ao pagamento das custas e despesas processuais. Sem honorários, porquanto incabíveis na espécie.

Em suas razões recursais de f. 1.970, P.C.A.C. Ltda., representada por M.S.Z.C. insurge-se contra a sentença ao argumento de que não houve prova de que os requeridos praticaram atos de improbidade, sendo a condenação decorrente de meras presunções. Defende que todas as tratativas com o requerido E. foram no sentido de estabelecerem parceria comercial, contudo, não lhes foi oportunizado produzir prova neste sentido. Impugna o depoimento testemunhal que serviu de base para a acusação, ressaltando ser ele contraditório e oscilante acerca dos fatos. Discorre sobre todo o procedimento da empresa na condução do certame, ressaltando que houve intensa fiscalização, não dando margem para qualquer dúvida acerca da lisura de sua atuação e cumprimento do contrato. E, mesmo quando o concurso foi anulado, procedeu à devolução dos valores das inscrições aos candidatos, logo, não pode ser condenada em ressarcimento ao erário. Ainda assevera que não pode ser responsabilizada pela contratação de f. 346/8, visto que a tanto não se obrigou no contrato administrativo. Afirma inexistir elemento subjetivo apto à caracterização de improbidade, sendo necessário que se descreva de que forma o agente tenha contribuído, pessoalmente, à consecução das irregularidades apontadas. Por fim, insurge-se contra a condenação em dano moral coletivo, porquanto não consubstancia sanção prevista na lei de improbidade administrativa. Pugna pelo provimento do recurso.

Preparo recursal às f. 1.985/1.986.

Contrarrazões apresentadas às f. 1.988/2.016, arguindo preliminar de intempestividade e no mérito, pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo não conhecimento do recurso (Ordem 43).

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Conquanto o Ministério Público alegue a intempestividade do recurso por ter sido a sentença publicada no dia 04.09.2020 e o recurso interposto em 23.10.2020, olvida-se que se trata de processo que tramitou pelo meio físico na primeira instância, cujos prazos foram mantidos suspensos por força do art. 6º da Portaria Conjunta da Presidência nº 1.047/2020, publicado no *DJe* em 11.09.2020 e republicado em 14.09.2020.

Somente com a Portaria Conjunta da Presidência nº 1.051/2020 é que os prazos dos processos físicos voltaram a correr nos termos do art. 3º:

> Art. 3º O § 1º do art. 1º da Portaria Conjunta da Presidência nº 1.025, de 13 de julho de 2020, passa a vigorar com a seguinte redação, ficando acrescidos ao referido artigo os § 6º, § 7º e § 8º:
>
> Art. 1º
>
> [...]
>
> § 1º Fica mantida a suspensão dos prazos dos processos judiciais cíveis que tramitam em meio físico na Segunda Instância e nas comarcas do Estado de Minas Gerais, salvo nas hipóteses de que trata o § 6º deste artigo.
>
> [...]
>
> § 6º Os processos cíveis que tramitam na Primeira Instância em meio físico, inclusive nos Juizados Especiais e nas Turmas Recursais, e que se encontrarem instruídos, prontos para razões finais, sentença ou que já tenham sido sentenciados, terão os prazos processuais retomados no dia 1º de outubro de 2020.

Ademais, a apelante goza do prazo em dobro, dado que os litisconsortes estão representados por procuradores distintos, a teor do disposto no art. 229 do Código de Processo Civil. Logo, o recurso interposto está tempestivo.

Posto isso, rejeito a preliminar de intempestividade.

Mérito.

Cinge a controvérsia à existência de ato de improbidade administrativa por parte da recorrente dado que o Ministério Público apurou (no Inquérito Civil MPMG 0344.11.000088-4) que, na iminência da prova do concurso 01/2011, realizado pela Câmara Municipal de Iturama, houve intensa comunicação telefônica entre a representante legal da empresa requerida e o requerido E.B.S.E, posteriormente, várias pessoas a ele ligadas (por relação de parentesco, profissional e amizade), inclusive ele próprio, obtiveram aprovação no certame com boas colocações.

O concurso foi anulado (Portaria 20, de 31.10.2011, f. 954/956) por constatação de irregularidades e fraude. Tanto que do referido ato constou *"considerando que a lista de aprovados são possíveis beneficiários de fraudes, sendo claramente apontados como sendo amigos, parentes, funcionários ou sócios de uma empresa ligada a prestação de serviços para a Administração Pública*". Assim, foi imputada responsabilidade aos requeridos e condenados pela sentença ora, combatida.

Pois bem. Validamente, a Lei nº 8.429, de 1992 elencava três espécies de improbidade administrativa, a saber: a) atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10); c) atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). Pela Lei complementar nº 157, de 2016 foi acrescida mais uma espécie de improbidade, conforme o art. 10, *a*, ou seja, d) atos de improbidade decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Nesse contexto, imprescindível analisar se as condutas impugnadas se amoldam a uma ou mais das espécies, tal como invocado na peça de ingresso, ou se são legais.

Da simples verificação do acervo probatório e dos atos acima descritos, é de clareza cartesiana que os requeridos, incorreram na conduta descrita no art. 11, V, da Lei nº 8.429, de 1992:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> [...]
>
> V - frustrar a licitude de concurso público.

É que restou comprovado no bojo do inquérito civil Inquérito Civil no MPMG-0344.11.000088-4, notadamente pelo depoimento de f. 295/297, que houve divulgação das questões de prova pelos requeridos a algumas pessoas do círculo familiar, de amizade ou profissional. E com isso, essas pessoas foram privilegiadas para realização das provas, logrando aprovação e classificação em um concurso com poucas vagas (apenas 17 - dezessete), para provimento de cargos na Câmara Municipal de Iturama.

Segundo testemunha, A.J.S.P., o requerido E. procurou seu filho (K.B.D.P.) e sua esposa (S.B.S.) para lhes vender o "banco de questões":

> [...] que o declarante comparece espontaneamente nesta Promotoria de Justiça para narrar irregularidades nos concursos da Câmara de Iturama de 2011 e de União de Minas do mesmo ano; que certo dia do ano passado, E. abordou a esposa do declarante e seu filho K. e lhes disse para eles prestarem os concursos da Câmara de Iturama e do Município de União de Minas, pois ele conseguiria fazer com que eles fossem aprovados; que sua esposa prestou o concurso de União para o cargo de coordenadora de creche e seu filho, o concurso da Câmara de Iturama para o cargo no almoxarifado; que E. cobrou R$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais) da esposa do declarante e R$3.000,00 (três mil reais) do filho do declarante; [...] que ontem, seu filho K. lhe disse que, se preciso fosse, faria um empréstimo para pagar o declarante; que E. nunca ofereceu vaga no concurso para o declarante porque o declarante é aposentado; que E. negou a vaga para a cunhada de E. (esposa do A., irmão de E.), chamada M.J.A., porque eles dizem que ela é meio "doida" e poderia falar sobre a fraude; que o declarante não sabe o nome das pessoas das empresas Soler e Persona que teriam passado as provas para E.; que apenas sabe que é uma mulher; que o esquema funcionava da seguinte maneira: após comprada a vaga, as questões que cairiam na prova ou que poderiam cair eram entregues para os compradores, já com as alternativas corretas assinaladas; que

> assim, aqueles que compravam as vagas estudavam essas questões e tinham mais condições de passar no concurso; que o declarante viu sua esposa e seu filho estudando a prova já elaborada e com as questões já resolvidas; que o declarante chegou a pedir folga para I., sócio de E., para seu filho K. que trabalhava na Macroged, para ele poder estudar para o concurso através das provas já resolvidas; que o declarante sabia, desde o início, da fraude; [...] (f. 295/297).

E o depoimento em juízo da testemunha F.B.O. (f. 1.743) vai ao encontro das alegações de fraude no concurso para beneficiar candidatos determinados.

Ademais, é fato que os contatos telefônicos entre os requeridos se iniciaram em Agosto de 2011 e findaram em outubro do mesmo ano (f. 358/359), ou seja, começaram quase dois meses antes do certame e terminaram justamente após a realização da prova, no dia 02.10.2011. Nesse cenário, fica enfraquecida a versão apresentada pelos requeridos no sentido de que o contato se destinava a estabelecer parceria comercial, pois, fosse esse o real intento, certo é que a comunicação não teria cessado nem se limitaria a este período.

Nesse contexto, a condenação não foi baseada em presunção, como tenta fazer crer a apelante, mas em provas firmes que demonstram o modo de operar dos requeridos e o resultado por eles alcançado com as aprovações de pessoas próximas. Não há qualquer dúvida de que os requeridos fraudaram o concurso público 01/2011 da Câmara Municipal de Iturama.

Tanto a fraude se comprova que a Câmara Municipal de Iturama, após constar a coincidência na relação de aprovados e os vínculos com o requerido, anulou de ofício o concurso público.

Convém ressaltar que a realização do concurso 01/2011 foi delegada pela Administração Pública, por meio de procedimento licitatório, para a empresa P.C.A.C. Ltda., quem tinha por obrigação, seja por meio de sua representante legal, seja por meio de seus prepostos, de manter o sigilo indispensável à realização do certame. Assim, como as questões e gabaritos foram antecipadamente divulgados a determinados candidatos, evidente a falha no serviço prestado e no dever de sigilo, a configurar ato ímprobo na modalidade do art. 11 da Lei nº 8.429, V, de 1992.

Avançando, verifico ainda que tem incidência o caput do art. 10 da Lei nº 8.429 de 1992, posto que a anulação do certame importou prejuízo à Administração Pública que dispendeu tempo, recursos e funcionários para trabalhar no planejamento, fiscalização, organização e realização do concurso. Não por acaso que foi contratada uma empresa de assessoria especializada para dar suporte técnico administrativo e jurídico à Câmara Municipal (cláusula primeira do contrato de f. 366), instituindo uma comissão de fiscalização que atuou juntamente com o Ministério Público local às vésperas da prova.

Assim, escorreita a sentença na condenação ao ressarcimento dos valores do contrato com a empresa W.I.T.P. Ltda. ME, no valor de R$5.545,00 - cinco mil quinhentos e quarenta e cinco reais - (f. 365, 366-368), pois é evidente o dano ao erário.

E não se justifica a escusa da apelante de que não pode ser responsabilizada por esse gasto porque com ele não anuiu. Ora, em se tratando de uma necessidade da Câmara Municipal, inclusive considerando o histórico de fraudes em concursos no Município, não é dado ao particular ou até mesmo ao Poder Judiciário adentrar sobre a necessidade da contratação, sob pena de interferência indevida no mérito administrativo.

Certo é que houve um contrato e uma prestação de serviços específica e direcionada para o concurso público do Edital 001/2011. E, a anulação do concurso, repercutiu no valor despendido pela Câmara Municipal para a contratação de empresa especializada para lhe dar assessoria e consultoria neste concurso. O dano ao erário deve ser reparado a contento, tal como constou da sentença.

E nem se diga que não restou comprovado o elemento subjetivo dolo, posto que a conduta dos requeridos foi voluntária e direcionada a fraudar o concurso, em privilégio a determinadas pessoas.

Validamente, a atuação decidida em desrespeito ao patrimônio público e às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo a justificar reconhecimento de ato de improbidade administrativa.

Repita-se, que a realização do concurso 01/2011 foi delegada pela Administração Pública, por meio de procedimento licitatório, para a empresa P.C.A.C. Ltda., quem tinha por obrigação, seja por meio de sua representante legal, seja por meio de seus prepostos, de manter o sigilo indispensável à realização do certame. Assim, como as questões e gabaritos foram antecipadamente divulgados a determinados candidatos, evidente o dolo na sua atuação para frustrar a lisura e credibilidade do certame.

Ora, o elemento subjetivo, para fins de caracterização de ato de improbidade administrativa, reside na vontade consciente e dirigida ao fim de vulnerar as regras que regem a Administração Pública bem como a observância de preceitos éticos. No caso de fraude a concurso público, o elemento dolo é inerente à prática do ato ímprobo. Ressalte-se que não se exige dolo específico, bastando o dolo genérico.

E quanto ao pedido e condenação por danos morais coletivos, certo é que não há vedação à cumulação de pedidos no bojo da ação civil pública, desde que sejam compatíveis entre si e o juízo competente para ambos. Aliás, a hipótese é agasalhada no ordenamento jurídico (art. 327, § 1º e § 2º, do Código de Processo Civil).

Assim, ainda que não conste a condenação por danos morais coletivos no rol expresso do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, é possível que a sentença condene os requeridos por força da cumulação requerida na inicial. Válido ressaltar que a ação civil pública é mero instrumento para que o Ministério Público deduza suas pretensões, não apenas em relação aos atos de improbidade administrativa e respectivas sanções, como também outras que atentem contra direitos coletivos.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> Administrativo. Improbidade administrativa. Dano ao erário. Multa civil. Dano moral. Possibilidade. Prescrição. [...] - Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal. - A aferição de tal dano deve ser feita no caso concreto com base em análise detida das provas dos autos que comprovem efetivo dano à coletividade, os quais ultrapassam a mera insatisfação com a atividade administrativa. - Superado o tema da prescrição, devem os autos retornar à origem para julgamento do mérito da apelação referente ao recorrido S.J.R. e quanto à ocorrência e mensuração de eventual dano moral causado por ato de improbidade administrativa. - Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte (REsp nº 960.926/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 18.03.2008, *DJe* de 01.04.2008).

O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa (REsp nº 1.397.870/MG).

E a sanção foi muito bem aplicada, porquanto a constatação de fraudes em concursos públicos repercute de forma bastante negativa no seio social. Os efeitos são nefastos e extremamente lesivos à sociedade, notadamente porque implicam desestímulo aos candidatos e à população em geral, além de impingir descrédito ao órgão público responsável pelo certame.

Posto isso, não está a merecer qualquer reparo a sentença.

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

Custas recursais, pela apelante.

Sem honorários, porquanto incabíveis na espécie.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR E AFRÂNIO VILELA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação - Ação de reconhecimento de união estável *post mortem* - *De cujus* em união estável posteriormente convertida em casamento - Comprovação da separação de fato - inocorrência - Reconhecimento de uniões estáveis concomitantes - Impossibilidade - ARE nº 1.045.273-RG (Tema nº 529) - Julgamento da matéria pelo Supremo Tribunal Federal - Prevalência do dever de fidelidade e monogamia pelo ordenamento jurídico brasileiro - precedente vinculante obrigatório - Recurso não provido.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE nº 1.045.273-RG (Tema nº 529), estabeleceu que *"a preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive, para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro"*.

- Não demonstrado que o *de cujus* estava separado de fato enquanto mantinha segunda relação amorosa, embora tenha sido duradoura e pública, é vedado dar-lhe proteção jurídica, em observância ao precedente vinculante (Tema nº 529).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0059.17.001917-4/001 - Comarca de Barroso - Apelante: M.N.L.M. - Apelados: E.L.P.Q., W.C. e outros, W.F.P.S., C.P.R., M.P.Q. - Relator: DES. AFRÂNIO VILELA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2021. - *Afrânio Vilela* - Relator.

Voto

DES. AFRÂNIO VILELA - Em exame, apelação cível, interposta por M.N.L.M. contra a sentença (f. 224/227) que, nos autos da ação de reconhecimento de união estável *post mortem* ajuizada em face de W.C. e outros, julgou improcedente o pedido, resolvendo a lide com âncora no art. 487, I, do CPC, e condenando a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advo-

catícios fixados em R$2.000,00 (dois mil reais), suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Em suas razões (f. 228/234), aduz a apelante, preliminarmente, que devem ser desentranhados dos autos dos documentos de f. 91/112 ou seu afastamento na formação do convencimento do julgador, em face da revelia decretada.

No mérito, requer a reforma da sentença, aduzindo, para tanto, que a união estável havida com terceira pessoa não impede o reconhecimento do vínculo more uxório e que não tinha conhecimento da relação existente com W.C.; que manteve convívio com os filhos de W.C., ajudando a criá-los, mas acreditava que a relação com o *de cujus* já havia terminado; que os requisitos para a união estável foram comprovados pela prova testemunhal, no que tange à convivência pública, contínua e duradoura, com a intenção de constituição de família; que os documentos de f. 15/25 são cartas que demonstram o afeto e a convivência do casal, bem como as fotografias de f. 26/30; que o *de cujus* residia com a apelante quando de sua morte, consoante documentos de f. 32/38 e 152/156; que doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a possibilidade de existência de duas uniões estáveis concomitantemente; que se trata de um caso excepcional que não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário. Pondera inexistir concubinato, uma vez que a própria requerida W.C. admitiu que durante a convivência se separaram várias vezes.

Em contrarrazões de f. 237/248, os apelados requereram o não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça entendeu desnecessária a manifestação no feito (f. 255).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preambularmente, registre-se que o pedido de desentranhamento dos documentos de f. 91/112 encontra-se prejudicado haja vista que, em cumprimento ao despacho de f. 235, as peças foram retiradas dos autos e acauteladas no cofre da secretaria do juízo.

Adentrando ao cerne da controvérsia, cinge-se a análise do recurso a verificar se configurada união estável entre a apelante M.N.L.M. e o *de cujus* E.M.P.Q., desde o ano de ano de 2000 até seu falecimento em 02.11.2016.

A MM.ª Juíza Valéria Possa Dornellas julgou improcedente o pedido ao fundamento de o *de cujus* possuir impedimento ao reconhecimento da união estável, por manter convivência more uxório reconhecida por escritura pública de união estável (f.180), com a apelada W.C., posteriormente convertida em casamento (f. 183).

A sentença não merece reforma.

O art. 226, § 3º, da Constituição Federal, dispõe que:

"Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

O art. 1.723 do Código Civil, renovando as disposições outrora previstas no art. 1º da Lei nº 9.278/96, regula o dispositivo constitucional supra, nos seguintes termos:

"É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objeto de constituição de família."

Conquanto não mais subsista o requisito de convivência more uxório por mais de cinco anos, ou de prole, outrora previstos na Lei nº 8.971/94, o reconhecimento da união estável depende da comprovação do *animus familiae*, ou seja, de estabelecimento de união familiar estável e duradoura, vinculando-se com projetos de vida em comum.

Não bastasse, também se faz imprescindível a não caracterização do impedimento previsto no § 1º do art. 1.723 do CCB, que impossibilita o reconhecimento de união estável se ocorrer uma das hipóteses previstas no art. 1.521 do CCB, como a existência de casamento/união estável anterior, exceto se comprovada a separação de fato do casal.

A questão era tormentosa e gerava ricos debates no campo doutrinário.

Sobre o assunto, preleciona o jurista Dimas Messias de Carvalho:

> Atualmente, em razão do novo Código Civil, existe a seguinte distinção nas relações fora do casamento: - união estável ou concubinato puro - são os relacionamentos estáveis havidos entre pessoas livres, não comprometidas com deveres matrimoniais ou outra relação concubinária, ou se casados, estejam separados de fato (art. 1.723 do CC), com atributos de entidade familiar; - concubinato impuro - são os demais, onde existe vínculo afetivo do casamento com outra pessoa ou várias relações concubinárias (art. 1.723, § 1º do CC), incluindo, entre estes, os incestuosos e os demais impedidos de se casarem, posto que não pode ser convertido em casamento. São, portanto, os concubinos (amantes) e os impedidos de se casarem, exceto o separado de fato, e que são excluídos da proteção legal (art. 1.727 do CC). Os princípios norteadores de direito de família, notadamente da dignidade da pessoa humana, da efetividade, da liberdade e do pluralismo familiar, podem ser invocados para reconhecer e conferir direitos às famílias paralelas, quando estáveis e ostensivas, com o conhecimento dos núcleos familiares. O Código Civil de 2002 veda o reconhecimento da união estável se presentes os impedimentos para o casamento, excluindo a pessoa casada separada de fato (art. 1.723, § 1º). Assim, não cabe no conceito legal de união estável ou concubinato puro as uniões adulterinas, incestuosas e as recentes ou transitórias (sem tempo para caracterizar a estabilidade) - (CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito das famílias*, 8. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.492).

E segue, esclarecendo o ilustre jurista:

> 2.4.6. Inexistência de impedimentos para o casamento.
>
> Os impedimentos para o casamento também vedam o reconhecimento da união estável (art. 1723, § 1º do CC), não incluindo entre eles apenas as pessoas casadas, desde que separadas de fato. A presença dos impedimentos absolutos para o casamento exclui a configuração do relacionamento afetivo como união estável, agasalhada sob o manto da lei, caracterizando concubinato (*Ibid.* p. 495).

No campo da jurisprudência, a questão era tormentosa e causava bastante controvérsia, até que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, analisando o Agravo em Recurso Extraordinário (ARE nº 1.045.273 - Tema nº 529), cuja matéria foi reconhecida como de repercussão geral, afastou a

possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes, inclusive, para fins previdenciários, por maioria de votos.

No julgamento, o relator do ARE, Ministro Alexandre de Morais, ressaltou que o Código Civil (art. 1.723) impede a concretização de união estável com pessoa já casada, sob pena de se configurar a bigamia (casamentos simultâneos), tipificada como crime no art. 235 do Código Penal. Assinalou, ainda, que o art. 226, § 3º, da Constituição Federal se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva.

A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

> Tema nº 529 do STF: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive, para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

Portanto, de se reconhecer que o Pretório Excelso dirimiu a vexata quaestio, decidindo que a preexistência de casamento ou união estável de um dos conviventes impede o reconhecimento concomitante de novo vínculo, ainda que a terceira pessoa esteja de boa-fé (concubinato putativo).

Ressalte-se que a tese relativa à possibilidade de reconhecimento do vínculo quando comprovada a boa-fé de um dos conviventes encontrou guarida nos votos minoritários, mas restou vencida, pelo que, para a análise da possibilidade de reconhecimento de união estável de pessoa com impedimento, é despiciendo perquirir acerca de sua existência.

Portanto, no caso em apreço, desnecessária a discussão na qual pretende adentrar a apelante a respeito de sua boa-fé, pois a tese de que *"a existência de união estável ou matrimônio com terceiro não embaraça o reconhecimento da união estável entre a autora e o de cujus"* não foi agasalhada no julgamento do Pretório Excelso, cujo precedente é de observância obrigatória (art. 927, III, do CPC).

Restaria à recorrente comprovar que W.M.P.Q. se encontrava separado de fato de sua companheira, em determinada fase de sua relação, e que, nesse interregno, com ela manteve convivência more uxório. Todavia, a recorrente não trouxe essa prova aos autos, resumindo-se a aduzir que a própria recorrida confessou que em alguns períodos esteve separada do *de cujus*.

Ora, mesmo que a convivência entre W.M.P.Q. e W.C. tenha sido marcada por desentendimentos que permitissem o afastamento temporário do *de cujus* do lar conjugal, ainda sim a prova dos autos não permite reconhecer que nesses períodos ele estava separado de fato da convivente e que constituiu nova união estável.

Como bem observou a i. magistrada, não bastasse o reconhecimento pelo *de cujus* e por W.C., no ano de 2007, no ato da lavratura de escritura de união estável, de que viviam maritalmente há 16 (dezesseis) anos (f.180), acresça-se ao contexto probatório que em 11.12.2015 o casal converteu a união em casamento civil (f.183), o que serve para infirmar por completo a tese de que estavam separados de fato, haja vista o peso da declaração de vontade manifestada naquele momento.

Não fosse isso, depreende-se da certidão de óbito acostada às f. 13 que W.M.P.Q. faleceu na residência de sua esposa, ora apelada, W.C., o que também sinaliza que a relação entre eles ainda existia.

Embora seja incontroverso que o relacionamento entre W.M.P.Q. e W.C. foi marcado por idas e vindas e que ele mantinha uma relação amorosa, duradoura e de conhecimento público e notório, com a apelante, o que ficou demonstrado pelas mensagens de carinho e pelas fotografias acostadas aos autos (f. 15/30), a prova produzida não autoriza concluir que a convivência resultou em união estável, senão no concubinato impuro (art. 1.727 do CC).

E nem se alegue que a prova testemunhal comprovou a separação de fato entre o falecido e a apelada, pois a declaração de algumas testemunhas no sentido de que M.N.L.M. e o falecido conviveram *"como se casados fossem"* não se sobrepõe à questão de direito impeditiva, concernente na ausência de separação de fato do casal.

Com efeito, a publicitação da relação extraconjugal não desnatura o vínculo havido com a convivente quando a convivência marital mantém-se inabalada, o que parece ter sido o caso em apreço. E digo "parece" porque incumbia à apelante comprovar que o *de cujus* esteve separado de fato de W.C. e, nesse interregno, com ela conviveu com intuito de constituir família, o que não aconteceu, portanto, é essa a presunção.

Destarte, a prova testemunhal eriçada pela apelante é por demais frágil, como, por exemplo, as afirmações feitas pelas testemunhas Q.J.S. (f. 139/139-v.) e M.C.R.M. (f.140/140-v.), no sentido de que *"enquanto o casal estava junto, não tiveram outros relacionamentos"*.

Tratam-se, pois, de afirmações às quais não pode ser dada a força probatória que a apelante vindica, visto que em se tratando de relações afetivas, muitas vezes, o que as pessoas próximas conhecem é exatamente aquilo que o casal quer aparentar, o que nem sempre coincide com a verdade.

Portanto, diante do impedimento caracterizado nos autos e da ausência de comprovação da separação de fato, impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido.

Posto isso, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida.

Custas pela apelada, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Arbitro honorários advocatícios de sucumbência recursal em desfavor da apelante em 10% (dez por cento) do valor dado à causa.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCELO RODRIGUES E RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Embargos à execução - Cédula de crédito bancário - Prova pericial e oral - Desnecessidade - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Pessoa jurídica - Destinatária final - Ausência de comprovação - CDC - Inaplicabilidade - Onerosidade excessiva - Abusividade contratual - Ausência.

- Em casos em que se debate matéria de direito, não se configura cerceamento de defesa o indeferimento, pelo juiz, da produção de prova que considera desnecessária.

- Não se verifica relação de consumo, e, portanto, inaplicável o CDC, quando a pessoa jurídica que contrata produto ou serviço não se afigura como destinatária final destes.

- Se não demonstrado desequilíbrio das prestações previstas contratualmente, essas devem ser mantidas em seus termos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0431.17.001944-9/001 - Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Cerâmica Cruzado LTDA. - Apelado: Cooperativa de Crédito do Triângulo Mineiro e São Francisco LTDA. - Sicoob Aracoop. Relator: DES. FRANKLIN HIGINO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 15 de julho de 2021. - *Franklin Higino* - Relator.

Voto

DES. FRANKLIN HIGINO - Trata-se de recurso de apelação interposto por Cerâmica Cruzado LTDA. em face da sentença (ordem 12) proferida nos embargos à execução, movidos pela parte apelante em desfavor de Cooperativa de Crédito do Triângulo Mineiro e São Francisco LTDA. - Sicoob Aracoop, via da qual o MM Juiz da 1ª Vara da Comarca de Monte Carmelo julgou improcedentes os pedidos, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Condenou a parte embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com suspensão da exigibilidade em decorrência da aplicação do art. 98 do CPC.

Em suas razões (ordem 14), a parte embargante, ora apelante, argui, preliminarmente, a tese de cerceamento de defesa, uma vez que o juízo *a quo* procedeu ao julgamento antecipado do mérito, mesmo sendo necessária a instrução processual com produção de provas.

No mérito, aduz, em síntese, que deve ser aplicado o CDC no exame da relação contratual em comento, com base na Súmula nº 297 do STJ e na classificação das atividades de natureza bancária e financeira como serviços pelo referido código.

Alega que o contrato objeto da lide é de adesão e que, contudo, nele não foram observadas as normas relativas às cláusulas restritivas de direito previstas no art. 54, §§ 3º e 4º, do CDC. Ademais, aponta a existência de disposições obscuras e confusas, motivo pelo qual requer a utilização, nos casos de ambiguidade, da interpretação que lhe for mais favorável.

Afirma, por fim, que a cláusula primeira, parágrafo único, mostra-se excessivamente onerosa e que, por conseguinte, caracteriza prática abusiva pela parte apelada.

Assim, pede preliminarmente a declaração de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, no mérito, pugna pelo provimento do recurso para julgar procedente os pedidos da ação.

Sem preparo, posto litigar sob o pálio da justiça gratuita (ordem 8).

Contrarrazões recursais apresentadas pela parte apelada, em que pugna pela manutenção da sentença (ordem 16).

É o relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Cerâmica Cruzado LTDA. em face de sentença proferida nos autos de ação de embargos à execução, por ela ajuizados contra Cooperativa de Crédito do Triângulo Mineiro e São Francisco LTDA. - Sicoob Aracoop.

Os referidos embargos foram opostos em impugnação à execução de título extrajudicial fundada em cédula de crédito bancário proposta pela cooperativa, ora apelada.

Nesse contexto, cinge-se a controvérsia às teses de cerceamento de defesa a ensejar a nulidade da sentença e abusividade contratual.

Preliminar.

Da alegação de cerceamento de defesa.

Em decorrência do princípio da livre persuasão racional, o juiz detém a prerrogativa de indeferir, motivadamente, a produção de prova que se lhe apresente desnecessária ou inútil, sem que isso represente ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consagrados no art. 5º, LV, da CF.

No caso em tela, a questão debatida ressuma como de direito, tendo em vista que já foram plenamente delineados os fatos. Isso porque, em seus embargos, a parte apelante apenas questiona a legalidade de cláusula contratual e, assim sendo, desnecessária é a realização de prova pericial e de prova oral, embora requeridas pelas partes.

Assinale-se que a recorrente, ao se insurgir quanto à onerosidade excessiva a que foi submetida, não afirma que houve cobrança diferente da efetivamente contratada, mas apenas defende a tese de abusividade do parágrafo único da cláusula primeira prevista na cédula de crédito, isto é, defende que as cobranças, da forma como previstas no contrato, são abusivas.

Assim, afigura-se dispensável a realização de provas pericial e oral, uma vez que a questão demanda apenas a análise do contrato celebrado entre as partes, o qual se encontra devidamente acostado aos autos (f. 11/16 - ordem 19).

Em casos análogos, no mesmo sentido tem entendido esta 10ª Câmara:

> Apelação cível. Revisional de contrato bancário. Perícia. Desnecessidade. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Juros remuneratórios. Taxa média de mercado. Capitalização de juros. Possibilidade. Comissão de permanência. Repetição do indébito. Má-fé. Necessidade de comprovação. Ônus da sucumbência. Distribuição. - A prova pericial é desnecessária quando a questão discutida nos autos for exclusivamente de direito. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.14.104980-9/001, Rel. Des. Claret de Moraes, 10ª Câmara Cível, j. em 12.11.2019, p. da súmula em 22.11.2019).

Diante disso, não há nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pelo que rejeito a preliminar.

Mérito.

Da alegação de abusividade contratual.

Em primeiro lugar, observa-se que a recorrente adquiriu a cédula de crédito bancário objeto da lide para abertura de crédito em conta corrente, a ser utilizado, nos termos de sua cláusula primeira, para cobertura de saques, débitos de tarifas e taxas, bem como, em caso de autorização prévia, outros débitos oriundos de convênios de arrecadação/pagamento e liquidação de outras operações de crédito.

Nesse sentido, a embargante afirma, em petição inicial, que adquiriu o mencionado produto com a finalidade de incrementar as suas atividades produtivas (f. 7 - ordem 1), o que demonstra que não é destinatária final da abertura de crédito contratada.

Assim, não se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que, embora seja possível classificar a cooperativa como instituição financeira fornecedora, bem como interpretar a cédula de crédito bancário enquanto instrumento de aquisição de produtos e serviços, a apelante é pessoa jurídica que não se afigura como consumidora na relação jurídica ora discutida.

Em casos análogos, esta 10ª Câmara tem entendimento no sentido de que é necessário à pessoa jurídica, para a aplicação do CDC ao caso, demonstrar de forma cabal que é destinatária final do serviço:

> Apelação cível. Embargos à execução. Cédula de crédito bancário. Contrato de mútuo. Preliminar suscitada pelo apelante. Cerceamento de defesa. Prova pericial contábil. Ausência. Desnecessidade. CDC. Pessoa jurídica. Inaplicabilidade. Juros remuneratórios. Limitação a 12% (doze por cento) ao ano. Impossibilidade. Capitalização de juros. Periodicidade inferior a um ano. Admissibilidade. MP 1.963-17/2000. Comissão de permanência. Legalidade. Composição. Jurisprudência do STJ. Tarifas bancárias. Ausência de especificação dos encargos. Repetição de indébito. Restituição em dobro. Dolo ou má-fé. Inocorrência. Honorários advocatícios, critérios. Baixa complexidade. Ausência de condenação. Inteligência do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Manutenção. [...] - As normas do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis às relações estabelecidas com instituições financeiras, conforme prevê o enunciado da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, quando o contrato bancário for entabulado com uma pessoa jurídica, não se pode presumir a existência de relação consumeirista, devendo a parte interessada demonstrar de forma cabal que é destinatário final do serviço e que o valor tomado por empréstimo não foi usado como insumo para o exercício de sua atividade empresarial (TJMG - Apelação Cível n° 1.0702.13.072285-4/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 14.03.2016, p. da súmula em 13.05.2016).

Assim, inaplicável ao caso o CDC, o que não obsta a revisão contratual, a qual deve ser procedida à luz do CC.

No caso dos autos, alega a apelante que a disposição contida no parágrafo único da cláusula primeira do contrato mostra-se abusiva, por ser excessivamente onerosa a si.

De acordo com o disposto no art. 421, *caput*, do CC, "a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato".

No mesmo sentido, nos termos do art. 421-A, deve-se observar a presunção da paridade e simetria nos contratos civis e empresariais, bem como excepcionalidade e limitação da revisão contratual.

O parágrafo único da cláusula primeira da cédula de crédito bancário assim dispõe:

> Parágrafo único - eventuais importâncias que excederem o valor do limite contratado poderão ser excepcionalmente acatadas pela credora, caso em que deverão ser pagas no prazo improrrogável de 24 horas, sob pena de, a critério da credora, ensejar o vencimento desta cédula.

À vista de todo o exposto, verifica-se que a norma em comento não atribui ônus excessivo à recorrente. Ao contrário, representa um benefício à apelante, de utilização facultativa de créditos, a fim de cobrir despesas que ultrapassem o valor do limite pactuado.

Assim, não se constata desequilíbrio ou abusividade na cláusula contratual ora discutida, motivo pelo qual deve ser mantida.

Posto isso, nego provimento ao recurso.

Custas pela apelante. Majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC, suspensa a exigibilidade do pagamento em razão da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Álvares Cabral da Silva e Mariangela Meyer.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória de inexistência de contratos c/c pedido de restituição de valores e indenização por danos morais – CDC – Aplicabilidade - Empréstimos consignados em benefício previdenciário - Relações jurídicas demonstradas - Falha na prestação dos serviços - Ausência de comprovação - Dívidas existentes - Exercício regular de direito - Danos morais não configurados - Litigância de má-fé – Condenação - Alteração da verdade dos fatos - Imposição de multa – Sentença mantida.

I - Aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor à vítima de evento danoso, nos termos do art. 17 da legislação consumerista.

II - Dispõe o art. 14 do CDC que "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços [...]". O § 3º estabelece que: o fornecedor do serviço só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

III - É objetiva a responsabilidade do prestador/fornecedor de serviços pela reparação dos danos que, porventura, forem causados aos consumidores.

IV - Se houve a contratação de empréstimos consignados pela autora/apelante, o depósito de valores na conta bancária de titularidade dela, a realização do pagamento de prestações inerentes aos aludidos empréstimos e, ainda, tendo em vista a inexistência de vício a macular as operações bancárias debatidas na lide, conclui-se que a instituição bancária agiu no exercício regular de seu direito e não praticou ato ilícito a justificar a falha na prestação de seus serviços.

V - Para que haja condenação da autora em litigância de má-fé, com a consequente aplicação dos arts. 79, 80 e 81 do CPC, é imprescindível a comprovação, de forma cabal, que a parte estava agindo imbuída de dolo ou má-fé processual.

VI - Alterada a verdade dos fatos pela autora/recorrente, há de ser mantida sua condenação por litigância de má-fé, nos termos da norma prevista no art. 80, inciso II do Código de Processo Civil.

VII - Recurso de apelação não provido.

Apelação Cível nº 1.0267.17.002741-6/001 - Comarca de Francisco Sá - Apelante: Elena Maria da Silva Ferreira - Apelado: Banco Panamericano S/A. Relator: Des. Vicente de Oliveira Silva.

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 de apelação.

Belo Horizonte, 04 de março de 2021. - *Vicente de Oliveira Silva*. – Relator.

Voto

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA - Trata-se de recurso de apelação cível, interposto por Elena Maria da Silva Ferreira, por meio do qual busca a reforma da sentença proferida pela Juíza de Direito da Comarca de Francisco Sá (f. 116/118-v) que, nos autos de "Ação de Reparação por Danos Morais c/c Declaração de Inexistência de Contrato", ajuizada pela ora recorrente, em face de Banco Panamericano S/A, julgou improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial, na forma do art. 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Os ônus da sucumbência ficaram a cargo da autora, arbitrados os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC, suspensa a exigibilidade dos créditos em virtude da gratuidade judiciária concedida.

A juíza sentenciante ainda condenou a autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé, fixada em valor equivalente a 2% (dois por cento) do valor da causa.

Em suas razões (f. 119/124), a autora, ora recorrente, afirma que o réu creditou valores em sua conta bancária, decorrentes de empréstimos que diz não ter contraído ou autorizado.

Alega que a instituição financeira ré praticou ato ilícito ao realizar descontos em seu benefício previdenciário, sem o prévio consentimento.

Aduz que o documento de identidade apresentado pelo banco apelado é divergente do legítimo, assim como as assinaturas apostas nos instrumentos contratuais, fatos que considera perceptíveis por qualquer pessoa leiga, independentemente da realização de perícia grafotécnica.

Insurge-se contra sua condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, reporta-se à legislação, doutrina, jurisprudência e, ao final, requer o provimento do recurso interposto.

Preparo: ausente, por litigar a ora apelante sob o pálio da justiça gratuita, deferida em primeira instância (f. 15).

Em contrarrazões apresentadas às f. 125/139, a instituição financeira ré, ora recorrida, infirma as teses recursais e postula a manutenção da sentença, que reputa justa e correta.

É o Relatório.

Conheço do recurso de apelação, visto que presentes os pressupostos condicionantes de sua admissibilidade.

Inexistindo preliminares ou prejudicial a exigirem solução, passo diretamente à análise e resolução do mérito recursal.

A controvérsia existente nos autos cinge-se à comprovação da relação jurídica entre as partes quanto à contratação de empréstimos consignados e, se for o caso, à apuração da legalidade da condenação da ora recorrente ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Extrai-se dos autos que a autora propôs a presente ação ordinária em desfavor do réu, pleiteando a declaração de inexistência dos negócios jurídicos firmados entre as partes, consubstanciados em contratos de empréstimos consignados cujos valores teriam sido creditados na conta bancária por ela mantida no banco recorrido e deduzida em parcelas mensais, contratações que alega desconhecer.

A juíza da causa julgou improcedente a pretensão autoral, ao entendimento de que o réu/recorrido comprovou a existência das relações jurídicas entre as partes e de que não restou configurada a prática de qualquer falha na prestação dos serviços ou ato ilícito atribuível ao réu apto a ensejar as pretendidas declarações de inexistência dos contratos, repetição do indébito e condenação do banco ao pagamento de indenização por danos morais.

Após o exame da prova coligida ao processo e dos termos da apelação interposta, verifico que a sentença recorrida examinou com acuidade a matéria trazida à discussão judicial, deu correta solução à lide e não está a merecer reparos.

Destaco, de antemão, que a pretensão autoral deve ser analisada sob a ótica do CDC, pois caracterizadas as figuras do consumidor e do fornecedor, personagens abrangidos pelos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, ainda que por força da figura do consumidor por extensão (art. 17).

Logo, não há dúvida de que a responsabilidade contratual do réu é objetiva, devendo ele responder, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados à autora em virtude de defeito do produto ou má prestação do serviço, nos termos dos arts. 14 e 18 do Código de Defesa do Consumidor.

E em decorrência da responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, na hipótese de demanda judicial pertinente à apuração da responsabilidade, existe uma natural obrigação imposta ao fornecedor para que ele possa afastá-la.

As alternativas para que o fornecedor dos serviços possa se desvincular de sua responsabilidade estão elencadas no § 3º do art. 14 do CDC, *in verbis*:

> Art. 14. [...]
>
> § 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.

Na espécie, conquanto a recorrente afirme que o recorrido não comprovou a contratação dos empréstimos consignados entre os litigantes, não é o que se pode concluir no caso sob exame.

Diante da afirmação da apelante de que não reconhece os contratos objeto da lide, cumpria ao apelado produzir prova em contrário, acostando ao processo elementos que pudessem justificar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora.

E o banco recorrido trouxe aos autos a documentação de f. 31/82, a revelar a celebração das operações bancárias de empréstimos consignados.

Ademais, a consulta de empréstimo consignado de f. 14, expedida pelo INSS, indica a pactuação dos três contratos debatidos na lide, quais sejam, de nºs 314172654-1 (fevereiro de 2017), 315795903-6 (junho de 2017) e 315972347-1 (junho de 2017), nos valores de R$1.743,21 (mil, setecentos e quarenta e três reais e vinte um centavos), R$3.358,99 (três mil, trezentos e cinquenta e oito reais e noventa e nove centavos) e R$2.117,90 (dois mil, cento e dezessete reais e noventa centavos), a serem solvidos em 72 (setenta e duas) parcelas de R$52,00 (cinquenta e dois reais), R$96,00 (noventa e seis reais) e R$60,00 (sessenta reais), respectivamente.

Além disso, o extrato de f. 13, acostado aos autos pela própria autora/recorrente, demonstra que ela teve valores creditados em sua conta bancária, fato corroborado pelos recibos de pagamento de f. 83/85.

Nesse tocante, se apresenta estranho o fato de a ora recorrente, somente após serem realizados descontos em sua conta bancária, decorrentes de três contratos, por meses, acionar o Poder Judiciário para pleitear a restituição de valores e a condenação do banco apelado ao pagamento de indenização por danos morais.

Portanto, diante do conjunto fático-probatório produzido nos autos, sabendo-se que houve a contratação dos empréstimos, o depósito de valores na conta bancária de titularidade da ora apelante, a realização do pagamento de prestações inerentes aos aludidos empréstimos e, ainda, tendo em vista a inexistência de vício a macular as operações bancárias debatidas na lide, outra conclusão não posso chegar senão a de que a instituição bancária agiu no exercício regular de seu direito e não praticou ato ilícito a justificar a apontada falha na prestação de seus serviços.

Por corolário, reconheço que também não restou configurada a responsabilidade civil do banco réu de indenizar o autor, por supostos danos morais, consoante dispõe o art. 188, I do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
>
> I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
>
> II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
>
> Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Vale ressaltar, no pertinente, que, embora a recorrente insista na tese de que o documento de identidade apresentado pela instituição financeira, juntamente com os contratos, não corresponda ao seu, verifico que há nos autos duas vias do Registro Geral da apelante, com idênticos dados, uma expedida em 24 de maio de 1990 e a outra, mais recente, aos 19 de outubro de 2016.

É natural que, diante do lapso temporal de mais de 26 (vinte e seis) anos, as fotografias e assinaturas sofram modificações, sendo certo ainda que a apelante não se desincumbiu do ônus da prova a ela imposta pelo art. 429, inciso I do Código de Processo Civil.

A ora recorrente também não cuidou de pleitear a produção de prova pericial grafotécnica no intuito de desconstituir a autenticidade das assinaturas apostas nos contratos. Ao reverso, após ser devidamente intimada, limitou-se a informar que não possuía mais provas a produzir nos autos (f. 114-v).

Por ser assim, a meu juízo, os contratos foram instruídos com os documentos pessoais da apelante, tendo a instituição financeira adotado as necessárias providências no momento da contratação dos empréstimos consignados, não havendo que se falar em desconhecimento de tais operações bancárias.

Relativamente à condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, entendo que o inconformismo da recorrente não merece prosperar.

Vejamos o que dispõem os arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil:

> 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.
>
> Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.
>
> § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
>
> § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
>
> § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

Conforme prevê o art. 142 do atual CPC, o juiz pode aplicar as penalidades da litigância de má-fé àquele que se servir do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei.

É certo que aquele que litiga de má-fé, nos termos delineados no art. 80 do atual CPC, responde por perdas e danos, como previsto no art. 79 do mesmo diploma legal. Contudo, para tal condenação, é preciso que o litigante adote, intencionalmente, conduta maliciosa e desleal, com o fito de prejudicar a parte *ex adversa* ou tumultuar o andamento do processo.

Sobre o tema leciona a doutrina, ao interpretar o art. 17 do CPC de 1973, equivalente aos arts. 79 e 80 do Código de Processo Civil vigente. Confira- se:

> A litigância de má-fé prevista no presente art. 17 se expressa por atitudes ilícitas diferentes, mas todas demandam do juiz extremo cuidado no que concerne à sua caracterização e reconhecimento para que não se comprometa o direito que as partes têm de sustentar sem temor suas razões em juízo. Observe-se, ainda, que os ilícitos aqui previstos também podem dar ensejo à aplicação da tutela antecipada do art. 273, II deste Código. [...] (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de Processo Civil Interpretado e Anotado. Barueri: Manole, 2007, p. 308).
>
> Dentre os deveres dos sujeitos processuais em geral, o de lealdade ocupa posição de destacada grandeza. A realidade do processo é a de um combate para a qual a lei as municia de certas armas legítimas e de uso legítimo, mas com a advertência de que será reprimido o uso abusivo dessas armas ou o emprego de outras menos legítimas. [...] O dever de manter comportamentos condizentes com os mandamentos éticos está sintetizado na fórmula ampla e genérica 'proceder com lealdade e boa-fé', contida no inc. II do art. 14 do CPC, substancialmente coincidente com o art. 5º do Código Modelo. Também, de modo explícito e direto, o Código impõe o dever de veracidade nas alegações de fatos pelas partes (art. 14, I), o de 'não formular pretensões nem alegar defesas, cientes de que são destituídas de fundamento' (inc. III), o de 'não produzir provas nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito' (inc. IV) e o de 'cumprir com exatidão os preceitos mandamentais e não criar embargos à efetivação de medidas judiciais, de natureza antecipatória ou final (inc. V).
>
> [...]
>
> Ao disciplinar a repressão à deslealdade das partes mediante normas referentes à litigância de má-fé e ao *contempt of court* (arts. 600-601), o CPC arrola algumas condutas ilícitas e estabelece sanções à sua prática (arts 16- 18 e 600-601). Depreende-se de cada uma dessas figuras o dever de comportar-se de modo contrário, porque cada uma delas contém em si, pelo lado negativo, a especificação de um aspecto inerente ao dever de lealdade.
>
> [...]
>
> O inc. II do art. 17 sanciona a transgressão intencional ao dever da veracidade quanto aos fatos. A mentira só é contrária à ética quando acompanhada da intenção de falsear os fatos.
>
> [...]
>
> O inc. V do art. 17 do CPC cuida da litigância temerária, que consiste em comportar-se de modo doloso ou mediante uma imprudência ou incoerência de posições que repugne ao senso comum.
>
> [...]
>
> A razão ética que conduz à repressão aos atos desleais conduz a impor a responsabilidade por litigância

> de má-fé sempre que desta resulte prejuízo, independentemente da circunstância de a parte desleal ser vencedora ou vencida no julgamento da causa. A parte responde sempre pelas condutas desleais do advogado constituído, de nada lhe valendo a alegação de que este haja contrariando instruções (CC, art. 697). Responde também o próprio advogado, pessoalmente, quando postula sem procuração (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, v. II, 2004, p. 259/263 e 265).

O instituto da litigância de má-fé consolida em "deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso"; "alterar a verdade dos fatos"; "usar do processo para conseguir objetivo ilegal"; "opor resistência injustificada ao andamento do processo"; "proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo"; "provocar incidente manifestamente infundado"; ou, ainda, "interpor recurso com intuito manifestamente protelatório", consoante preconizam os incisos I a VII, do art. 80 do Código de Processo Civil.

Para a condenação da parte por litigância de má-fé, faz-se necessário adotar o princípio de que o dolo e a culpa não se presumem, sendo necessário que se manifestem à sua constatação, de modo claro e evidente, sob pena de inviabilizar o acesso à jurisdição.

Nesse sentido, é a lição do mestre Celso Agrícola Barbi: "A ideia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Essa ideia é, em princípio, adotada pelo direito processual, de modo que só se pune a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar" (BARBI, Celso Agrícola. In Comentários ao Código de Processo Civil, 1ª ed., Rio - São Paulo: Forense, v. I, Tomo I, 1975, p. 176).

Logo, para a condenação em litigância de má-fé, é imprescindível a prova do dolo da parte, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária.

Na hipótese específica dos autos, tenho por caracterizada a má-fé, devido ao fato de a ora recorrente, em sua petição inicial, afirmar que o banco apelado "havia depositado em sua conta sem a autorização ou consentimento [...]", "nunca solicitou ou anuiu com quaisquer transações junto a ré" e "nem mesmo assinou qualquer contrato", quando, na realidade, os documentos de f. 31/85 apontam exatamente o contrário.

Ora, diante da alteração da verdade dos fatos por parte da autora/apelante, não tenho dúvida de que, no caso, está devidamente configurada a má-fé processual.

Por outro lado, importante frisar que a ora apelante litiga sob o pálio da justiça gratuita. Esse benefício não abrange o pagamento da multa, como prevê o art. 98, § 4º do CPC, razão pela qual deve ser analisada a questão de forma expressa, de modo a evitar prejuízo à parte hipossuficiente.

Na espécie, verifico que foi atribuído à causa o valor de R$20.000,00 (vinte mil reais). E 2% (dois por cento) sobre tal montante perfaz a quantia de R$400,00 (quatrocentos reais), ou seja, valor inferior a um salário mínimo, que serve de parâmetro utilizado por esta 20ª Câmara Cível para o arbitramento das multas por litigância de má-fé.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso de apelação e mantenho hígida a sentença hostilizada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Considerando a natureza imperativa do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, impõe-se o redimensionamento do valor arbitrado a título de honorários devidos ao advogado do banco réu, ora recorrido.

E dando cumprimento ao novel dispositivo legal, tendo em vista o labor adicional do profissional, o êxito obtido pelo réu mediante a defesa exercida por seu procurador, a natureza da ação e o frustrado proveito econômico da autor/recorrente, hei por bem elevar os honorários advocatícios fixados na sentença para o equivalente a 16% (dezesseis por cento) do valor atualizado da causa, mantida a suspensão da cobrança.

Custas recursais pela apelante, ressalvado o disposto no art. 98, § 3º do Código de Processo Civil.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Manoel dos Reis Morais e Fernando Lins.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais e materiais - Incêndio acidental de veículo - Expressa previsão contratual - Cláusula limitativa do risco – Obscuridade - Interpretação favorável ao consumidor - Indenização devida – *Quantum* - Tabela FIPE - Dano moral – Inocorrência - Aborrecimento comum - Sentença reformada parcialmente - Recurso provido em parte.

- O contrato de seguro não pode impor a responsabilidade plena por prejuízos sofridos pelo segurado, sob risco de se descaracterizar o próprio instituto do seguro, que visa a garantir a reparação civil, nos limites pactuados.

- Cláusula limitativa de risco não significa necessariamente abusividade contratual, prática vedada pelo Código de Defesa do Consumidor. Os riscos excluídos, no entanto, devem ser previstos de forma clara e expressa, respeitado o direito à informação de que goza o consumidor (art. 6º, III, CDC).

- Obscura a cláusula limitativa do risco, em clara violação ao direito de informação de que goza o consumidor (art. 6º, III, CDC), há de prevalecer a previsão clara e expressa de cobertura dos danos causados por incêndio acidental do veículo (art. 47, CDC).

- A Tabela FIPE é meio hábil à apuração do valor de mercado de veículos usados. Nesses termos, cabível sua utilização para fixação de indenização por dano material, na hipótese, a perda total do automóvel decorrente de incêndio.

- Embora inconcusso que a pecha de desonestidade, por suposta omissão de informação relevante sobre o sinistro, seja desagradável, os fatos não revelam desdobramentos a justificar o pagamento de indenização por danos morais, insuficiente a simples ofensa irrogada nos autos.

Apelação Cível nº 1.0000.21.004017-6/001 - Comarca de Patos de Minas - Apelante: Maria Antônio da Rocha - Apelado: Allianz Seguros S.A. – Relator: Des. José Marcos Rodrigues Vieira.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2021. - *José Marcos Rodrigues Vieira*. – Relator.

Voto

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível, interposta da sentença trasladada no DE-64, que, nos autos da Ação de Cobrança de Seguro cumulada com Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada por Maria Antônio da Rocha contra Allianz Seguros S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Inconformada, a autora interpôs apelação (DE-66), afirmando que, da apólice de seguro celebrada entre as partes, consta apenas cobertura em caso de dano material, não informando claramente quais eventos são efetivamente cobertos pelo contrato. Assevera que a ré não pode valer-se de cláusulas genéricas limitativas de risco, pois nos termos em que redigidas, há clara ofensa à regra do CDC.

Acrescenta que nenhuma documentação lhe foi apresentada no momento da contratação, o que ofende o direito à informação. Assevera que nem mesmo na contestação foi apresentado o documento de que consta a cláusula restritiva de direito.

Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões trasladadas no DE-70.

É o Relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A autora ajuizou a ação afirmando que celebrou com a ré contrato de seguro com relação ao veículo Fiat Palio, ano 2014/2015. Aduz que, no dia 10.08.2016, conforme Boletim de Ocorrência, seu filho estacionou o veículo segurado no loteamento Jardim Europa I, e, quando retornou, verificou que estava incendiando-se. Acrescenta que tentou apagar o fogo, contudo, não o conseguiu, vindo a pedir socorro. Alega, ainda, que o veículo ficou carbonizado, sendo removido do local pela própria seguradora, que, posteriormente, negou a cobertura securitária, sem qualquer justificativa.

Diante do exposto, ajuizou a ação em que pleiteia o recebimento da indenização securitária contratada, além do ressarcimento pelos prejuízos extrapatrimoniais sofridos.

Citada, a ré apresentou Contestação (DE-45), afirmando a licitude da negativa de cobertura, pois o autor omitiu e/ou prestou informações falsas sobre o sinistro, consistente em "atos externos que deliberadamente atingiram a unidade segurada e não uma pane mecânica/elétrica".

Após os trâmites legais, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos iniciais, por entender que "o evento foi ato externo, ou seja, ato de vândalo ou vandalismo, ou similar, o que não dá cobertura securitária, porque não contratada neste particular".

Sabe-se que, no contrato de seguro, é a partir da delimitação dos riscos do contrato que são feitos os cálculos atuariais e definidos os valores dos prêmios e das indenizações, consoante determina o Código Civil de 2002:

> Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.
>
> Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.

O contrato de seguro não pode impor a responsabilidade plena por prejuízos sofridos pelo segurado, sob risco de se descaracterizar o próprio instituto do seguro, que visa a garantir a reparação civil, nos limites pactuados, como esclarece Clóvis Beviláqua: "A limitação é um dos cânones fundamentais do contrato de seguro; a responsabilidade do segurador é limitada ao risco assumido" (BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v. V, 1954, p. 168).

É o que se infere, ainda, da lição de Pedro Alvim:

> Uma das normas importantes para o contrato de seguro é a que determina a interpretação restritiva de suas cláusulas. É necessário aplicar estritamente os termos convencionais, sobretudo com relação aos riscos cobertos. Há uma correlação estreita entre a cobertura e o prêmio. Forçar essa correlação por via da interpretação extensiva poderá falsear as condições técnicas do contrato, em que repousa toda a garantia das operações de seguro (ALVIM, Pedro. O Contrato de Seguro. 3 ed. Forense, 1999, p. 175).

No mesmo sentido, leciona Carvalho Santos acerca do tema:

> A responsabilidade do segurador fica adstrita ao risco assumido, isto é, ao previsto no contrato. Nem outra coisa poder-se-á deduzir dos termos do artigo 1.423, ao conceituar seguro, quando se refere à obrigação de indenizar o prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato (SANTOS, Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. 9 ed., São Paulo: Freitas Bastos, vol. XIX, 1977, p. 370).

O segurador, portanto, somente pode responder pelos riscos predeterminados, sob pena de se configurar o desequilíbrio contratual. Cláusula limitativa de risco não significa necessariamente abusividade contratual, prática vedada pelo Código de Defesa do Consumidor. Os riscos excluídos, no entanto, devem ser previstos de forma clara e expressa, respeitado o direito à informação de que goza o consumidor (art. 6º, III, CDC).

No caso, a apólice e as condições gerais do seguro foram juntadas aos autos pela ré na Contestação (DE-47 e 48).

Da apólice, consta que foi contratada pela autora a cobertura básica, que, nos termos das condições gerais, é compreensiva dos danos decorrentes de incêndio ou explosão acidental do veículo segurado (cláusula 15.1.2). É o que fundamenta o pedido inicial.

A tese de resistência, por sua vez, funda-se na cláusula 19.1.2 das condições gerais do seguro, que assim estabelece:

> 19.1.2. Nas situações em que o segurado, seu representante, seu corretor de seguros ou beneficiário do veículo:
>
> [...]
>
> b) Procurar obter, por quaisquer meios, vantagens ou benefícios, para si ou para outrem, fornecendo dados inverídicos sobre o sinistro ou omitindo circunstâncias que impeçam o ressarcimento, pela seguradora, dos valores por ela indenizados, além do segurado ser obrigado ao prêmio vencido; [...]

A ré, com fundamento em tal cláusula e no laudo confeccionado pelo Instituto de Avaliações e Perícias - IAPA (DE-49), afirma que a autora/segurada teria omitido informação sobre o sinistro, uma vez que a perícia apurou que "os danos sofridos pelo veículo segurado são oriundos de atos externos que deliberadamente atingiram a unidade segurada e não uma pane mecânica/elétrica".

Vê-se que a tese defensiva - acolhida pelo Juízo - pressupõe que a autora teria agido de má-fé, pois o incêndio teria sido causado por ato de vandalismo, e não pane elétrica, o que afastaria a cobertura securitária.

Ocorre que, não consta do laudo qualquer assertiva de que o incêndio teria sido causado por "vândalos" como concluiu o Juízo. A perícia constatou apenas que,

> com base na avaliação do conjunto de informações disponibilizadas não foram constatadas evidências de falhas nos componentes mecânicos ou elétricos do Fiat Palio (segurado) que se relacionassem à origem do fogo, caracterizando que o incêndio teve origem através de uma fonte de ignição externa ao conjunto automobilístico.

Não há, portanto, qualquer conclusão do perito de que se possa inferir que a causa do sinistro estaria vinculada a alguma atitude - omissiva - da autora.

Além disso, inexiste no contrato, mais precisamente na cláusula de riscos excluídos (cláusula 15.1.5), qualquer hipótese de exclusão de cobertura securitária em caso de o incêndio no veículo ter sido causado por ato de vandalismo ou por "atos externos".

A cláusula limitativa da cobertura, na forma como redigida e considerando-se a previsão de cobertura integral por danos decorrentes de incêndio acidental, é omissa e não informa adequadamente o consumidor.

Sobre o tema, a lição de Cláudia Lima Marques:

> Informar é "dar forma", é colocar (in) em uma "forma" (in-forma-r), aquilo que um sabe ou deveria saber (o expert) e que o outro (leigo) ainda não sabe (consumidor). A informação é, pois, uma conduta de boa-fé do fornecedor e como direito do consumidor (art. 6, III) conduz a uma dever (anexo de boa-fé) de informar do fornecedor de produtos e serviços. Daí que o dever de informar é um dever de condita ou de comportamento positivo (*caveat vendictor* superando o *caveat emptor*), onde o silêncio é a violação do dever ou enganosidade. Assim ensina o STJ: "A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepão)

> e... em língua portuguesa". [...] Repita-se que a obrigação de bem explicar o plano, o contrato, o preço, os extratos ou o uso do objeto é do fornecedor [...] (MARQUES, Cláudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.249/250).

Também a cláusula 19.1.2 invocada pela ré, nos termos em que redigida, presume a má-fé do segurado, o que é inadmissível, pois, como no direito em geral, no contrato de seguro presume-se a boa-fé do segurado, caso a seguradora não demonstre que aquele tenha omitido dolosamente informação relevante sobre o sinistro.

A respeito do tema, a lição de Nelson Nery Júnior:

> A dúvida se interpreta em desfavor da seguradora-estipulante. A boa-fé se presume e a má-fé não se presume: tem de ser provada por quem a alega. Se a seguradora alega má-fé do segurado, sua alegação configura fato impeditivo do direito do autor (segurado que cobra o seguro) e, por isso, o ônus de provar a existência da má-fé é da ré-seguradora (CPC 333 II) (NERY JÚNIOR, Nelson. Código Civil Comentado. 6ª. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 673).

Não desconheço, portanto, que os seguros civis são regidos pelas cláusulas discriminadas na apólice, que devem ser respeitadas, ante o princípio da liberdade contratual, sendo clara, também, a necessidade de se observar os riscos assumidos pela seguradora e as restrições impostas ao segurado. Não obstante, é inadmissível que surjam dúvidas a respeito da extensão do dano acobertado, em prejuízo do consumidor, em razão de falha na redação do contrato, que não exclui expressamente a cobertura por danos decorrentes de incêndio causados por atos de vandalismo ou "atos externos".

Frise-se: não há restrição de pagamento de indenização por danos decorrentes de incêndio acidental!

Nesse contexto de imprecisão da cláusula limitativa do risco e também de ausência de prova da má-fé da segurada, que alegadamente tivesse omitido informações sobre o sinistro, deve prevalecer a previsão clara e expressa de cobertura dos danos causados por incêndio acidental do veículo (art. 47, CDC), o que impõe a reforma da sentença, para condenar a ré ao pagamento da cobertura securitária reclamada, relativamente aos danos materiais.

Por outro lado, no que se refere à indenização por danos morais, nesse ponto, sem razão a autora.

Sobre o tema, sabe-se que dano moral é aquele que afeta a psique da pessoa, extrapolando o plano material, que nem sempre é diretamente afetado. É o que ensina Silvio Rodrigues: "Diz-se que o dano é moral quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material" (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 20ª. ed.. São Paulo: Saraiva, v.4, 2007, p. 33).

No caso, reconhecido o ilícito cometido, cabe examinar o prejuízo extrapatrimonial dele derivado.

E, nesse aspecto, vê-se que a autora narra genericamente ter experimentado dano moral, não especificando quais direitos da personalidade foram atingidos pelo ilícito.

A autora apenas alega que a ré teria lhe taxado de desonesta e que tal conduta teve reflexos em sua vida pelo estado de revolta e indignação.

Todavia, inconcusso que ser acusada de mentir sobre dados relevantes do sinistro - no que faria entender que a segurada tivesse causado, quando menos por omissão de vigilância, o incêndio no próprio veículo - seja desagradável, os autos não revelam maiores desdobramentos, excetuado o evidente prejuízo patrimonial, que não pode ser considerado, *a priori*, influente na seara moral.

Destarte, em relação à indenização por dano moral, o pedido é de improcedência.

Forte em tais razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, reformo a sentença e julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais, apenas para condenar a ré ao pagamento da indenização securitária/danos materiais correspondentes ao valor do veículo na época do sinistro, conforme constante da Tabela FIPE em vigor naquela ocasião.

A importância devida deverá ser acrescida de correção monetária pelos índices da CGJ, desde a data do sinistro, e de juros de mora no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

No que se refere às custas e aos honorários, em razão da alteração ora procedida, condeno as partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, já incluídos os recursais, que ora arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, §§ 2º e 11, do CPC). Suspensa a exigibilidade em relação à autora, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Pedro Aleixo e Ramom Tácio.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação de indenização por danos materiais e morais - Aquisição de produto pela internet - Golpe denominado *phishing* - *Site* falso - Pagamento efetuado por boleto emitido pela segunda ré - Uso do nome e da logomarca da primeira ré - Ciência da empresa acerca do uso de seus dados em compras fraudulentas - Inércia - Risco da atividade - Falha na prestação de serviços - Verificação - Restituição do valor pago - Possibilidade - Dano moral - Ocorrência - Indenização devida.

- A primeira ré é responsável pelos danos causados ao seu consumidor, que foi vítima do golpe denominado *phishing*, porque assumiu o risco de sua atividade com a venda de produtos na rede mundial de computadores, ao se quedar inerte em relação ao uso indevido de sua logomarca e de seu nome nessas negociações eletrônicas fraudulentas, embora tivesse ciência desse fato.

- A segunda ré é responsável solidariamente aos danos causados ao consumidor em razão da emissão de boleto que intermediou o golpe denominado *phishing*.

- É cabível a restituição do valor que o consumidor pagou para a aquisição de produto adquirido pela internet em *site* que acreditava ser da primeira ré, mediante o pagamento de boleto emitido pela segunda ré, porque transparecia legitimidade por meio do uso de seu nome e de sua logomarca.

- Restam evidenciados os danos morais decorrente do desrespeito para com a parte autora, consumidora que é, ao sofrer desgaste psicológico em razão da quebra da tranquilidade ordinária, por ter sido vítima de fraude pela internet, por acreditar que estava negociando com a primeira ré, mediante pagamento de boleto emitido pela segunda ré, o que poderia ter sido evitado se esta tivesse tomado providências para coibir a utilização de seu nome e logomarca em negociações fraudulentas na rede mundial de computadores.

Apelação Cível nº 1.0042.18.004449-9/001 - Comarca de Arcos - Apelante: Davi de Jesus Pereira Francisco - Apelados: B2W Companhia Digital, Banco Votorantim S/A, Neon Pagamentos S.A. – Relator: Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira*. – Relator.

Voto

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a sentença do documento eletrônico nº 28, pela qual o MM. Juiz de Direito *a quo*, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, movida por Davi de Jesus Pereira Francisco, em face de B2W Companhia Digital e Neon Pagamentos S/A, extinguindo o processo, com resolução de mérito, julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC. Por conseguinte, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Todavia, suspendeu a exigibilidade de tais verbas, uma vez que à parte autora foi concedido o benefício da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões recursais (documento eletrônico nº 31), sustenta a parte autora, em síntese, que ajuizou a presente ação em virtude de ter sido vítima de golpe de *site* falso, no qual o fraudador conseguiu simular, de forma idêntica, o site original da primeira ré; que as lojas de ampla visibilidade devem ter extremo cuidado para evitar que fraudadores utilizem de seu reconhecimento público para induzir os consumidores a erro, compelindo-os a permanecer em prejuízo financeiro e transtornos de ordem psicológica, o que não se coaduna com os preceitos legais quanto à proteção do consumidor; que o consumidor não sofre apenas prejuízo financeiro, mas tem sua moral amplamente ofendida ao ver-se vítima de fraude, enganado, não podendo as lojas verdadeiras permanecerem inertes quando não observam a decida proteção de seus ambientes virtuais para impedir que tais fatos, que são recorrentes, permaneçam ocorrendo; que a primeira ré possui inúmeros casos semelhantes ao presente, não tendo tomado qualquer providência para evitar a reincidência, motivo pelo qual o arbitramento dos danos morais, além de ressarcir o dano sofrido pela parte autora, constituirá ainda medida coibitiva para evitar que tais fatos permaneçam ocorrendo; que a responsabilidade da instituição financeira pelo dano moral sofrido é igualmente inconteste, visto que a vinculação do boleto a um banco renomado nacionalmente, somada à crença de estar o consumidor adquirindo uma mercadoria idônea, aumenta ainda mais a credibilidade da transação, favorecendo o consumidor ao erro; e que devem ser reconhecidos os danos materiais e morais sofridos. Requer, ao final, o provimento do presente recurso para reformar a sentença recorrida.

Devidamente intimadas a apresentarem contrarrazões, os réus assim o fizeram, conforme se vê nos documentos eletrônicos nºs 33 e 35.

Juízo de admissibilidade

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Registre-se que não foi recolhido o respectivo preparo, uma vez que a parte autora, ora apelante, encontra-se amparada pelo benefício da justiça gratuita.

Preliminares

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Mérito

É certo que aquele que causa dano a «outrem», comete ato ilícito, estando sujeito à reparação civil, consoante os arts. 186 e 927 do CC/2002.

Desse modo, em se tratando de responsabilidade civil, a obrigação de indenizar pressupõe três requisitos: a) comprovação da culpa (comissiva ou omissiva); b) do dano; e c) do nexo causal entre a conduta antijurídica e o dano. Ausente qualquer desses elementos, não há se cogitar do dever indenizatório.

Na lição de Washington de Barros Monteiro, são requisitos do dever de indenizar:

"[...] a) a existência de um dano contra o direito; b) a relação de causalidade entre esse dano e o fato imputável ao agente; c) a culpa deste, isto é, que o mesmo tenha obrado com dolo ou culpa" (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, Saraiva, 1965, 2ª parte, V/402).

Nessa mesma linha: "[...] Para a procedência da ação de indenização por atos ilícitos, bastam as provas de seus requisitos legais, que são: o prejuízo, a culpa e o nexo causal entre a ação ou omissão e o dano." (RJTAMG, 02/197).

Na espécie, é imperioso reconhecer que a relação jurídica existente entre as partes está sujeita ao Código do Consumidor.

Verificada a relação consumerista, resta assentada a aplicabilidade do CDC ao caso, sendo importante atentar-se, então, para o disposto no art. 14 de tal diploma legal, que assim dispõe:

> 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.

Pela simples leitura do aludido dispositivo, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor albergou, nos casos de reparação dos danos decorrente de defeito no serviço, a teoria da responsabilidade civil objetiva, que dispensa a investigação acerca da conduta culposa do agente.

Portanto, o fornecedor de produto ou serviço responde independente de culpa, bastando apenas a verificação do dano e do nexo de causalidade entre este e a atividade do fornecedor. Tal norma aplica-se ao caso dos autos.

Sobre a falha na prestação de serviço leciona Cláudia Lima Marques:

> [...] No caso do vício do serviço importa caracterizar o que seja um serviço "impróprio". Segundo o sistema do CDC, "impróprios são os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade" (art. 20, § 2º) (MARQUES, Cláudia Lima. In Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª Ed., São Paulo - SP, RT, 2002).

> [...] Por fim, parece-nos que o art. 20 concentra imputação de responsabilidade por vício do serviço naqueles que efetivamente prestam o serviço para o consumidor. Aqui há um dever de qualidade, dever de adequação do serviço. O fornecedor é responsável, não importando a sua culpa, a culpa ou não de seus prepostos, de seus eventuais auxiliares (como no caso dos contratos de viagem turística), de seus representantes. Não é demais lembrar aqui a responsabilidade imposta ao fornecedor de serviços pelo art. 34 do CDC, por ato, diligente ou não, de seu preposto ou representante autônomo. O art. 20 do CDC concentra-se na qualidade dos serviços, no resultado obtido e não na atuação direta ou indireta do fornecedor e na valoração desta atuação. Trata-se, portanto, de uma norma genérica de garantia da prestabilidade do serviço que ao mencionar apenas o "fornecedor" institui uma solidariedade legal entre toda a cadeia de fornecedores, organizados para servir ao consumidor. Cabe ao consumidor a escolha de quem irá reclamar, geralmente seu co-contratante direto, como as agências de viagens, que poderão ressarcir-se com base no disposto no parágrafo único do art. 7º do CDC (MARQUES, Cláudia Lima. In Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4ª Ed., São Paulo - SP, RT, 2002, p. 1000, 1003/1004).

Assim, resta claro que a responsabilidade da parte ré, ora apelada, é objetiva, nos termos do CDC, cabendo à parte autora demonstrar o dano e o nexo causal entre ambos.

Ultrapassado esse ponto, passo à análise dos elementos de prova carreados aos autos.

Compulsando os autos, é possível verificar que a parte autora ajuizou a presente ação em virtude de ter sido vítima de golpe de *site* falso, no qual o fraudador conseguiu simular, de forma idêntica, o site original da primeira ré, mediante o pagamento de boleto expedido pela segunda sé.

Por sua vez, as rés invocaram em suas defesas a excludente de responsabilidade prevista no art.14 do CDC, porque a compra feita pela parte autora foi realizada em *site* falso, ou seja, ocorreu por fato de terceiro, razão pela qual não enviou o produto por ela adquirido, pois não sabia dessa negociação, tampouco recebeu o pagamento.

É fato incontroverso nos autos que a parte autora adquiriu um aparelho de celular em um *site* que aparentava ser da parte ré, e que não recebeu o produto, embora tivesse efetuado o pagamento do boleto bancário.

Na sentença recorrida, foi reconhecido que tanto a parte autora como a primeira requerida foram vítimas de um terceiro estelionatário que, valendo-se de um site falso idêntico ao da primeira requerida - com exceção do endereço eletrônico (*link*) -, aplicou golpes em diversos consumidores, não havendo que se falar em responsabilidade da parte ré por ato praticado exclusivamente por terceiro.

Analisando as provas apresentadas pela parte autora e os *prints* colacionados pela parte ré em sua contestação, verifica-se que aquela consumidora realmente adquiriu o produto mencionado em um *site* que aparentava ser da primeira ré, haja vista a sua logomarca, bem como efetuou o pagamento de um boleto emitido pela segunda ré.

Ademais, também não se verifica na oferta do produto, no e-mail recebido e no boleto gerado, elementos que levassem o consumidor a desconfiar da ocorrência de fraude, tendo em vista que todos

esses elementos relacionados à essa negociação fraudulenta exibiam informações que levavam a crer que se tratava do *site* da parte ré.

Outrossim, quanto ao boleto bancário emitido para pagamento, também registro que não se poderia exigir da parte autora o conhecimento de qual banco teria contrato com a parte ré para a emissão desse documento.

Além disso, também se verifica na reportagem apresentada pela primeira ré, notadamente aquela publicada pelo jornal Extra, alertando os consumidores sobre terceiros "falsários" utilizando da sua logomarca para aplicar golpes.

Não obstante isso, a parte ré parece ter se quedado inerte em relação ao uso indevido de sua logomarca e de seu nome nessas negociações eletrônicas fraudulentas, pois sequer alegou em sua defesa que tenha tomado providências para tirar esses *sites* da internet, tampouco que tenha alertado os seus consumidores quanto a esses fatos, o que poderia ter feito por meio de ampla divulgação em todos os meios de comunicação.

Por ser uma empresa de grande porte, ela tinha condições de manter uma vigilância constante na internet para identificar o uso indevido de sua marca por meio de profissionais da área de Tecnologia da Informação, por exemplo.

Diante dessa inércia, a parte ré assumiu o risco de ter o seu nome usado nessas negociações fraudulentas no mundo virtual.

Desse modo, fica evidente a responsabilidade da parte ré, que decorre do risco do empreendimento, não se aplicando ao caso a excludente de responsabilidade prevista no art.14 do CDC, por ela invocada.

Nesse sentido, destaca-se este julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que é semelhante ao caso dos presentes autos:

> Apelação. Direito do Consumidor. Compra de televisão pela internet. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de parcial procedência. Recurso de ambas as partes. Compra efetuada em *site* na internet com pagamento por meio de boleto gerado eletronicamente. Fraude eletrônica. Produto não entregue. Empresa que tinha ciência que estava sendo vítima de fraude. Falha na prestação dos serviços. Responsabilidade objetiva. Risco do empreendimento. Empresa que não adotou medidas efetivas para evitar a fraude, seja ocorrida em *site* oficial ou clonado. Devida à restituição do valor pago. Não basta que a empresa ofereça ambiente seguro para pagamento em seu próprio *site*, devendo manter constante vigilância sobre a rede para identificar o uso indevido de sua marca e identidade visual com intuito de ludibriar os consumidores que nela confiam. O bônus do reconhecimento e credibilidade da marca traz o ônus do cuidado para que a mesma não seja indevidamente utilizada. Danos morais não configurados. Sentença mantida. Honorários majorados. Recursos desprovidos (TJSP; Apelação Cível 1000326-83.2017.8.26.0474; Relator: L. G. Costa Wagner; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro de Potirendaba - Vara Única; j. em : 27.05.2019; Data de Registro: 27.05.2019).

Mudando o que tiver que ser mudado, assim já julgou esta Câmara nos casos em que o boleto emitido para pagamento era falso:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais compra via internet. Fraude na emissão de boletos. Falha na prestação do serviço. Devolução do valor pago pelo produto. Necessidade. Dano moral. Configurado. Na hipótese de compra de produtos via Internet, cabe ao fornecedor de serviços adotar as devidas precauções e tomar medidas de segurança que impeçam a geração de boleto falso em seu sistema eletrônico, a fim de inviabilizar que fraudes como a que ora se discute continuem a acontecer. Assim, configurada a falha na prestação de serviço, deve o fornecedor ser condenado a restituir ao consumidor o valor pago pelo produto, bem com a pagar indenização por danos morais, cujo valor deve ser fixado com base no princípio da razoabilidade (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.095345- 7/001, Relator: Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 25.10.2018, p. em 26.10.2018).

Da mesma forma já julgou este Tribunal:

> Apelação cível. Ação de responsabilidade civil. Compra de produto pela internet. Emissão de boleto falso. Pagamento efetuado. Produto não entregue. Fortuito interno. Dano moral. *Quantum* indenizatório. Majoração. Cabimento. A prática de ato fraudulento por terceiro não exime o fornecedor de produtos ou serviços de reparar os danos causados ao consumidor, vítima de fraude. A indenização por danos morais deve ser arbitrada observando-se os critérios punitivo e compensatório da reparação, sem perder de vista a vedação ao enriquecimento sem causa e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (TJMG - Apelação Cível 1.0439.15.011564-0/001, Relatora: Desª. Mônica Libânio, 11ª Câmara Cível, j. em 12.07.2018, p. em 18.07.2018).

Portanto, caracterizada a responsabilidade da parte ré, deve ela ser condenada, de forma solidária, ao ressarcimento da quantia de R$690,00 (seiscentos e noventa reais), que a parte autora pagou pela aquisição do produto em seu *site*, sendo irrelevante, para o caso, como dito, que ele seja legítimo ou falso.

Por outro lado, como sabido, o dano moral caracteriza-se pela lesão sofrida por pessoa, física ou jurídica, em certos aspectos da sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem, atingindo-a na esfera íntima da moralidade, da honra, do afeto, da psique, da liberdade entre outros, causando-lhe constrangimentos.

Ora, o caso em questão não constitui mero aborrecimento ou dissabor do dia a dia.

Ao contrário, configura um grave desrespeito para com a parte autora, consumidora que é, pois ela sofreu desgaste psicológico em razão da quebra da tranquilidade ordinária, por ter sido vítima de fraude pela internet, por acreditar que estava negociando com a primeira ré, mediante o pagamento de boleto emitido pela segunda ré, o que poderia ter sido evitado se estas tivessem tomado providências para coibir a utilização de seu nome e logomarca em negociações fraudulentas na rede mundial de computadores.

Soma-se a isso o fato de que a parte autora não obteve a pronta solução do problema apresentado, haja vista que teve que acionar o Judiciário para obter a restituição do valor que pagou.

Portanto, é de reconhecer, no caso, a ocorrência do dano moral.

No tocante ao valor da indenização por danos morais, é sabido que este deve ser arbitrado com a devida observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como das peculiaridades do caso concreto.

É preciso considerar também que a indenização por danos morais, além de servir para compensar a vítima pelos danos sofridos, deve trazer em si um caráter pedagógico, porquanto funciona como advertência para que o causador do dano não repita a conduta ilícita.

Não se pode perder de vista, ainda, que a condenação por dano moral não pode ser ínfima a ponto de não servir de compensação para quem a recebe, nem tampouco pode ser excessiva a ponto de proporcionar um enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, já decidiu este Tribunal:

> A indenização por dano moral deve ser fixada levando em consideração as circunstâncias do caso, tais como o grau de culpa do ofensor, a natureza do dano e suas consequências, as condições financeiras das partes, bem como o caráter inibidor e compensatório da indenização (TJMG. Apelação cível nº 1.0145.09.558929-0/001. Relator do Acórdão: Des. Mota e Silva. j. em 12.07.2011. DJ em 29.07.2011).

Ora, considerados tais critérios, tenho que a fixação de indenização no montante de R$5.000,00 (cinco mil reais) revela-se adequada ao caso concreto.

Dispositivo

Posto isso, dou provimento ao recurso para reformar a sentença recorrida para julgar procedentes os pedidos iniciais para condenar a parte ré, de forma solidária, a pagar, à parte autora, indenização por danos materiais de R$690,00 (seiscentos e noventa reais), com correção monetária pelos índices da tabela da CGJ/TJMG, a partir do desembolso e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação, bem como indenização por danos morais de R$5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária pelos índices da CGJ/TJMG, a partir da publicação deste acórdão, e com juros de mora a partir da citação, por se tratar de relação contratual.

E, em razão do que restou decidido, altero os ônus sucumbenciais, impondo à parte ré o pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Por fim, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, majoro os honorários de advogado, referentes a este recurso, a serem suportados pela parte ré, em favor dos patronos da parte autora, para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Aparecida Grossi e Roberto Soares de Vasconcellos Paes.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Intempestividade - Rejeição - Ação indenizatória - Acidente de trânsito - Viatura policial - Tráfego na contramão de direção - Colisão - Dano material - Demonstração - Perícia do instituto de criminalística da polícia civil - Boletim de ocorrência - Orçamentos - Dever de indenizar - Dano moral - Abordagem policial - Uso de arma de fogo, força desproporcional e algemas - Abusividade - Prova testemunhal - Correção monetária - Juros de mora - Honorários advocatícios - Critérios de fixação - Manutenção - Sentença reformada - Recurso provido em parte.

- Há que se reconhecer a tempestividade do recurso interposto dentro do prazo recursal.

- Demonstrado pela parte autora os prejuízos advindos da colisão da viatura policial com o seu veículo, decorrente da conduta atribuída aos agentes públicos que adentraram na contramão direcional da via, impõe-se a condenação do ente estatal ao pagamento de indenização por dano material.

- Demonstrado através da prova testemunhal o excesso na abordagem que foi submetido o autor, com o uso de arma de fogo, força desproporcional e algemas, sobretudo sem que o requerente oferecesse resistência, deve o Estado responder pelo dano moral, presumindo-se o extremo abalo emocional, que causam prejuízos *ipso facto*.

- O STF, quando do julgamento do RE nº 870.947/SE (Tema nº 810) e o STJ, no julgamento do REsp nº 1.270.439/PR e do REsp nº 1.492.221/PR, concluíram que nas condenações de natureza administrativa, no período posterior à vigência da Lei nº 11.960/2009, os juros de mora incidirão consoante a remuneração da caderneta de poupança, nos termos da Lei nº 11.960/2009 e a correção monetária com base no IPCA-E.

- Fixados em observância ao art. 85 § 2º e § 3º, I, do CPC/2015, devem ser mantidos os honorários advocatícios.

- Sentença reformada.

- Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0071.10.004973-4/001 - Comarca de Boa Esperança - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Eberton Vilela da Silva - Relator: DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 1º de junho de 2021. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Voto

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de apelação cível da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Boa Esperança(f. 136/140), que nos autos da Ação Indenizatória ajuizada por Eberton Vilela da Silva contra o Estado de Minas Gerais, julgou procedentes os pedidos, para condenar o réu ao pagamento de indenização por dano material no importe de R$5.099,00 (cinco mil e noventa e nove reais), acrescida de correção monetária, desde o reparo do veículo e juros de mora, a partir da citação, ambos nos termos da Lei nº 9.494/1997. Além disso, condenou o requerido ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R$6.000,00 (seis mil reais), corrigida monetariamente, desde o arbitramento e com juros de mora a partir do evento danoso, consoante a Lei nº 9.494/1997. Por fim, condenou o ente estatal ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Em suas razões(f. 148/156), aduz o réu que não foram comprovados os danos moral e material; que os depoimentos revelam que houve mero dissabor, não havendo violação dos direitos da personalidade; alternativamente, seja aplicada a Lei nº 11.960/2009 quanto aos juros e correção monetária; e que os honorários sejam reduzidos.

Contrarrazões, arguindo, preliminarmente, a intempestividade do recurso.

No mérito, rebateu as alegações do recorrente em óbvia contrariedade(f. 162/163).

A Procuradoria-Geral de Justiça considerou desnecessária a sua intervenção(f. 170).

É o relatório.

Preliminar.

Não conhecimento do recurso.

Intempestividade.

Argui a parte autora o não conhecimento do recurso, sob o argumento de que é intempestivo.

Sem razão.

Embora a publicação da sentença tenha ocorrido em 30.08.2017 (f. 141), o Estado de Minas Gerais não foi intimado do *decisum*, conforme certidão de f. 146.

Em razão disso, foi aberta vista ao ente estatal em 26.03.2018 (segunda-feira).

Ressalte-se que o réu goza de prazo em dobro para recorrer(art. 183 do CP/2015) e que houve suspensão do expediente forense em 28, 29 e 30 de março e 1º de maio de 2018.

Logo, considerando que a prazo iniciou-se em 27.03.2018 (terça-feira), findando-se em 11.05.2018 (sexta-feira) e que o recurso foi interposto em 02.05.2018, flagrante a sua tempestividade.

Portanto, rejeito a preliminar e, presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia a aferir se há comprovação dos danos moral e material, se deve ser aplicada a Lei nº 11.960/2009 quanto aos juros e correção monetária bem ainda se os honorários devem ser reduzidos.

Aduz o autor que, em 29.11.2009, conduzia seu veículo (Chevrolet Vectra, ano 1997, placa XXXXXXX) em direção ao Batalhão de Polícia Militar do Município de Coqueiral para noticiar a ocorrência de um acidente de trânsito no qual havia se envolvido minutos atrás; que no momento que trafegava pela Rua Tiradentes foi atingido por uma viatura policial, que invadiu a sua faixa de direção, vindo a colidir com o seu automóvel; que, após o abalroamento, os policiais o abordaram com o emprego de arma de fogo, determinando que deitasse no asfalto molhado, algemando-o e conduzindo-o ao batalhão, local onde permaneceu sentado, de frente para a parede, passando por humilhação.

A tese da parte ré é que os danos moral e material não foram comprovados, não se insurgindo acerca da responsabilidade civil.

No tocante ao dano material, examinando o Laudo Pericial nº 1765/2009(f. 17/25), elaborado pelo Instituto de Criminalística da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, observa-se que foi apurado que o veículo do autor sofreu avaria de média monta na porção frontal.

Além disso, o acervo fotográfico presente no referido trabalho pericial e o constante às f. 33/35 corroboram os danos causados na parte frontal do automóvel do requerente.

Como se não bastasse, o Boletim de Ocorrência de f. 08/13 descrevem os danos aparentes constados pela autoridade policial após o acidente, a exemplo, capô, para-choque dianteiro, faróis dianteiros e grade dianteira.

Por se tratar de documento público elaborado por policial militar, o boletim de ocorrência goza de presunção *iuris tantum* de veracidade, cumprindo à parte interessada o ônus de elidi-la, produzindo prova em sentido contrário, se assim entender necessário.

É entendimento dominante em nossos Tribunais, inclusive no TJMG, que o referido documento goza de presunção de veracidade, devendo prevalecer as conclusões nele constantes, desde que não infirmadas por prova em contrário.

Confira-se:

> Apelação. Acidente de trânsito. Produção de provas. Preclusão. Boletim de ocorrência. Presunção *iuris tantum* de veracidade. Prova não desconstituída. Sentença mantida - Considerando que a parte apelante foi devidamente intimada para se manifestar acerca do interesse em produzir provas, deixando, todavia, de se manifestar, encontra-se precluso a produção de provas. - O entendimento dominante em nossos tribunais é no sentido de que se presumem verdadeiras as afirmações contidas no Boletim de Ocorrência, haja vista se tratar de documento originário de servidor público, no exercício de suas funções, o qual goza da presunção *juris tantum* de veracidade, passível de ser elidido por provas robustas produzidas em contrário. Todavia, no presente caso, a parte ré não apresentou nenhum tipo de prova capaz de elidir o que constou do Boletim de Ocorrência. - Recurso a que se nega provimento (TJMG - Apelação Cível nº 1.0394.11.002829-4/001, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 02.02.2016).

Na espécie, o Estado de Minas Gerais não logrou desautorizar a presunção estampada no B.O. Assim, os danos ao veículo foram comprovados.

Em razão disso, pretende o autor o recebimento da quantia de R$5.099,00 (cinco mil e noventa e nove reais) por conta do reparo no veículo.

Para tanto, apresentou os orçamentos de f. 30/32, fazendo referência aos valores dos serviços executados no veículo, em consonância com as avarias relatadas no B.O., bem ainda o preço das peças substituídas.

Dessa forma, e porque não elidido pela parte contrária, considero válido os orçamentos apresentados para demonstrar os prejuízos de ordem material advindos com o acidente, na esteira do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do TJMG.

Confira-se:

> Responsabilidade civil. Acidente automobilístico. Danos. Comprovação. Orçamento idôneo. A apresentação de orçamento idôneo, não elidido por elementos hábeis pela parte contrária, é suficiente para a comprovação dos danos alegados pelo autor. Recurso especial conhecido, em parte, e provido (STJ - REsp nº 260742/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, 4ª Turma, j. em 10.04.2001).
>
> Apelação cível. Ação de indenização. Nulidade da sentença. Inocorrência. Acidente de trânsito. Concessionária de serviço público. Responsabilidade objetiva. Obras na pista de rolamento. Sinalização deficiente. Danos materiais. Provas. Dever de indenizar configurado. Sentença mantida. - A preliminar de nulidade da sentença deve ser rejeitada, pois a ré não comprovou qualquer prejuízo com o fato de não terem sido juntadas as alegações finais que apresentou antes que a sentença fosse prolatada. Ressalte-se que a matéria ventilada era a mesma apontada na contestação, que foi devidamente analisada pelo magistrado a quo, não havendo que se falar em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. - A empresa ré, concessionária de serviço público, responde objetivamente pelos danos causados a terceiros por seus prepostos, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal. - A configuração da responsabilidade civil objetiva exige a comprovação da conduta lesiva, do dano sofrido e do nexo de causalidade entre um e outro, sendo prescindível conhecer a licitude da ação ou omissão que deu origem à lesão. - A prova dos autos indica que houve falha na prestação do serviço, pois, no momento do acidente, o trecho

> em obras não era sinalizado de maneira eficiente pela Concessionária. - A prova testemunhal corrobora o teor do boletim de ocorrência e informa que apenas teria sido iniciada a instalação das placas sinalizadoras em momento posterior ao acidente no qual se envolveu o veículo da parte autora e de terceiro. - Caracterizada a ilicitude da conduta, fica configurada a responsabilidade civil e, por conseguinte, o dever de indenizar os prejuízos causados ao apelado. - Considerando que a apelante não trouxe aos autos provas capazes de se opor aos orçamentos e documentos apresentados pelo autor, mantém-se o quantum indenizatório, a título de danos materiais, nos moldes previstos na sentença (TJMG - Apelação Cível nº 1.0529.11.000367-8/001, Rel. Des. Edison Feital Leite, 15ª Câmara Cível, j. em 11.12.2014).

Portanto, deve ser mantida a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano material no valor de R$5.099,00 (cinco mil e noventa e nove reais).

Quanto ao dano moral, afirma o ente estatal que a situação em debate não ultrapassou o mero dissabor.

Com respeitosa vênia, sem razão.

O apelado relatou que, após a batida, os policiais o abordaram com o emprego de arma de fogo, determinando que deitasse no asfalto molhado, algemando-o e conduzindo-o ao batalhão, local onde permaneceu sentado, de frente para a parede, passando por humilhação.

A prova testemunhal colhida por pessoas que presenciaram o acidente consigna que:

> (*omissis*); que os policiais que estavam na viatura tiraram o autor do carro, apontaram o revólver para ele, o fizeram deitar no chão e o algemaram com as mãos para trás; que não sabe por qual motivo aconteceu isso; que no dia estava chovendo e o asfalto estava molhado; que o autor não ficou sujo de barro, mas ficou molhado; que o autor foi levado para o quartel e ficou preso, mas o depoente não sabe por quanto tempo(M.C.G. - f. 122/123);
>
> (*omissis*); que o policial mandou o autor descer do carro, jogou ele no chão, o chutou e o algemou; que parece que a polícia "desceu com o autor", mas não sabe para onde o levaram e nem se ele ficou preso(M.L.S. - f. 124/125).
>
> (*omissis*); que viu quando o autor desceu do carro e foi algemado pelos policiais; que estava chovendo e o asfalto estava molhado; que os policiais fizeram com que o autor se deitasse no chão, algemado(M.R.L. - f. 126/127).

Nesse passo, os elementos revelam que houve o uso de força excessiva na abordagem policial, não havendo qualquer indício de que o autor tenha contribuído para esse tipo de aproximação.

Oportuno pontuar que os fatos noticiados pelas testemunhas não foram noticiados no supracitado boletim de ocorrência.

Ora, no exercício do dever legal o agente de polícia deve agir nos limites aceitáveis e com a observância do princípio da razoabilidade de forma a evitar abuso de poder, o que, no caso, não foi respeitado.

Além disso, sem qualquer justificativa e oferecimento de resistência, os policiais fizeram o uso de algemas, o que, viola o entendimento sumular do STF:

> Súmula Vinculante nº 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

Assim, incorreram em excesso ao realizarem a abordagem, mormente em se considerando o contexto em que se deu, isso é, uso de arma de fogo, algemas e ordem para que o autor deitasse no asfalto molhado, até mesmo porque, após a permanência no batalhão por algumas horas, o autor foi liberado, não tendo a autoridade policial justificado a abordagem excessiva, tampouco a condução até a caserna.

Logo, presume-se o extremo abalo emocional, causando-lhes prejuízos que dispensam comprovação, ensejando a indenização por dano moral.

Quanto ao valor, o Superior Tribunal de Justiça, à vista da inexistência de critério legal orientador para a fixação do *quantum* indenizatório, assentou a necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (REsp nº 521.434/TO, Rel.ª Min.ª Denise Arruda, 1ª Turma, j. em 04.04.2006, DJ de 08.06.2006, p. 120).

Conforme a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil,* 4º ed., nº 49, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 60).

Considerando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, e não se olvidando que a reparação não pode servir de causa ao enriquecimento injustificado, há que ser mantido o valor da indenização no importe de R$6.000,00 (seis mil reais), montante que condiz com a gravidade do fato e à repercussão da dor.

No que tange aos consectários da condenação, insurge-se a parte recorrente somente acerca dos critérios de atualização da correção monetária e dos juros de mora.

Com efeito, após exaustiva discussão sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE(Tema nº 810) e o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.270.439/PR e do REsp nº 1.492.221/PR, concluíram que nas condenações de natureza administrativa, no período posterior à vigência da Lei nº 11.960/2009, os juros de mora incidirão consoante a remuneração da caderneta de poupança, por força da Lei nº 11.960/2009 e a correção monetária com base no IPCA-E.

Assim, a sentença merece reforma quanto à questão.

Por fim, pugna o recorrente pela redução da verba honorária.

Na dicção do art. 85, § 2º e § 3º do CPC/2015:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (*omissis*)
>
> § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:
>
> I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos.

Segundo as regras acima transcritas, em havendo condenação da Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados em observância aos parâmetros do § 2º e os percentuais do § 3º.

In casu, considerando que a soma(R$11.099,00 - onze mil e noventa e nove reais) das indenizações(danos moral e material) não ultrapassam 200 salários-mínimos, conclui-se que os honorários foram corretamente fixados com fundamento no § 3º, I, isso é, no patamar mínimo do dispositivo.

Portanto, devem ser mantidos em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Com essas considerações, rejeito a preliminar, dou parcial provimento à apelação, para determinar que a correção monetária incida com base no IPCA-E, e os juros de mora sejam calculados nos termos da remuneração da caderneta de poupança, por força da Lei nº 11.960/2009.

Considerando a sucumbência mínima recursal experimentada pela parte apelada, o ente estatal responderá integralmente pelas custas recursais, observada a isenção legal.

Majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

É como voto.

DES. AFRÂNIO VILELA - De acordo com o Relator.

DES. MARCELO RODRIGUES - Acompanho o voto do relator.

A despeito da detalhada abordagem, com a devida humildade, é possível enriquecer ainda mais o julgamento.

O ponto de partida é a discussão (também conceitual) sobre a responsabilidade civil do Estado.

Colhe-se na origem, que Eberton Vilela da Silva ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor do Estado de Minas Gerais. Em síntese, alega que, após a colisão entre o veículo que conduzia com uma viatura policial, foi abordado de forma violenta, com uso, inclusive, de algemas. Discorre sobre os excessos cometidos e o valor dispendido no conserto do bem.

No tocante aos gastos materiais, dois aspectos merecem registro. O primeiro deles consiste em observar o resultado do laudo pericial (1765/2009), elaborado pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais:

> O acidente em tela ocorreu pela culpa do condutor do V.2 (Gol-Viatura caracterizada da PMMG), por trafegar com sua unidade automotora sem a devida atenção e os cuidados indispensáveis à segurança do trânsito, não mantendo sua unidade de tráfego dentro da faixa a ele destinada, expondo tanto a sua vida quanto a de terceiros a riscos desnecessários.

Essa postura assumida pelo condutor da viatura foi de alto risco, sendo considerada pelos Peritos como causa fundamental para a consumação do sinistro.

O segundo ponto, igualmente importante, diz respeito aos documentos apresentados para comprovação dos gastos empregados no referido conserto. Logo, sem maiores digressões, a condenação do Estado de Minas Gerais no pagamento de R$5.099,00 (cinco mil e noventa e nove reais) revela-se correta.

Avançando.

O segundo pedido refere-se aos danos morais experimentados, sob o fundamento de que houve excesso na abordagem policial.

Pede-se licença para ligeiro registro sobre o medo social.

Embora desde muito, a violência policial tenha sido uma das preocupações do país, a temática ganha clara primazia, especialmente pelos recentes acontecimentos. Lamentavelmente, o país é conhecido pela polícia violenta que ostenta.

Episódios que se desenrolam (sem o devido processo legal) caucionam a ideia de que só a força resolve conflitos. Daí a dificuldade de tentar convencer indivíduos adeptos da violência de que o recurso aos meios legítimos da justiça é o único meio cabível para a solução dos conflitos.

Na sociedade violenta perde-se pouco a pouco a noção do que é risco real ou potencial. A expectativa do perigo iminente torna os profissionais da área da Segurança Pública (em sentido amplo) mais dispostos ao uso da força, com clara transgressão às leis.

As dificuldades enfrentadas por esses profissionais existem e são sérias. Não é legítimo analisar, a priori, os recursos que aportam nos tribunais sem essa crítica.

Pois bem.

Voltando-se ao caso concreto.

A instrução probatória revela uma atuação policial apartada da lei, com uso de força e emprego de algemas em evidente excesso. A prova testemunhal converge para a ocorrência de uma situação desarrazoada. Sob outro viés, de natureza processual, é extremamente curioso observar que o Estado de Minas Gerais, na contestação, não alega matéria de defesa no tocante à conduta dos policiais. Praticamente, não há exposição das razões de fato e de direito para impugnação da pretensão do autor quanto ao aspecto da violência. A parte apelante preocupou-se, a bem da verdade, com a quantificação do dano moral.

A mais importante modalidade de resposta é a contestação. A razão é de uma simplicidade franciscana: através dela o réu exerce o seu direito de defesa (art. 336 CPC).

Por fim, transcreve-se trecho constante da peça:

> Não há, nos autos, prova de que a autoridade policial mencionada o tivesse submetido a qualquer arbitrariedade ou ofensa à sua integridade física ou moral. Mas apenas um desencontro de informações, já que a ocorrência se deu de madrugada, horário que causa fadiga física e principalmente mental (f. 45).

À luz desses fundamentos, acompanho o relator para afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso para determinar que a correção monetária incida com base no IPCA-E, e os juros de mora sejam calculados nos termos da remuneração da caderneta de poupança, por força da Lei nº 11.960/2009.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Agravo de instrumento - Ação de procedimento comum - Rol do art. 1015 do CPC - Taxatividade mitigada - Competência do Juízo - Cláusula de eleição de foro - Contrato de prestação de serviços advocatícios - Ausência de prova para desvalidar a cláusula – Estatuto do idoso - Inaplicabilidade.

- O colendo STJ estabeleceu que rol do art. 1015 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, tal como nas decisões em que há declínio da competência (REsp n° 1.696.396/MT).

- "É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato" (Súmula n° 335/STF). "Não há razão para o afastamento da cláusula de eleição de foro, ante a ausência de quaisquer elementos que denotem a existência de desigualdade entre os contratantes, ou mesmo evidenciem a dificuldade dos réus em litigar no foro eleito".

- A competência será do domicílio do idoso quando a causa versar sobre direito previsto no respectivo estatuto, conforme estabelece o art. 53, inciso III, *e*, do novo CPC.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0271.13.006628-2/001 - Comarca de Frutal - Agravante: Geraldo Rodrigues Ferreira - Agravado: Banco do Brasil. Relator: JUIZ DE DIREITO 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, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2021 - *Habib Felippe Jabour* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO HABIB FELIPPE JABOUR - Geraldo Rodrigues Ferreira interpõe agravo de instrumento contra decisão do juízo da Comarca de Nova Ponte (f. 86/87-v), integrada pela decisão de aclaratórios (f. 97/97-v) que, nos autos da ação de arbitramento de honorários, ajuizada em desfavor de Banco do Brasil S.A., declinou da competência para o foro da Comarca de Belo Horizonte, por força de cláusula contratual de eleição de foro, nos seguintes termos:

> [...] Nos termos do art. 63 do Código de Processo Civil, a competência relativa pode ser modificada pela cláusula de eleição de foro, *in verbis*: [...] Conforme se observa pela leitura do dispositivo transcrito acima, a cláusula de eleição de foro produzirá efeitos quando prevista em instrumento escrito e aludir a ne-

gócio jurídico determinado. Compulsando os autos, observa-se que, de fato, existe no contrato firmado entre as partes cláusula expressa acerca da eleição do foro da Comarca de Belo Horizonte para resolver questões relacionadas ao referido contrato (f. 11/16). Ou seja, se trata de cláusula escrita e que se refere a um determinado negócio jurídico, sendo, portanto, plenamente válida. Em que pesem as alegações da parte autora acerca da abusividade da cláusula de eleição de foro, verifico que razão não lhes assiste, haja vista que os contratos de honorários advocatícios não configuram relação de consumo, prevalecendo, assim, a vontade dos contratantes. [...] Por fim, verifico que a parte invocou a aplicação do estatuto do idoso para justificar a competência deste Juízo. Entretanto, observa-se que o art. 53, inciso III, *e*, do CPC prevê que a competência será do domicílio do idoso para "a causa que verse sobre direito previsto no respectivo estatuto", o que não ocorre no caso dos autos, haja vista se tratar de relação contratual de prestação de serviços. Dessa forma, deve prevalecer a cláusula de eleição de foro estipulada no contrato entabulado entre as partes. Consequentemente, constata-se a incompetência deste juízo para processar e julgar a presente demanda. Ante o exposto e fundamentado, acolho a preliminar de incompetência relativa e determino a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Belo Horizonte, com as nossas homenagens.

Decisão dos aclaratórios:

A parte executada opôs embargos declaratórios à decisão interlocutória proferida por este Juízo, afirmando que é omissa e contraditória. Não é, contudo, o que se constata da análise dos autos. Na decisão examinada inexiste qualquer das hipóteses trazidas pelo art. 1022 do CPC (obscuridade, contradição, omissão ou erro material), pretendendo o embargante, em verdade, novo exame da matéria apreciada na decisão sem lançar mão do recurso pertinente. Sendo assim, nos presentes autos, são incabíveis os embargos declaratórios com a finalidade de instaurar nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada. [...] Ante o exposto, conheço os embargos declaratórios e nego-lhes provimento, mantendo, via de consequência, a decisão em seus exatos termos. Alega "que a ação que visa a nulidade do contrato não se confunde com aquelas 'oriundas de direitos e obrigações', prevista no art. 63 do NCPC [...] Assim, equivocada a aplicação do art. 63 do NCPC, já que a presente ação é de nulidade do contrato e não ação oriunda direitos e obrigações dele resultante" (f. 10/11). Ressalta que "em tempos de Novo CPC, não há mais espaço para o apego ao rigorismo exacerbado, estando tal cultura [...] em total desacordo com o atual paradigma de seguir as tendências do neoprocessualismo, [...] Assim, o excessivo apego a aspectos formais ou instrumentais do processo não podem servir de óbice à prestação jurisdicional, missão primordial do Direito"; "que a ideia de abusividade no estabelecimento da cláusula de eleição de foro não reside tão somente no contrato de adesão celebrado entre as partes [...]"; que a "abusividade também se revela, até mais gravemente, quando a escolha do portentoso banco agravado sacrifica ou prejudica sensivelmente o agravante (idoso e hipossuficiente), seu direito à ampla defesa e, consequentemente, o próprio acesso ao Judiciário" (f. 12). Argumenta que "ainda que não se aplique a legislação consumerista à espécie, pode o agravante pretender discutir a legalidade da cláusula de eleição de foro, por ser pessoa idosa (quase oitenta anos), ser hipossuficiente em relação ao banco agravado, seu domicílio/residência ser na comarca de Frutal [...] e, sobretudo, por ser medida que lhe garantirá a facilitação das vias de acesso à Justiça, sem a onerosa imposição de injusto sacrifício no exercício de sua ampla defesa" (f. 13). Invoca os art. 122 e 421 do Código Civil. Assevera que "é inegável a possibilidade de se reconhecer a abusividade de cláusula de eleição de foro, se não pelo prisma da relação de consumo (contrato de adesão), com certeza pela interpretação lógico-sistêmica, a partir dos arts. 122 e 421 do Código Civil [...]" (f. 14). Invoca, ainda, a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Sustenta que a decisão agravada é injusta "na

> medida em que não reconhece a ideia de que a relação contratual objeto da medida envolve alimentos (honorários advocatícios) a um idoso e, a par disso, que tal direito a alimentos não é albergado pelo Estatuto do idoso (ou direito ali previsto)"; que "limitar os direitos de uma pessoa idosa [...] elencados no Estatuto do idoso [...] e com isso, em equivocada decisão obrigá-lo a acompanhar (com deslocamentos e incremento de gastos) o processo na distante comarca de Belo Horizonte [...] é no mínimo covardia, tornando-se a efetivação do seu direito de acesso à Justiça e à ampla defesa excessivamente oneroso. Lado outro, trata-se o agravado do portentoso Banco do Brasil S.A., que possui agências espalhadas por todo o país, inclusive na comarca de Frutal/MG, e que não terá nenhum prejuízo [...] em acompanhar a miríade de processos desta mesma natureza, propostos pelo agravante em face da prestação de serviços advocatícios em inúmeros outros casos [...]"; que "o local da prestação dos serviços contratados foi a comarca de Frutal/MG, domicílio do agravante (prestador). Por tais razões, incide sobre a hipótese, ainda que por analogia, a Súmula n° 363/STF [...]" (f. 16). Traz entendimento jurisprudencial no tema. Pede para ser atribuído efeito suspensivo ao recurso e a reforma da decisão agravada.

Preparo pago (f. 118).

Em decisão monocrática (f. 122/125) o recurso não foi conhecido, porquanto a decisão agravada não está no rol do art. 1015 do CPC.

A Turma Julgadora negou provimento ao recurso de agravo interno e não acolheu os embargos de declaração opostos pelo agravante (f. 172/174 e f. 181/183).

O agravante interpôs recurso especial contra o acórdão (f. 185/231). Submetido ao Juízo de admissibilidade, a E. Terceira Vice-Presidência, em cumprimento aos artigos 1030 e 1040, II, do Código de Processo Civil, devolveu os autos à Turma Julgadora sob estes fundamentos:

> Vislumbrada a divergência entre o acórdão recorrido e o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, observado o disposto no inciso II do art. 516 do RITJMG, os autos devem ser encaminhados ao órgão prolator da decisão colegiada que deu origem ao presente recurso [...] (f. 243/243-v).

O tema 988 do STJ estabeleceu que o rol do art. 1015 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.

Indeferido o pedido para se atribuir efeito suspensivo ao recurso (f. 814/817).

O Juiz de Direito manteve a decisão agravada (f. 251-v).

Em resposta (f. 278/283), o agravado defende a cláusula de eleição de foro.

Pede o desprovimento do recurso e a manutenção da sentença. Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O magistrado singular acolheu preliminar de incompetência relativa e determinou a remessa dos autos a uma das varas cíveis da capital em razão da cláusula de eleição de foro estipulada no contrato firmado entre as partes.

E elas elegeram o foro de Belo Horizonte (MG), para solução de questões decorrentes do contrato de prestação de serviços advocatícios, não havendo nos autos prova a invalidar tal cláusula, assim redigida:

Cláusula vigésima oitava - Elegem as partes o foro da comarca de Belo Horizonte (MG) para dirimi questões decorrentes deste contrato" (f. 41).

O art. 63 do Código de Processo Civil dispõe:

"As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações".

A propósito, o enunciado da Súmula nº 335 do Supremo Tribunal Federal:

"Súmula 335: É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato".

O agravante alega abusividade da cláusula de eleição de foro, mas não apresenta prova alguma nesse sentido.

Destarte, o foro de eleição deve prevalecer, uma vez firmado por partes capazes, sendo o agravante advogado.

O colendo Superior Tribunal de Justiça firmou este entendimento:

> não há razão para o afastamento da cláusula de eleição de foro, ante a ausência de quaisquer elementos que denotem a existência de desigualdade entre os contratantes, ou mesmo evidenciem a dificuldade dos réus em litigar no foro eleito (AgRg no CC nº 144124/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, *DJe* de 01.04.2016).

Em casos análogos, julgado deste Tribunal de Justiça:

> Conflito negativo de competência. Relação contratual. Inaplicação do CDC. Ausência vulnerabilidade das partes. Cláusula eleição de foro. Súmula nº 335 STF. Ausência de prejuízo. Possibilidade de acesso à Justiça. Manutenção cláusula de eleição de foro pactuada. Não configurada a relação consumerista, a teor do que preconiza a Súmula nº 335 do STF, é válida a cláusula de eleição de foro, sempre que não se revelar abusiva e nem prejudicial às partes (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.18.019020-9/000, Rel. Des. Tiago Pinto, 15ª Câmara Cível, j. em 05.07.2018, p. da súmula em 13.07.2018).
>
> Conflito de competência. Eleição de foro. Prevalecência. Uma vez eleito o foro de eleição no contrato realizado entre as partes e não existindo vício contratual, deve-se prevalecer o foro estipulado pelas partes contratantes [...] (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.18.059943- 3/000, Rel. Des. Marcos Henrique Caldeira Brant, 16ª Câmara Cível, j. em 19.09.2018, p. da súmula em 20.09.2018).

Lado outro, o agravante invocou a aplicação do Estatuto do Idoso para justificar a competência do Juízo da Comarca de Frutal/MG.

Entretanto, nos termos do art. 53, inciso III, *e*, do novo CPC, a competência só será do domicílio do idoso quando a causa versar sobre direito previsto no respectivo estatuto, e não é o caso dos autos.

A propósito:

> Agravo de instrumento. Ação de nulidade de cláusula contratual c.c. pedido de arbitramento de honorários. Preliminar de não cabimento do recurso. Rol do art. 1015 do CPC/15. Jultamento no STJ. Resp n° 1.679.909/RS. Interpretação extensiva exclusivamente quanto à matéria relativa à competência. Relação de consumo. Inocorrência. Estatuto do Idoso. Inaplicabilidade. Cláusula de eleição de foro. Ausência de abusividade. Prevalência. Decisão mantida. A taxatividade prevista nas hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento elencadas no art. 1015 do CPC/15, foi afastada em decorrência do julgamento realizado no STJ, do REsp n° 1.787.799/MG, que determinou o conhecimento e julgamento de mérito deste recurso de agravo de instrumento. Não se aplicam os preceitos do Código de Defesa do Consumidor quando a relação jurídica entre as partes se deu por meio e contrato de prestação de serviços advocatícios. Afasta-se a prerrogativa do art. 53, III, *e*, do CPC/15, de competência do domicílio do idoso, quando o direito alegado na ação diz respeito a honorários devidos por serviços prestados na qualidade de advogado, o que é assegurado pela Lei n° 8.906 de 1994 e pelo art. 85 e seguintes do CPC/15 (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0271.16.010444-1/001, Rel. Des. Luciano Pinto, j. em 30.05.2019, p. da súmula em 11.06.2019).

Portanto, deve ser respeitado o foro livremente eleito como competente para conhecer de conflitos decorrentes de negócio jurídico firmado entre as partes.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso. Condeno o agravante ao pagamento das custas recursais.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores José Augusto Lourenço dos Santos e Juliana Campos Horta.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Mandado de segurança - Farmácia de manipulação - Captação e intermediação de receitas entre filiais - Vedação expressa - Art. 36, § 1º e § 2º, da Lei nº 5-991/73 - Redação dada pela Lei nº 11-951/2009 - Constitucionalidade reconhecida - Direito líquido e certo - Ilegalidade - Não configurados - segurança denegada.

- Segundo o art. 36, § 1º e § 2º, da Lei nº 5.991/73, é expressamente proibido a captação e intermediação de receitas e a centralização da manipulação em apenas um estabelecimento das farmácias que possuem filiais.

- A constitucionalidade do art. 36, § 1º e § 2º, da Lei nº 5.991/73, foi reconhecida quando do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 1.0024.09.589729-4/004.

- Não há direito líquido e certo, tampouco ilegalidade a amparar a pretensão de abstenção de imposição de multas e penalidades administrativas aos estabelecimentos das farmácias impetrantes, bem como autorização para a captação de receitas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.008326-9/002 - Comarca de Itaúna - Apelante: Farmácia Santanense de Itaúna Ltda. - Me - Apelado: Município de Itaúna - Autoridade Coatora: Chefe da Gerência Superior de Saúde - Vigilância Sanitária de Itaúna - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 22 de junho de 2021 - *Washington Ferreira* - Relator.

VOTO

DES. WASHINGTON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Farmácia Santanense de Itaúna Ltda. - ME - contra a sentença (Ordem 46) proferida nos autos do mandado de segurança impetrado contra ato do Chefe da Gerência Superior de Saúde - Vigilância Sanitária de Itaúna, perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Itaúna, que denegou a segurança e extinguiu o feito, nos termos do art. 487, I, do CPC. Condenou a parte impetrante ao pagamento das custas processuais.

Sem condenação em honorários advocatícios, com fundamento no art. 25, da Lei nº 12.016/09.

Em suas razões recursais (Ordem 51), a apelante sustenta inexistir razoabilidade na proibição de captação de receitas, porquanto o medicamento manipulado tem sempre o mesmo destino, chegando ao consumidor final independente do local de fornecimento, se diretamente na farmácia de manipulação ou mediante captação em drogaria. Argumenta ser permitida a intermediação e captação de receitas entre farmácias filiais, sendo vedada a centralização total da manipulação em apenas um estabelecimento, bem como que a atividade de captação seja realizada em drogarias, ervanárias e postos de medicamentos. Defende a viabilidade da captação de receitas pelas filiais e os parceiros comerciais das farmácias de manipulação, em observância aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e acesso à saúde. Afirma, ainda, ser desnecessária a proibição de captação de receitas, acrescentando que o necessário "*para garantir a segurança do consumidor é a rastreabilidade dos medicamentos com o efetivo registro no sistema de controle de medicamentos, como também as licenças e alvarás do estabelecimento*". Postula, ao final, o provimento do recurso, reformando-se a sentença para que a parte ré/apelada abstenha-se de promover autuações, autorizando a continuidade das atividades de captação de receitas entre a apelante e sua filial.

Preparo (Ordem 53).

Intimado, o Município de Itaúna apresenta contrarrazões pretendendo, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, por ofensa ao disposto no art. 932, inciso III, do CPC. (Ordem 56).

Remetidos os autos à Procuradoria Geral de Justiça, o Procurador de Justiça, Dr. Roberto Cerqueira Carvalhaes, opinou pelo desprovimento do recurso (Parecer - Ordem 58).

É o relatório.

Preliminar.

Não conhecimento do recurso.

O Município de Itaúna suscita, em suas contrarrazões, preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de ataque específico ao ato sentencial. Destaca, para tanto, a reprodução literal e integral da exposição adotada na inicial, em clara violação ao art. 932 do CPC.

A preliminar não prospera.

Segundo entendimento já sedimentado pelo colendo STJ, a reprodução dos termos deduzidos na inicial ou na contestação, quando devidamente demonstrado nas razões recursais o interesse na reforma da sentença, não obsta o conhecimento do recurso, sendo esse o caso dos autos.

Nesse sentido:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso especial provido. Reconhecida violação ao art. 514, II, do CPC. Agravo regimental não provido. - A reprodução dos termos deduzidos na contestação não obsta ao conhecimento do recurso de apelação quando devidamente demonstrado, nas razões recursais, o interesse na reforma da sentença. - No caso em tela, ficou demonstrada nas razões da apelação a pretensão da reforma da sentença, com o devido ataque aos fundamentos do decisum de piso. - Agravo regimental não provido (STJ - AgRg no AREsp nº 184.633/SP. Rel. Min. Raul Araújo. 4ª Turma j. em 12.05.2015, *DJe* de 10.06.2015).

Conquanto a apelante tenha se valido de alegações anteriormente utilizadas, mostra-se claro o interesse na reforma do ato sentencial, tornando plenamente cognoscíveis as pretensões recursais trazidas na apelação.

Com tais considerações, rejeito a preliminar.

Presentes os demais pressupostos de admissibilidade previstos no Código de Processo Civil, conheço do recurso.

Sem outras questões preliminares, passo ao exame do mérito recursal.

Mérito.

Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado por Farmácia Santanense de Itaúna Ltda. - ME contra ato do Chefe da Gerência Superior de Saúde - Vigilância Sanitária de Itaúna visando a não aplicação de multas e penalidades administrativas aos seus estabelecimentos em virtude das alterações promovidas na Lei nº 5.991/73, que vedaram a manipulação de medicamentos com base em receitas de outros laboratórios.

A segurança fora denegada em primeiro grau, sob o fundamento de constitucionalidade do art. 36, § 1º e § 2º, da Lei nº 5.991/73, com redação dada pela Lei nº 11.951/2009, que veda a captação e intermediação de receitas entre farmácias.

Pois bem. O mandado de segurança é uma ação constitucional voltada à proteção de direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, na hipótese de ilegalidade ou de abuso de poder por parte de autoridade pública ou de agente que esteja no exercício de atribuições do Poder Público, segundo o disposto no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição da República de 1988, bem como na Lei nº 12.016/2009.

A controvérsia posta gira em torno da vedação a respeito da captação e intermediação de receitas entre farmácias, estabelecida no art. 36, da Lei nº 5.991/1973, que assim dispõe:

> Art. 36 - A receita de medicamentos magistrais e oficinais, preparados na farmácia, deverá ser registrada em livro de receituário.
>
> § 1º É vedada a captação de receitas contendo prescrições magistrais e oficinais em drogarias, ervanárias e postos de medicamentos, ainda que em filiais da mesma empresa, bem como a intermediação entre empresas. (Incluído pela Lei nº 11.951, de 2009).
>
> § 2º É vedada às farmácias que possuem filiais a centralização total da manipulação em apenas 1 (um) dos estabelecimentos (Incluído pela Lei nº 11.951, de 2009).

Por sua vez, o Órgão Especial deste eg. TJMG, por ocasião do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0024.09.589729-4/004, entendeu pela constitucionalidade do indigitado dispositivo legal, nos seguintes termos:

> Incidente de arguição de inconstitucionalidade dos § 1.º e § 2.º, do art. 36 da Lei nº 5.991/73, com a redação dada pela Lei nº 11.951/2009, versando sobre a proibição de captação e intermediação de receitas

> entre farmácias. - A legislação em comento tem por escopo garantir maior segurança e qualidade dos produtos manipulados e se justificam em razão da dificuldade de controle de qualidade do processo artesanal de manipulação, mais sujeitos à decomposição causada pelas condições não controladas de temperatura e umidade, nocivas à saúde ou capazes de inativar o princípio ativo, o que por si só descaracteriza qualquer desproporção da restrição imposta.- Não se olvida a existência de uma colisão entre diretos e princípios fundamentais, de um lado o da saúde pública e de outro o do trabalho e da livre iniciativa, em que um deve recuar para que o outro possa ser aplicado, levando-se em conta o maior valor de uma das normas constitucional. Se para a saúde pública vigora o princípio da máxima efetividade, o mesmo não se verifica quanto aos direitos do trabalho e da livre iniciativa, que comportam restrições. - Incidente julgado improcedente (TJMG - Arg Inconstitucionalidade nº 1.0024.09.589729-4/004, Rel. Des. Paulo Cézar Dias, Corte Superior, j. em 26.10.2011, p. em 02.12.2011).

O Colendo Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a impossibilidade de intermediação na captação de receitas, com base na Lei nº 11.951/09:

> Administrativo e processual civil. Recurso especial. Mandado de segurança. Intermediação de captação de receitas por farmácias. Impossibilidade. Art. 36 da Lei nº 11.951/2009. - Por força do art. 36 da Lei nº 11.951/2009, não pode haver intermediação na captação de receitas pelas farmácias, mesmo que seja feita por outra farmácia. - Recurso especial não provido (REsp nº 1375280/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, j. em 11.02.2014, *DJe* de 18.02.2014).

Inexiste, pois, fundamento relevante a justificar a inaplicabilidade dos citados dispositivos legais e, por conseguinte, obrigar que a autoridade apontada como coatora abstenha-se de impor multas e outras penalidades administrativas como pretendido pela farmácia impetrante, ora apelante.

Este entendimento por mim adotado em caso análogo, julgado à unanimidade por esta Câmara:

> Agravo de instrumento. Mandado de segurança preventivo. Farmácia de manipulação. Intercambiamento de receitas entre filiais. Art. 36, da Lei nº 5.991/1973. Impossibilidade. - Conforme o exposto no art. 36, § 1º e § 2º, da Lei nº 5.991/73, é proibido expressamente a captação e intermediação de receitas e a centralização da manipulação em apenas um estabelecimento das farmácias que possuem filiais. - A constitucionalidade do art. 36, § 1º e § 2º, da Lei nº 5.991/73 foi reconhecida quando do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 1.0024.09.589729-4/004. - Ante o reconhecimento da constitucionalidade do disposto no art. 36, da Lei nº 5.991/73, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido liminar consistente na autorização para que a Impetrante continue intercambiando receitas entre suas filiais e que seja permitida a centralização da manipulação dos medicamentos em uma de suas filiais (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.20.008326-9/001, Rel. Des. Washington Ferreira, 1ª Câmara Cível, j. em 26.05.2020, p. em 28.05.2020).

No mesmo sentido, os seguintes julgados desta Corte Revisora:

> Agravo instrumento. Mandado de segurança. Farmácia de manipulação. Captação e intermediação de receitas. Lei nº 11.951/2009. Arguição de inconstitucionalidade nº 1.0024.09.589729-4/004. Pedido liminar. Requisitos não preenchidos. Decisão mantida. Recurso desprovido. - Ausentes os requi-

sitos autorizadores do art. 7º, III, da Lei Federal nº 12.016/2009, deve ser mantido o indeferimento da medida liminar pretendida. - Conforme Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível n° 1.0024.09.589729-4/004, a nova redação dada ao art. 36, da Lei nº 5.991/1973, pela Lei nº 11.951/2009, vedando a captação e intermediação de receitas entre farmácias não é inconstitucional. - Mantida a decisão que indeferiu o pedido liminar (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.18.095313-5/001, Rel. Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, j. em 09.05.2019, p. em 13.05.2019).

Apelação cível. Mandado de segurança. Denegação da segurança. Farmácia de manipulação. Captação e intermediação de receitas por um único estabelecimento. Existência de filiais. Proibição. Manutenção. Considerando a existência de dispositivo legal que proíbe expressamente a captação e intermediação de receitas e a centralização de manipulação em apenas um estabelecimento das farmácias que possuem filiais, a manutenção da denegação da segurança é medida que se impõe. Não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.16.068900-6/006, Rel. Des. Judimar Biber, 3ª Câmara Cível, j. em 21.02.2019, p. em 22.02.2019).

Apelação cível. Mandado de segurança. Farmácia de manipulação. Captação e intermediação de receitas. Impossibilidade. Art. 36 da Lei nº 5.991/1973, redação dada pela Lei nº 11.951/2009. Legislação superveniente. Ordem denegada. - Por força do art. 36, § 1º, da Lei nº 5.991/1973 (redação dada pela Lei nº 11.951/2009), é defeso tanto a captação de receitas de magistrais e oficinais quanto a sua intermediação entre empresas, sendo certo que, exatamente por ser a saúde constitucionalmente reconhecida como tema de relevância pública (art. 197, CR) e um direito social (art. 6º, CR), sabidamente ligado ao direito à vida (art. 5º, *caput*, CR), à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CR), às ditas empresas não confere o princípio constitucional da livre iniciativa comercial (art. 170, CR) qualquer direito, muito menos líquido e certo, de se eximirem dessa proibição (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário nº 1.0024.08.135443-3/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 26.09.2017, p. em 29.09.2017).

Dessa feita, após a vigência da Lei nº 11.951/09, responsável por incluir os § 1º e § 2º ao art. 36 da Lei nº 5.991/73, não há falar em ilegalidade na proibição de captação e intermediação de receitas, inclusive entre filiais.

Inexiste, portanto, direito líquido e certo ou ilegalidade a amparar a concessão da segurança.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela apelante.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível e reexame necessário - Ação cominatória - Direito constitucional, administrativo e processual civil - Prestação de assistência à saúde.

Preliminares: incompetência absoluta do juízo da infância e da juventude - Inteligência do art. 148, inciso IV, do estatuto da criança e do adolescente - Rejeição.

- Compete privativamente à Justiça da Infância e da Juventude conhecer e processar as causas que envolvam o acesso de crianças e adolescentes às ações e serviços da saúde, em observância ao que determina o Estatuto da Criança e do Adolescente e conforme o art. 1º da Resolução nº 829, de 29 de junho de 2016, editada pelo eg. Órgão Especial deste Tribunal.

Ilegitimidade passiva do estado - Responsabilidade solidária dos entes federados pela prestação do direito à saúde - RE nº 855.178-RG/PE - Não acolhida.

- À luz do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal no exame do RE nº 855.178-RG/PE, é de se reconhecer o caráter solidário da responsabilidade dos entes federados pela prestação dos serviços de saúde. Reposicionamento do relator que se impõe diante da decisão proferida pela Corte Suprema com repercussão geral.

Mérito: tratamento pelo método Bobath à criança - Relatório médico que comprova a adequação do tratamento pretendido - Art. 373, inciso I, do CPC - Fatos modificativos, impeditivos ou extintivos -Ausência responsabilidade do estado e do município.

- Em sede de ação cominatória, é de se confirmar a procedência do pedido de fornecimento de tratamento em face do Estado de Minas Gerais e do Município, cuja necessidade foi devidamente comprovada pelo relatório médico que instruiu o processo, sem que o requerido se tenha desincumbido de comprovar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito defendido na inicial, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC.

Multa diária contra o poder público - Cabimento - Precedentes do STJ.

- É cabível a fixação de multa pecuniária em face do poder público, nos termos do § 1º do art. 536 do CPC e da posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.474.665-RS, julgado sob a sistemática de recursos repetitivos.

Autora patrocinada pela defensoria pública - Condenação do estado aos honorários advocatícios - Incidência da Súmula nº 421 do STJ - Descabimento - Sentença mantida.

- Nos termos da Súmula nº 421 do col. STJ, são incabíveis honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual ela pertença, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença que deixou de fixar a condenação de sucumbência contra o Estado.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.17.009111-7/002 - Comarca de Ipatinga - 1º Apelante: Município Santana do Paraíso - 2º Apelante: Estado de Minas Gerais - 3º Apelante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, A.V.S.A., representada p/pai, S.A.S. - Apelados: Município Santana do Paraíso, Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, A.V.S.A. - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS E CONFIRMAR A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2021. - *Júlio Cezar Guttierrez* - Relator.

Voto

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Trata-se de ação cominatória, ajuizada por A.V.S.A., representada pelo seu genitor S.A.S., em face do Município de Santana do Paraíso e do Estado de Minas Gerais, a fim de compelir os requeridos a fornecerem tratamento consistente em: fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional, todos pelo método Bobath, duas vezes por semana.

Em sentença de f. 92/95., o i. Juiz da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Ipatinga/MG, Mauro Simonassi, confirmou a concessão da tutela antecipada, e julgou procedente o pedido inicial para condenar os réus ao fornecimento do tratamento contínuo pleiteado pela autora, por tempo indeterminado, sob pena de multa diária de R$100,00 (cem reais), limitada a R$10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em favor da assistida. Não houve condenação em custas, foram arbitrados honorários sucumbenciais no valor de R$600,00 (seiscentos reais), a serem pagos pelo Município à Defensoria Pública, e a sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Na apelação de f. 97/99-v., a Defensoria Pública sustenta que a Lei Complementar nº 80/94 assegura plena autonomia à instituição, com a possibilidade de demandar e executar honorários contra as pessoas jurídicas de direito público, motivo pelo qual o Estado deve ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais.

O Município de Santana do Paraíso, em suas razões recursais (f. 104/110), alega preliminarmente a incompetência absoluta da Vara de Infância e Juventude, sob o argumento de que a competência do referido juízo se restringe às hipóteses de criança ou adolescente em situação de abandono ou risco. No mérito, assevera que a responsabilidade do ente municipal é de prestar assistência à saúde básica, sendo vedado ao Poder Judiciário substituir o Poder Legislativo e inverter os papéis

dos entes federativos. Aduz que não há disponibilidade orçamentária para arcar com os gastos do tratamento pleiteado pela autora.

Às f. 111/119, o Estado suscita, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, à alegação de que a Secretaria Municipal de Saúde é responsável pelo tratamento da autora, em consonância com a descentralização de competências prevista na Lei n° 8.080/90. Argumenta que não consta nos autos relatório médico circunstanciado, com expressa menção ao quadro clínico de risco imediato, conforme exigido pelo Enunciado n° 51 da II Jornada de Direito à Saúde do CNJ.

Alega que não pode ser compelido a fornecer medicamento não padronizado pelo SUS. Aduz que a multa deve ser decotada, pois incabível à espécie, e, subsidiariamente, pugna pela sua redução.

Contrarrazões apresentadas pelo Estado às f. 120/123, pela Defensoria Pública às f. 124/130-v. e ausente a manifestação do Município (f. 131).

Parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, da lavra do i. Procurador Saulo de Tarso Paixão Maciel, pelo desprovimento dos recursos. (f. 154/156-v.).

Conheço da remessa necessária e dos recursos voluntários, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminares.

Incompetência da Vara da Infância e Juventude.

De início, no tocante à preliminar de incompetência absoluta suscitada pelo Município, registro não ser o caso do seu acolhimento.

Com efeito, verifica-se que o art. 62 da Lei Complementar n.º 59, de 18.01.2001 - Lei de Organização e Divisão Judiciárias - dispõe competir ao *"Juiz de Vara da Infância e da Juventude exercer as atribuições definidas na legislação especial sobre menores e em resolução da Corte Superior do Tribunal de Justiça"*.

Cumpre ressaltar que as atribuições definidas na legislação especial sobre criança e adolescente, referidas no dispositivo acima mencionado, estão veiculadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, do qual o art. 147 trata da competência territorial e o art. 148 da material.

A propósito da competência material, leciona Antônio Fernando Amaral e Silva:

> A competência em razão da matéria, fixada na lei federal, é genérica e abstrata, nada tendo com a de foro ou juízo; refere-se ao juiz do Estatuto.
>
> A competência de foro é regulada no art. anterior e diz com a comarca onde deva correr o processo, ou seja, o território. [...]
>
> Não há [...] uma "Justiça Especializada", mas um ramo especializado da Justiça ordinária. As Justiças Especializadas (*numerus clausus*) constam da Constituição Federal, que não cogitou da Justiça da Infância e da Juventude.

> Sendo um ramo especializado da Justiça local, as leis de organização judiciária regulamentarão o sistema de acordo com as peculiaridades de cada Estado, mas, no que tange à competência, terão que se ater ao disposto no art. supra [art. 148], prevalecendo a lei hierarquicamente superior.
>
> Os incisos I a VII referem-se às hipóteses de competência exclusiva. [...]
>
> A incidência do Direito da Criança e do Adolescente e a invocação da respectiva competência jurisdicional fixar-se-iam pela aplicação da norma estatutária.
>
> Se o direito subjetivo invocado constasse do Estatuto, a competência seria do juiz do Estatuto, ou seja, do juiz da infância e da juventude. É o que bastaria.
>
> [...]
>
> Toda matéria atinente aos direitos fundamentais relacionados na Lei nº 8.069 compete ao juiz do Estatuto, como tal indicado na lei de organização judiciária (SILVA, Antônio Fernando Amaral e. CURY, Munir (Coord.), *ob. cit.*, p. 489-490.).

Por sua vez, a Lei Federal nº 8.069/93 - Estatuto da Criança e do Adolescente - traz em seu bojo diversos dispositivos que reconhecem o direito da proteção à vida e à saúde, dos quais, pela relevância, convém transcrever os seguintes:

> Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.
>
> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Portanto, assegurado pelo Estatuto o direito das crianças e dos adolescentes à saúde, deve-se observar a norma de competência absoluta prevista no inciso IV do art. 148, segundo o qual a Justiça da Infância e da Juventude *"deve conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente"*. No mesmo sentido, deve ser observado o que dispõe o art. 212 do ECA, *in verbis*:

> Art. 212: Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes.

> § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil.
>
> § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.

Nem se diga que o referido inciso IV estaria adstrito à propositura de ações coletivas, pois este entendimento iria ao encontro do objetivo da lei, que é justamente a proteção integral dos menores.

Por fim, é possível concluir que as demandas que versarem sobre direito à saúde de criança ou adolescente são de competência absoluta das Varas da Infância e da Juventude, em face até mesmo da competência das Varas de Fazenda Pública e independentemente da existência de situação de risco, na esteira do entendimento do col. Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Competência. Vara da infância e juventude. Ação civil pública. Interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente. - A pretensão deduzida na demanda enquadra-se na hipótese contida nos arts. 98, I, 148, IV, 208, VII e 209, todos da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e Adolescente), sendo da competência absoluta do Juízo da Vara da Infância e da Juventude a apreciação das controvérsias fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos vinculados à criança e ao adolescente. - As medidas de proteção, tais como o fornecimento de medicamentos e tratamentos, são adotadas quando verificadas quaisquer das hipóteses do art. 98 do ECA. - A competência da Vara da Infância e da Juventude é absoluta e justifica- se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado nos termos do art. 208, VII do ECA, bem como por se tratar de questão afeta a direitos individuais, difusos ou coletivos do infante, nos termos dos arts. 148, inciso IV, e 209, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedentes do STJ. - O Estatuto da Criança e Adolescente é *lex specialis* e prevalece sobre a regra geral de competência das Varas de Fazenda Pública, quando o feito envolver Ação Civil Pública em favor da criança ou adolescente, na qual se pleiteia acesso às ações ou serviços e saúde, independentemente de a criança ou o adolescente estar em situação de abandono ou risco. 6. Recurso Especial provido (STJ, REsp nº 1486219/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 25.11.2014, *DJe* de 04.12.2014; sublinhas deste voto.).

Finalmente, é imperioso consignar que a Resolução n.º 829, de 29 de junho de 2016, editada pelo eg. Órgão Especial deste Tribunal expressamente ressalvou a competência absoluta das Varas da Infância e da Juventude para conhecer a processar as ações que envolvam o acesso de crianças e adolescentes às ações e serviços da saúde (art. 1º), o que evidencia o posicionamento deste Sodalício acerca da matéria, ao menos no âmbito normativo-administrativo.

Com efeito, é de se reconhecer a competência absoluta da Vara da Infância e Juventude, e manter o processo em tramitação no juízo *a quo*, não havendo amparo à pretensão do Município.

Dessa forma, rejeito a preliminar.

Preliminar de ilegitimidade passiva do estado.

Em relação à arguição de ilegitimidade passiva do ente estadual, cumpre registrar que o Pleno do exc. Supremo Tribunal Federal solidificou o posicionamento acerca da solidariedade passi-

va dos entes federados no julgamento do RE nº 855.178-RG/PE, com repercussão geral, de cuja ementa se extrai:

> Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. - O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente (STF, RE nº 855.178-RG/PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05.03.2015, *DJe* de 16.03.2015).

Registre-se, ainda, que como a parte autora se utilizou da via própria para instar aos requeridos a disponibilizar o tratamento imprescindível à sua saúde, não há falar em ferimento do princípio da separação dos poderes e da cláusula da reserva do possível, pois a sentença cuidou de fazer cumprir, no caso concreto, o mandamento constitucional insculpido no art. 196.

Face ao exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

No tocante à irresignação do Estado e do Município quanto ao fornecimento do tratamento, verifica-se que os autos estão instruídos com o relatório médico de f. 18/21, o qual além de prescrever a realização das sessões de fisioterapia, fonoaudiologia e terapia ocupacional, pelo método Bobath, revela que a criança já se utilizou dos métodos convencionais, sem, contudo, obter sucesso no tratamento.

Além disso, a médica subscritora do laudo registrou que a ausência do tratamento pode gerar risco de morte, ataques epiléticos e grave comprometimento da saúde da menor (f. 21).

Quanto ao argumento do Estado, no sentido de que o tratamento não é disponibilizado pelo SUS, calha registrar que o col. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp nº 1.657.156/RJ, representativo da controvérsia, reconheceu a possibilidade do Poder Público ser compelido a fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que comprovado: a) a imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, b) a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e, c) a existência de registro na Anvisa do medicamento.

Os efeitos do aludido julgado foram modulados a partir da data do julgamento, ocorrido em 04.05.2018 e, portanto, a observância dos parâmetros estabelecidos não é estritamente obrigatória, já que a presente demanda se iniciou em 05.05.2017 (f. 2-v.). Não obstante, para os casos similares não abrangidos pela modulação, o col. Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar os embargos de declaração tirados do acórdão do julgado acima mencionado, afirmou que é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência daquele Tribunal, consubstanciado na demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

Neste aspecto, além de o relatório médico que instruiu a inicial asseverar que já foram tentados todos os medicamentos padronizados pelo SUS, o Estado sequer apontou qual seriam as alternativas medicamentosas e tratamentos disponíveis para a cura dos transtornos que acometem a menor.

Cumpre ressaltar que a médica que acompanha a paciente foi categórica ao afirmar a adequação do tratamento prescrito, e os réus não lograram produzir prova em sentido contrário, como de seu ônus, nos termos do art. 375, inciso II, do CPC, motivo pelo qual a ausência da disponibilização do tratamento pleiteado por meio do SUS, para o caso específico da criança, por si só, não tem o condão de afastar o direito invocado.

Assim, como a parte autora se utilizou da via própria para instar a parte ré a fornecer o tratamento pretendido, imprescindível para a preservação de sua saúde, entendo que a sentença cuidou de fazer cumprir o mandamento constitucional do art. 196 da Constituição da República, o qual impõe a prestação de serviço integral de saúde ao Poder Público.

Ademais a pretensão também está amparada pelo art. 11, § 2º, da Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, *in verbis*:

> Art. 11. É assegurado atendimento médico à criança e ao adolescente, através do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.
>
> § 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.
>
> § 2º Incumbe ao Poder Público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

Por sua vez, a alegação de inexistência de dotação orçamentária e a escassez de recursos não afastam a responsabilidade do município de prestar assistência à saúde ao paciente, a qual já está garantida pela lei.

Lado outro, é cabível a fixação de multa pecuniária em face do estado, nos termos do § 1º do art. 536 do CPC.

Neste diapasão, o indigitado entendimento foi veiculado também no Informativo nº 606, de 2 de agosto de 2017, do col. Superior Tribunal de Justiça, que traz a posição firmada no REsp nº 1.474.665-RS, julgado sob a sistemática de recursos repetitivos, nos seguintes termos:

> A questão posta em debate restringe-se a examinar a possibilidade de ser imposta multa diária cominatória (astreintes), a ente estatal, nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos. Inicialmente, observa-se que a problemática acerca da efetivação dos provimentos judiciais que impunham o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer sempre foi notória, porque dependiam da colaboração espontânea do devedor. Diante disso, viu-se obrigado o legislador a criar mecanismos que pudessem conjurar essa impropriedade, a exemplo do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e posteriormente o art. 461 do Código de Processo Civil de 1973. Nesse caminho, a expressão "tais como", constante do § 5º do art. 461 do CPC/1973 é exemplificativa e garante ao magistrado poder para decidir sobre qual medida irá se valer para o cumprimento da decisão exarada por si. Trata-se do "poder geral

> de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. Sob esse enfoque, a função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe é imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. E a particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. Nesse ponto, convém alertar que, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público recalcitrante, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Diante disso, a jurisprudência desta Corte, em reiterados precedentes, admite a imposição de multa cominatória (astreintes), *ex officio* ou a requerimento da parte, a fim de compelir o devedor a adimplir a obrigação de fazer, não importando que esse devedor seja a Fazenda Pública (STJ, REsp nº 1.474.665-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, por unanimidade, Tema nº 98, j. em 26.04.2017, *DJe* de 22.06.2017).

Em relação à multa pecuniária, diante do cabimento de fixação contra a Fazenda Pública em sede de ação cominatória, hei por bem manter os parâmetros do juízo *a quo*.

Isso, porque a quantia arbitrada atendeu ao Princípio da Razoabilidade, não há excesso no valor fixado, o qual é pertinente e adequado ao caso concreto, em que há condenação à obrigação de fazer atinente ao direito à saúde.

Assim, nego provimento aos apelos do Estado e do Município.

No que tange aos honorários advocatícios, a r. sentença não merece reparos, em que pesem às alegações da Defensoria Pública.

O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que: "*Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença*" (Súmula nº 421).

Assim, a meu ver, não é cabível a condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública, que pertence a esta pessoa jurídica de direito público.

A propósito, precedentes da 6ª Câmara Cível:

> Remessa necessária e apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de medicamento. Dever do estado. Conjunto probatório conclusivo. Direito resguardado. Fazenda pública vencida. Honorários advocatícios. Valor inestimável. Equidade. Defensoria pública estadual. Pagamento de honorários advocatícios. Impossibilidade. Recurso especial nº 1.108.013/RJ. Súmula nº 421 do STJ. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo (princípio da cogestão), reconhece-se, em função da solidariedade, a legitimidade de quaisquer deles para fornecer aos enfermos necessitados o tratamento adequado à sua patologia. O direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, constituindo violação da ordem constitucional vigente, a negativa de fornecimento de tratamento indispensável para o paciente necessitado. Vencida a Fazenda Pública os honorários advocatícios devem ser fixados de forma a remunerar com dignidade os serviços prestados em juízo, sem onerar excessivamente os cofres públicos, observados os critérios estabelecidos no art. 85, § 3º e § 8º, do CPC. O colendo Superior Tribunal de

Justiça no julgamento do REsp nº 1.108.013/RJ submetido ao rito do art. 543, *c*, do Código de Processo Civil/73 (atual art. 1.036 do CPC/15), firmou o entendimento no sentido de que "não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando atua contra a pessoa jurídica de direito público da qual é parte integrante". Nos termos da Súmula nº 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. Mesmo depois da alteração do art. 4º da LC nº 80/1994, pela LC nº 132/2009, não houve modificação da orientação jurisprudencial acima mencionada, conforme contemporâneo julgamento proferido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça (TJMG - Apelação Cível/Rem Necessária nº 1.0000.20.043017-1/001, Rel. Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, j. em 09.06.2020, p. em 17.06.2020).

Remessa necessária. Apelação. Ação de obrigação de fazer. Direito à saúde. Estado de minas gerais e município de contagem. Realização de cirurgia. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Imprescindibilidade do tratamento comprovada no feito. Fixação de multa em face do ente público. Possibilidade. Limitação. Condenação do estado de minas gerais ao pagamento de honorários em favor da defensoria pública. Descabimento. Ônus imponível ao município de contagem. Sentença parcialmente reformada na remessa necessária. Recurso voluntário provido em parte. O art. 196, da CR/88, estabelece que é dever do Poder Público e direito de todos a garantia à saúde, com medidas que atenuem ou impeçam o risco de doença ou o seu agravamento. - A responsabilidade em relação ao fornecimento de medicamentos e insumos, tratamentos e realização de cirurgias, gratuitamente, para o implemento do direito à saúde, constitucionalmente previsto, é concorrente entre a União, os Estados e os Municípios. - A efetivação da medida pleiteada após o deferimento da antecipação de tutela não implica em perda do objeto da demanda ou do interesse de agir, tendo em vista a necessidade de ser dirimida no julgamento de mérito a responsabilidade do ente público pelo cumprimento da obrigação. - Tratando-se de patologia devidamente comprovada e demonstrada a imprescindibilidade do tratamento, tem-se como necessária e pertinente a realização da cirurgia prescrita ao menor.. Embora cabível, a multa cominatória deve ser inicialmente limitada a valor certo, para evitar a apelação desmesurada do ente público. - Vigente a Súmula nº 421, do STJ, é cabível tão somente a condenação do município ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública Estadual. Sentença parcialmente reformada na remessa necessária. Apelação provida em parte (TJMG - Apelação Cível/Rem Necessária nº 1.0079.17.007513-3/001, Rel. Des. Corrêa Junior, 6ª Câmara Cível, j. em 12.05.2020, p. em 22.05.2020).

Diante de tais considerações, nego provimento ao recurso interposto pela Defensoria Pública.

Assim, rejeito as preliminares, nego provimento aos recursos e confirmo a sentença em reexame necessário.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA E CORRÊA JUNIOR.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS E CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Agravo de instrumento - Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - IPTU - Legitimidade passiva do proprietário do bem - Promessa de compra e venda - Não regularização da transferência da propriedade em cartório - Manutenção da obrigação tributária segundo as informações dos registros dos imóveis à época dos fatos geradores - Rejeição do incidente - Decisão mantida.

- A transferência da propriedade imobiliária somente ocorre com o registro do título aquisitivo perante o Cartório de Imóveis, mantendo-se o alienante na condição de dono enquanto não observada tal formalidade (CC/02, art. 1.245, § 1º).

- Incontroversa a condição do executado de proprietário do bem que ensejou a cobrança do tributo, consoante Registro do Imóvel, patente sua legitimidade para figurar no polo passivo de execução fiscal por débito de IPTU.

- Recurso não provido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0145.13.011897-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: José Carlos Calixto Lima - Agravado: Município de Juiz de Fora - Relatora: DES.ª ÁUREA BRASIL.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - Áurea Brasil - Relatora.

Voto

DES.ª ÁUREA BRASIL - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por José Carlos Calixto Lima em face da r. decisão à Ordem 7 (JPe-Themis) que, nos autos da ação de execução fiscal movida pelo Município de Juiz de Fora, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pelo executado, ora agravante.

Em suas razões (Ordem 01), o recorrente aduz que: a) demonstrou que não é mais proprietário do imóvel objeto da execução fiscal; b) informou administrativamente a alteração da propriedade do imóvel, que se encontra em análise desde 30.11.2009; c) "a despeito de figurar na Certidão Execu-

tiva nº 01/104362-8, como proprietário do imóvel localizado à Rua XXXXXX, lote XX, Quadra X, Bairro Parque Jardim da Serra, nesta cidade, o mesmo já não tem a propriedade do bem, desde a data de 24.06.2003, conforme consta na matrícula nº 19.186, do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Juiz de Fora (doc. anexo), não sendo, portanto, o encarregado dos pagamentos tributários e contribuições afins"; d) não tem legitimidade para figurar no polo passivo da execução de origem; e) em caso análogo, a d. Magistrada de primeiro grau reconheceu que não poderia ser executado em decorrência da transferência do imóvel para terceiro, conforme consta no registro de imóveis competente.

Por isso, pugna pela concessão da gratuidade de justiça, bem como do efeito suspensivo ao recurso, provendo-o, ao final, para extinguir a ação de execução fiscal de origem.

À Ordem 12, determinei a intimação do agravante, para que juntasse aos autos cópia integral da execução fiscal de origem, bem como que comprovasse o alegado estado de hipossuficiência financeira.

Preparo comprovado à Ordem 14 e cópia da ação executiva apresentada à Ordem 15.

Em decisão exarada à Ordem 23, o recurso foi recebido apenas em seu efeito devolutivo e o agravante foi intimado para colacionar cópia legível das Certidões de Dívida Ativa que embasaram a execução fiscal de origem.

Diligência cumprida às Ordens 26/27.

Apesar de devidamente intimado, o Município de Juiz de Fora não apresentou contraminuta (cf. Termo de Comunicação sem Manifestação nº 0249959-84.2021.8.13.0000/001-008).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A execução de origem objetiva a cobrança de IPTU dos anos de 2009 a 2011, relativo ao imóvel localizado na Rua XXXXXX, Lote XX, Parque Jardim da Serra/Novo Horizonte, em Juiz de Fora, de propriedade do agravante, consoante se observa da CDA à Ordem 27.

Em sede de exceção de pré-executividade, o recorrente alega que alienou o imóvel que gerou a cobrança do IPTU para terceiro antes dos fatos geradores, pelo que não detém legitimidade para figurar como responsável tributário dos débitos cobrados. Sustenta, ainda, que a municipalidade foi informada administrativamente da alienação, conforme protocolo às Ordens 09/10.

Como cediço, o IPTU constitui imposto vinculado à propriedade, consoante previsão constitucional (art. 156, I, CRFB/88), podendo também ter como fato gerador o domínio útil ou posse do bem imóvel, nos termos do art. 32, *caput*, e art. 34, ambos do CTN.

Assim, a posse de terceiro, que não venha a decorrer diretamente da propriedade do bem, pode gerar responsabilidade pelo pagamento do tributo, desde que devidamente comprovado o seu exercício. Esta condição, no entanto, não exclui a responsabilidade do proprietário do imóvel, havendo previsão expressa nesse sentido, no art. 123 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

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

Pode-se concluir, destarte, que, havendo desdobramento da posse, ambos - proprietário e possuidor - assumem de forma solidária referida obrigação tributária, desde que, em relação ao possuidor, haja prova robusta no sentido do exercício deste direito.

Nesse sentido, a Primeira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, ao julgar pela sistemática do art. 543, *c*, do Código de Processo Civil de 1973 em 10.06.2009 os Recursos Especiais nº 1.110.551/SP e nº 1.111.202/SP, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, pronunciou-se sobre a questão, firmando o entendimento de que *"tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU"*.

In casu, é incontroverso que ainda não foi realizada a transferência da propriedade do imóvel que constitui objeto da exação questionada.

Isso, porque o executado demonstrou o registro apenas do compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel (Ordem 0m e p. 26, Ordem 15), não havendo, pois, a comprovação de que houve lavratura de escritura pública definitiva de compra e venda e de que o bem já se encontrava registrado em nome de terceiro junto ao Cartório de Imóveis na data dos fatos geradores.

Dessa forma, é de se concluir, que o bem permanece registrado em nome do excipiente.

E, ausente o registro alterando o domínio, não há de se falar em transmissão do imóvel, já que o Código Civil é expresso ao afirmar que a transferência da propriedade só se perfaz com o registro no Cartório competente:

> Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
>
> § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
>
> § 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

A respeito, novamente a jurisprudência do STJ:

> Processual civil. Tributário. IPTU. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Legitimidade passiva do possuidor (promitente comprador) e do proprietário (promitente vendedor). Recurso especial repetitivo. Tema nº 122/STJ. Agravo interno improvido. - Trata-se, na origem, de agravo de instrumento objetivando que seja reconhecida a ilegitimidade passiva da parte, na condição de promitente vendedor, para figurar no polo passivo da ação de execução fiscal relativa a cobrança de IPTU. No Tribunal a quo, julgou-se procedente o pedido. Nesta Corte, deu-se provimento ao recurso especial para reconhecer a legitimidade passiva da parte no processo executivo. - O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao rito próprio dos recursos especiais repetitivos (Tema nº 122/STJ), firmou a tese de acordo com a qual tanto o promitente comprador do imóvel (aquele possuidor do bem a qualquer título), quanto o seu promitente vendedor (aquele que detém a propriedade do imóvel registrada no cartório competente) são contribuintes do IPTU, logo responsáveis pelo adimplemento do referido

tributo e, consequentemente, legitimados à integração do polo passivo da execução fiscal destinada a cobrar o débito tributário dele decorrente. - Além disso, conforme entendimento desta Corte Superior, a orientação acima pronunciada aplica-se, inclusive, à hipótese em que o compromisso de compra e venda do imóvel foi devidamente registrado em cartório, antes da ocorrência do fato gerador do IPTU. Acerca do assunto, destaco os seguintes precedentes: REsp nº 1.773.779/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 04.12.2018, *DJe* de 17.12.2018 e AgInt no REsp nº 1.695.049/SP, Rel. Min. Og. Fernandes, 2ª Turma, j. em 12.02.2019, *DJe* de 21.02.2019. - Correta, portanto, a decisão monocrática que deu provimento ao recurso especial da agravada. - Agravo interno improvido (AgInt no REsp nº 1846880/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, j. em 15.03.2021, *DJe* de 23.03.2021).

Processual civil e tributário. Violação do art. 1.022 do CPC. Omissão não configurada. IPTU. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Legitimidade passiva do possuidor (promitente comprador) e do proprietário (promitente vendedor). Recurso especial repetitivo nº 1.111.202/SP. - A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC. - O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.111.202/SP, sob o rito do art. 543, *c*, do CPC/1973, firmou entendimento de que se consideram contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. - Orientação que se aplica, inclusive, às hipóteses em que o compromisso de compra e venda foi devidamente registrado em cartório. Precedentes do STJ. - Em relação ao argumento veiculado pela recorrida em suas contrarrazões, o acórdão proferido no julgamento do REsp nº 1.204.294/RJ não fixou posicionamento meritório no STJ, pois não se conheceu do Recurso Especial em razão da incidência da Súmula nº 283/STF - Ademais, em diversos precedentes mais atuais que o contido no precedente acima (de 2011), as Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ vêm ratificando o entendimento de que a existência de contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, com transferência imediata da posse, ainda que acompanhada de registro no cartório imobiliário, não afasta a responsabilidade tributária do alienante. Citam-se, a título exemplificativo: AgInt no REsp nº 1.653.513/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, *DJe* de 18.12.2019; e AgInt no REsp nº 1.819.068/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* de 19.12.2019. - A matéria, ademais, vem sendo decidida monocraticamente, quando se identifica, tal como ocorre no presente caso, que o precedente contido no REsp nº 1.204.294/RJ não se aplica nas hipóteses em que a parte interessada não demonstra que a aquisição do imóvel se deu mediante usucapião. Nesse sentido: REsp nº 1.805.411/SP, Rel. Min.ª Assusete Magalhães, *DJe* de 02.05.2019, amparada em decisões colegiadas (AgInt no REsp nº 1.695.049/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, *DJe* de 21.02.2019; e AgInt nos EDcl no REsp nº 1.627.100/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 22/3/2017). - Recurso Especial conhecido e, no mérito, parcialmente provido (REsp nº 1849545/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 15.09.2020, *DJe* de 06.10.2020).

Processual civil e tributário. IPTU. Compromisso de compra e venda registrado no cartório de imóveis. Responsabilidade solidária do promitente vendedor. Precedente firmado em recurso repetitivo. Súmula nº 399/STJ. Previsão em lei municipal. - A controvérsia sub examine versa sobre a possibilidade de ajuizamento de execução fiscal para cobrança de IPTU contra o proprietário do imóvel na hipótese de existência de compromisso de compra e venda devidamente averbado no Cartório de Registro de Imóveis. - O Tribunal de origem reformou a decisão de primeiro grau para acolher Exceção de Pré-executividade oferecida pelos executados e extinguir o processo por ilegitimidade passiva. - Contra o acórdão proferido se insurge o recorrente, alegando que o "o mero instrumento particular de Compromisso de Compra e Venda, ainda que registrado, não tem força para realizar a efetiva transmissão da propriedade, subsistindo então a responsabilidade tributária dos executados". Sustenta que houve violação a dispositivos do CTN e do CC/2002 e que o acórdão recorrido dissente da jurisprudência aplicável. - A orientação

do STJ, firmada em recurso repetitivo, é no sentido de que o art. 34 do CTN considera contribuintes do IPTU o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título. Assim, "tanto o promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel quanto seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis) são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU." (REsp nº 1.111.202/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, j. em 10.06.2009, *DJe* de 18.06.2009). No mesmo sentido: REsp nº 979.970/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 18.6.2008; AgRg no REsp 1022614/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 17.04.2008; REsp nº 712.998/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJ de 08.02.2008; REsp nº 759.279/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ de 11.09.2007; REsp nº 868.826/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ de 1º.08.2007; REsp nº 793073/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJ de 20.02.2006. - De igual forma, o STJ já definiu que "ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (REsp nº 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.09.2004). - *In specie*, à época do fato gerador os executados eram os proprietários do imóvel objeto de compromisso de compra e venda devidamente averbado no Cartório de Registro de Imóveis e a lei municipal prevê a responsabilidade solidária do promitente vendedor e do compromissário comprador pelo pagamento do IPTU. - Sendo assim, aplica-se ao caso a Súmula nº 399/STJ e a jurisprudência do STJ que admite a legitimidade passiva do promitente vendedor de imóvel para responder pela cobrança do IPTU, na hipótese de compromisso de compra e venda registrado em cartório. Precedentes: REsp nº 1.576.319/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 1ª.03.2016, *DJe* de 19.05.2016; AgRg no REsp nº 1.519.072/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 1º.10.2015, *DJe* de 02.02.2016. - Recurso Especial provido. (REsp nº 1695772/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 21.11.2017, *DJe* de 19.12.2017).

Destarte, o mero compromisso de compra e venda não é oponível à Fazenda Pública, nos termos do art. 123 do CTN e não tem o condão de alterar a responsabilidade tributária.

Outrossim, os simples protocolos de Ordens 09/10, que não revelam sequer o conteúdo dos requerimentos administrativos, à evidência, são insuficientes para comprovar a transferência da propriedade do imóvel e, assim, a alegada ilegitimidade passiva.

Por conseguinte, a execução fiscal permanece hígida e deve prosseguir em relação ao responsável tributário legitimamente identificado.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. decisão agravada. Custas, ao final, na forma da lei.

Votaram de acordo com a Relatora o JD. CONVOCADO ROBERTO APOLINÁRIO DE CASTRO E O DESEMBARGADOR WANDER MAROTTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ipsemg - Contribuição previdenciária - Pensão por morte - Valor que supera o teto do regime geral - Benefício recebido por dois dependentes - Base de cálculo para incidência da contribuição - Valor total da pensão - Regra do imposto de renda - Inaplicabilidade.

- A partir da Emenda Constitucional nº 41/2003, o sistema constitucional passou a admitir a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em atendimento aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, sobre o valor ultrapassar o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social.

- No caso de rateio da pensão por morte entre dois ou mais dependentes, o valor global da pensão é que servirá de base de cálculo para a contribuição previdenciária, por não constituir a cota-parte de cada beneficiário um benefício autônomo.

- O Imposto de Renda da Pessoa Física encontra previsão no art. 153, III, da Constituição da República e art. 43 do Código Tributário Nacional, possuindo fundamento jurídico diverso da contribuição previdenciária, razão pela qual não se aplica, por analogia, sua base de cálculo à contribuição previdenciária.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.20.013586-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Maria José de Paiva Mendonça, Marisa Ratton Lombardi de Assis e Silva, Rafael Gualberto Luz - Apelados: Estado de Minas Gerais, Ipsemg - 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, 4 de junho de 2020. - *Renato Dresch* - Relator.

Voto

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de apelação cível, interposta por Maria José de Paiva Mendonça e outros nos autos da presente ação ordinária, por eles proposta na 2ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte, em face do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG e do Estado de Minas Gerais, pretendendo a condenação do réu à realização dos descontos das contribuições previdenciárias sobre a pensão por morte, limitados à parcela que exceder o teto do RGPS, considerada a cota-parte de cada dependente, bem como à

repetição de indébito de todos os valores ilegalmente recolhidos a maior, a título de contribuição previdenciária, respeitada a prescrição quinquenal (Ordem 1).

O IPSEMG contestou (Ordem 35), alegando observar o art. 40, § 7º e § 18º, da CF, o art. 5º da Lei nº 10.887/04, assim como o art. 28 da Lei Complementar Estadual nº 64/02. Sustenta que já transcorreram mais de 5 (cinco) anos da concessão das pensões, o que ensejaria a prescrição. Pede a condenação dos autores nas sanções da litigância de má-fé.

O Estado de Minas Gerais contestou (Ordem 49), limitando-se a ratificar as alegações do 1º réu.

Em sentença (Ordem 67), o Juiz Genil Anacleto Rodrigues Filho julgou improcedente o pedido inicial, condenando os autores ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa. Rejeitou ainda o pedido de condenação da parte autora por litigância de má-fé.

Em suas razões recursais (Ordem 70), os autores sustentam que os descontos previdenciários sobre as pensões deve se limitar à parcela que exceder o teto dos benefícios do RGPS, nos termos do § 18º do art. 40 da CF, e do § 3º do art. 28 da LC Estadual nº 64/02. Afirmam que, segundo o princípio da capacidade tributária e o caráter personalíssimo do tributo, a base de cálculo das contribuições previdenciárias deve ser o valor que cada pensionista individualmente recebe naquilo que exceder o limite do RGPS, assim como acontece no caso do imposto de renda.

Contrarrazões dos réus (Ordem 77), argumentando que deve incidir a contribuição de 11% (onze por cento) sobre o valor global do benefício que ultrapassa o teto, conforme art. 40, § 18º, da CF, e art. 28, § 3º, da LC Estadual nº 64/02.

É o relatório.

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Do mérito da contribuição previdenciária sobre a pensão por morte.

A partir da Emenda Constitucional nº 41/2003, o sistema constitucional passou a admitir a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em atendimento aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

O § 18 do art. 40 da Constituição da República, ao disciplinar a contribuição previdenciária dos inativos, limitou sua incidência à parte dos proventos e pensões que ultrapassarem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, nestes termos:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste

> artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)
>
> [...]
>
> § 18 - Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, o art. 28 da Lei Complementar nº 64/2002 dispôs sobre a contribuição previdenciária dos pensionistas vinculados ao regime próprio do IPSEMG:

> Art. 28 - A alíquota de contribuição mensal dos servidores ativos, dos inativos e dos pensionistas é de 11% (onze por cento) incidentes sobre a remuneração de contribuição, sobre os proventos e sobre o valor das pensões.
>
> § 1° - A alíquota de contribuição patronal será equivalente:
>
> I - à alíquota de contribuição prevista no *caput* deste artigo, referente aos segurados de que tratam os incisos I, II e III do art. 3° desta lei complementar que tenham ingressado no serviço público estadual até 31 de dezembro de 2001;
>
> II - ao dobro da alíquota de contribuição prevista no *caput* deste artigo, referente aos segurados de que tratam os incisos I, II, III e IV do art. 3° desta lei complementar que tenham ingressado no serviço público estadual após 31 de dezembro de 2001, observado o disposto no art. 37 desta lei complementar;
>
> III - ao dobro da alíquota de contribuição prevista no *caput* deste artigo, referente ao segurado de que trata o inciso V do art. 3º desta lei complementar. (Parágrafo com redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar nº 79, de 30.07.2004.).
>
> § 2º - As alíquotas das contribuições previstas neste artigo serão objeto de reavaliação atuarial anual.
>
> § 3º - A alíquota de contribuição mensal dos servidores inativos e dos pensionistas incidirá sobre o valor dos proventos e das pensões que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição da República.
>
> § 4º - A alíquota de contribuição mensal dos servidores inativos e dos pensionistas em gozo de benefícios na data de promulgação da Emenda à Constituição da República nº 41, de 19 de dezembro de 2003, bem como daqueles que já adquiriram o direito aos benefícios na referida data, incidirá sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere 50% (cinquenta por cento) do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição da República (Artigo com redação dada pelo art. 6º da Lei Complementar nº 77, de 13.01.2004).

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 3105/DF, decidiu pela constitucionalidade da contribuição previdenciária sobre o provento dos inativos, encerrando qualquer discussão sobre o tema.

Da indivisibilidade do benefício previdenciário para fins de isenção da contribuição previdenciária.

A questão controvertida no presente feito cinge-se à base de cálculo da contribuição previdenciária sobre pensão por morte rateada entre dois ou mais beneficiários, tendo em vista que o valor do be-

nefício recebido individualmente por cada um dos pensionistas não ultrapassa o teto do benefício do regime geral de previdência social.

O valor da pensão é um só e, deste valor, procede-se ao rateio entre os beneficiários do instituidor da pensão.

Caso se admita que a cota-parte da pensão por morte devida a cada um dos dependentes é um beneficio individual e autônomo, deve-se concluir que a perda da qualidade de dependente em relação a um deles implica na extinção de sua cota-parte, com a impossibilidade de destinação do valor aos outros beneficiários.

Contudo, não é isso que ocorre, sendo que a pensão constitui um benefício único e, caso um dos beneficiários perca a qualidade de dependente, o valor retorna ao monte e é repartido entre os demais beneficiários.

Por esse fundamento é que o limite de incidência da contribuição previdenciária deve observância ao valor da pensão por morte como um todo, e não à cota-parte de cada um dos dependentes.

Da impossibilidade de aplicação por analogia da regra do imposto de renda.

O Imposto de Renda da Pessoa Física encontra previsão no art. 153, III, da Constituição da República e possui fundamento diverso da contribuição previdenciária.

Nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional, o imposto de renda tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, sendo que o art. 44 do CTN estabelece que sua base de cálculo será o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Por outro lado, a contribuição previdenciária do pensionista tem como base de cálculo o valor da pensão (art. 28, LC nº 64/02), não importando quanto efetivamente recebe o beneficiário.

Desse modo, é inaplicável a regra do imposto de renda à base de cálculo da contribuição previdenciária incidente sobre a pensão por morte.

Da casuística dos autos.

No caso em tela, observa-se dos documentos de Ordem 5/10, 36/37 e 39, que cada autor, ora apelante, é beneficiário de uma pensão por morte específica, sendo o benefício rateado com outros dependentes:

- A apelante Maria José de Paiva Mendonça é beneficiária de pensão por morte de seu marido, Javert Pires de Mendonça, de R$21.701,48 (vinte e um mil setecentos e um reais e quarenta e oito centavos - abril de 2016), juntamente com a filha Sandra Maria Pires de Mendonça, recebendo cada uma 50% (cinquenta por cento) - (R$10.850,74 - dez mil oitocentos e cinquenta reais e setenta e quatro centavos - abril de 2016).

- A apelante Marisa Ratton Lombardi de Assis e Silva, por sua vez, é beneficiária de pensão por morte de seu marido, Osni de Assis e Silva, de R$17.765,24 (dezessete mil setecentos e sessenta e cinco reais e vinte e quatro centavos - abril de 2016), juntamente com a filha Simone Ratton Lombardi de Assis e Silva, recebendo cada uma 50% (cinquenta por cento) - (R$8.882,62 - oito mil oitocentos e oitenta e dois reais e sessenta e dois centavos - abril de 2016).

- Por fim, o apelante Rafael Gualberto Luz é beneficiário de pensão por morte de seu pai, Fernando Magalhães Luz, de R$19.026,95 (dezenove mil e vinte e seis reais e noventa e cinco centavos), juntamente com Maria de Fátima Silva, companheira do instituidor, e Maria Helena Gualberto, ex-companheira do falecido, recebendo o primeiro 46,76% (quarenta e seis inteiros e setenta e seis centésimos por cento) - (R$8.897,64 - oito mil oitocentos e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos), a segunda 46,76% (quarenta e seis inteiros e setenta e seis centésimos por cento) - (R$ 8.897,64 - oito mil oitocentos e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos) e a terceira 6,47% (seis inteiros e quarenta e sete centésimos por cento) - (R$1.231,67 - mil duzentos e trinta e um reais e sessenta e sete por cento) - dados de abril de 2016.

Considerando que o teto dos benefícios do RGPS em abril de 2016 era de R$5.189,82 (cinco mil cento e oitenta e nove reais e oitenta e dois centavos) (cinco mil cento e oitenta e nove reais e oitenta e dois centavos), conforme Portaria Interministerial MTPS-MF nº 1/2016, a quantia que deve ser recolhida a título de contribuição previdenciária corresponde ao valor total da pensão por morte subtraído o referido teto, multiplicado pela alíquota de 11% (onze por cento).

No caso de rateio da pensão, o montante do desconto previdenciário apurado sobre o total do benefício deve ser dividido em proporcionalidade à porcentagem da pensão recebida por cada beneficiário. No caso em exame, as contribuições previdenciárias incidentes sobre as pensões seriam de R$1.816,28 - mil oitocentos e dezesseis reais e vinte e oito centavos - (Javert Pires de Mendonça), R$1.383,30 - mil trezentos e oitenta e três reais e trinta centavos - (Osni de Assis e Silva) e R$1.522,08 - mil quinhentos e vinte e dois reais e oito centavos - (Fernando Magalhães Luz).

Partindo dessa premissa, deve incidir sobre o benefício recebido por cada apelante os seguintes montantes:

- Maria José de Paiva Mendonça: tendo em vista que recebe 50% (cinquenta por cento) da pensão por morte de Javert Pires de Mendonça, deve responder por metade das contribuições incidentes sobre o benefício, ou seja, R$908,14 (novecentos e oito reais e catorze centavos).

- Marisa Ratton Lombardi de Assis e Silva: considerando que recebe 50% (cinquenta por cento) da pensão por morte de Osni de Assis e Silva, deve contribuir com R$691,65 (seiscentos e noventa e um reais e sessenta e cinco centavos).

- Rafael Gualberto Luz: haja vista receber 46,76% (quarenta e seis inteiros e setenta e seis centésimos por cento) da pensão por morte de Fernando Magalhães Luz, o desconto previdenciário sobre seu benefício deve ser de R$711,78 (setecentos e onze reais e setenta e oito centavos).

Como se verifica dos contracheques de Ordem 39, os valores apurados correspondem exatamente àqueles que foram descontados das pensões recebidas pelos apelantes, não havendo, portanto, qualquer irregularidade no recolhimento previdenciário realizado, razão pela qual se impõe a manutenção da sentença de improcedência do pedido inicial.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de 1º grau.

Condeno os apelantes nas custas recursais e nos honorários advocatícios, os quais majoro para 14% (catorze por cento) do valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES KILDARE CARVALHO E DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Remessa necessária - Ação civil pública ambiental - Aplicação análogica do art. 19 da Lei da Ação Popular - Descabimento - Apelação cível - Construção em área de preservação permanente - Área ao entorno de nascente - Irregularidade - Ocupação antrópica consolidada - Não caracterização - Demolição na área irregular- Risco ao potencial hídrico da região - Cabimento - Condições ambientais anteriores - Restauração - Necessidade.

- Conforme entendimento majoritário e consolidado no âmbito desta 8ª Câmara Cível, o art. 19 da Lei da Ação Popular não se aplica às Ações Civis Públicas Ambientais julgadas improcedentes.

- Nos termos do art. 4º, inciso V, do Código Florestal, constituem APP's as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros.

- A edificação iniciada no ano de 2015, dentro do raio de 50m (cinquenta metros) do entorno de nascente, não se amolda à concepção de intervenção antrópica consolidada.

- Conquanto a demolição de imóvel envolva medida severa, entende-se pelo seu cabimento na área irregular, em hipótese na qual a construção erigida pelo requerido deixou de observar a condicionante exposta pelo Codema de Formiga (formalização de TAC junto ao Ministério Público) e que tem o potencial de prejudicar a disponibilidade de recursos hídricos naquela municipalidade, atentando contra os direitos e interesses das gerações presentes e futuras.

- Impõe-se a condenação do poluidor a restaurar o meio ambiente lesado, incumbindo-lhe adotar todas as medidas necessárias à recomposição do status ambiental pretérito.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA N° 1.0261.17.014887-6/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Fernando Reis Silva Lopes. Relatora: DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NÃO CONHECER DA REMESSA NECESSÁRIA E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2021. - Ângela de Lourdes Rodrigues - Relatora.

Voto

DES.ª ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES - Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, nos autos da Ação Civil Pública proposta em desfavor de Fernando Reis Silva, visando à reforma da sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Formiga, por intermédio da qual a pretensão inaugural foi julgada improcedente, nos seguintes termos (f. 105/106):

> [...] DISPOSITIVO.
>
> Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, do CPC, art. 5º, inc. XXIII, e art. 170, inc. III e art. 225 da CR/88, julgo improcedentes os pedidos encartados na exordial.
>
> Sem custas ou despesas processuais, em razão da sucumbência do MP. Estipulo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.
>
> Sentença sujeita ao reexame obrigatório, por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/1965 (REsp de nº 1.108.542).
>
> P.R.I. [...].

Os embargos de declaração opostos pelo autor em face da sentença (f.108/109) foram rejeitados na origem, conforme decisão de f. 110.

Em suas razões recursais de f. 111/138, sustenta o apelante que o MM. Juízo Sentenciante se equivocou ao partir da premissa de que o entorno da área descrita na exordial estaria completamente edificada, sendo que a pretensão demolitória, além de estar em harmonia com a defesa do meio ambiente, observa a finalidade pedagógica, posto que existem outras obras irregulares iniciadas na APP.

Pondera que a jurisprudência deste TJMG se orienta no sentido de que não é possível adotar uma solução jurídica uniforme frente a uma ocupação ambientalmente irregular, conforme definido por ocasião do julgamento do IAC de nº 0274840-29.2014.8.13.0079, pelo que cada caso deve ser avaliado de acordo com as suas peculiaridades.

Afirma que a construção irregular, objeto da demanda, está inserida no raio de 50 (cinquenta) metros referente à Área de Preservação Permanente de uma nascente d'água e foi iniciada no mês de junho de 2015, não se enquadrando na acepção de ocupação antrópica consolidada.

Indica que "o apelado promoveu a sua obra já ciente de sua irregularidade ambiental e sem contar com a aprovação do município por meio da expedição do alvará autorizador da obra".

Aduz que a providência de demolição foi sugerida no parecer técnico juntado aos autos do Inquérito Civil em apenso (nº MPMG 0261.15.000599- 7), sendo que a sua efetivação trará consequências benéficas para a proteção da nascente/curso d'água, bem como para o Rio Formiga.

Ressalva a possibilidade de regularização fundiária da construção edificada pelo apelado, nos termos do art. 65 do Código Florestal Brasileiro, "podendo ele se ver livre do dever de demolir a sua obra caso obtenha a aprovação do projeto de regularização em procedimento de Reurb-E instaurado junto ao Município de Formiga, oportunidade em que deverá o recorrido demonstrar que manteve uma faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros no entorno da nascente d'água e seu respectivo curso d'água, bem como comprovar, por meio de estudo técnico, a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior à edificação".

Na hipótese de se concluir pela manutenção da edificação no local da APP, assinala que o requerido deverá ser compelido a pagar uma quantia monetária em razão dos danos suportados pelo meio ambiente, notadamente porque a construção amplia a possibilidade de seca das nascentes, o que tem o potencial de prejudicar o abastecimento de água em todo o Município de Formiga.

Desta forma, pede o provimento do recurso a fim de que a sentença seja reformada, julgando-se procedente o pedido inaugural, para condenar o apelado Fernando Reis Silva Lopes a demolir as edificações realizadas no lote de nº 19 da quadra 22 do bairro Novo Horizonte, no Município de Formiga, além de promover a recuperação ambiental integral da Área de Preservação Permanente referente à nascente d'água, ressalvado o disposto no art. 65 do Código Florestal. Em caráter subsidiário, propugna pela condenação do requerido a pagar indenização, referente ao dano suportado pelo meio ambiente em decorrência da intervenção irregular, quantificada em R$7.512,17 (sete mil reais, quinhentos e doze reais e dezessete centavos) e que deverá ser destinada ao Fundo Municipal de Defesa do Meio Ambiente de Formiga.

Contrarrazões às f. 140/155, batendo o recorrido pelo desprovimento da apelação aos fundamentos centrais de que: o imóvel se localiza em área antrópica consolidada há anos, sendo que o loteamento foi aprovado no ano de 1981; "nenhum efeito surtirá ao meio ambiente a retirada de apenas uma edificação isolada, haja vista que o entorno do local está todo edificado"; as medidas mitigadoras apresentadas ao Codema foram devidamente aceitadas e cumpridas por parte do requerido; conforme assinalado pela testemunha ouvida em Juízo; o desfazimento da obra é que poderá dar ensejo à alteração do meio ambiente; a demolição pretendida pelo Ministério Público, além de contrariar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, fere os direitos de propriedade e de moradia; não há dano ambiental a justificar a indenização pleiteada, posto que as medidas compensatórias já foram devidamente satisfeitas.

O feito foi distribuído à minha relatoria, sendo que nos termos do despacho de f. 160 foi ordenada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

A douta PGJ ofereceu parecer às f. 161/162, de lavra do ilustre Procurado de Justiça, Dr. Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso.

Nos moldes do despacho de f. 164/166, as partes foram instadas para se manifestar sobre o possível decote de ofício da verba honorária sucumbencial, tendo o apelado se mantido silente (f. 168) e a

Procuradoria-Geral de Justiça propugnado expressamente pelo decote da condenação do *Parquet* ao pagamento de honorários na hipótese de desprovimento da apelação (f. 168-v).

Depois disso, os autos retornaram conclusos. É o sucinto relatório.

Inicialmente, procede-se ao exame do cabimento da remessa necessária.

Cabimento da remessa oficial.

Inicialmente, cumpre destacar que o posicionamento pessoal desta Relatora se orienta no sentido de que, em se tratando de sentença de improcedência proferida no âmbito de ação civil pública, reputa-se cabível a remessa necessária por aplicação analógica do disposto no art. 19 da Lei da Ação Popular.

Neste contexto, convém observar que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já assentou que a remessa necessária tem lugar em relação a todas as ACP's julgadas improcedentes, consoante registrado no julgamento do REsp n° 1.108.542/SC, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira e que foi, inclusive, expressamente citado pelo Juízo Singular.

Por ser pertinente, confira-se a análise realizada pelo culto Relator naquele aresto:

> [...] Isto porque a primeira parte do dispositivo legal em tela ("A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal"), embora refira-se imediatamente à ação popular, tem seu âmbito de aplicação estendido às ações civis públicas diante das funções assemelhadas a que se destinam - proteção do patrimônio público em sentido lato - e do microssistema processual da tutela coletiva, de maneira que as sentenças de improcedência devem se sujeitar indistintamente à remessa necessária. Neste diapasão, ensinam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: "É de ressaltar que a sentença de improcedência, quando proposta a demanda pelo ente de direito público lesado, reclama a incidência do art. 475 do CPC, sujeitando-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição. O mesmo ocorrerá quando proposta a ação pelo Ministério Público ou pelas associações, incidindo, agora, a regra do art. 19 da Lei da Ação Popular, uma vez que, por agirem os legitimados em defesa do patrimônio público, é possível entender que a sentença, na hipótese, foi proferida 'contra' a União, o Estado ou o Município, mesmo que tais entes tenham contestado o pedido inicial" (art. 17, § 3º, da Lei n° 8.429/92 c.c. art. 6º, § 3º, da Lei n° 4.717/65) (*Improbidade Administrativa*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 858). Ademais, não pairam dúvidas acerca da possibilidade de utilização da lei de regência da ação popular (Lei n° 4.717/65) como fonte do microssistema processual de tutela coletiva, prevalecendo, inclusive, sobre disposições gerais do Código de Processo Civil, como vaticina Rodrigo Mazzei, professor da UFES: "De acordo com nossa posição, apesar da grande importância do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, os dispositivos da Lei de Ação Popular (e os constantes das demais normas com vocação coletiva) poderão ser aproveitados em todo o microssistema coletivo, naquilo que for útil à efetivação da tutela de massa. Obviamente, deverá o intérprete aferir - em concreto - a eventual incompatibilidade e a especificidade de cada norma coletiva em relação aos demais diplomas, já que as leis que formam esse conjunto de regulação ímpar, sem exceção, interpenetram-se e subsidiam-se de forma harmônica, em especial no que concerne ao processo coletivo, em razão da dicção individual do Código de Processo Civil" (Mazzei, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. *In*: Didier Jr., Fredie *et al*, (org.). *Tutela*

> *jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 384). Portanto, dada a ausência de dispositivo na Lei da Ação Civil Pública (Lei n° 7.347/85) versando sobre a remessa oficial, deve-se, prioritariamente, buscar norma de integração dentro do microssistema processual da tutela coletiva, o que confirma como legítima a aplicação por analogia do art. 19 da Lei n° 4.717/65. A título de reforço, excerto pinçado do parecer ministerial firmado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. José Eduardo de Santana: "Todavia, deve ser reformado o acórdão recorrido, a fim de que a remessa oficial seja apreciada. Com efeito, não há falar-se em aplicação do art. 475, § 2º, do CPC, no âmbito da ação civil pública. Ao revés, na ausência de regulamentação da matéria pela Lei n° 7.347/85, deve ser observado o disposto no art. 19 da Lei n° 4.717/65, que regula a ação popular, haja vista a semelhança entre as finalidades de ambas" (f. 564). Ficam, assim, prejudicadas as arguições de ofensa aos arts. 475, § 2º, e 535 do CPC. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial [...] (REsp n° 1108542/SC, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 19.05.2009, *DJe* de 29.05.2009)

A despeito disso, prepondera nesta egrégia 8ª Câmara Cível a compreensão de que o entendimento do STJ de ser possível a aplicação analógica da Lei de Ação Popular para fins de submissão da sentença ao duplo grau de jurisdição restringe-se às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa (o que atualmente está em discussão no âmbito do Tribunal da Cidadania, conforme Tema de n° 1.042), não alcançando as ações civis públicas de modo indistinto.

Portanto, em atenção ao princípio da colegialidade e seguindo os mesmos parâmetros adotados em outros três acórdãos no qual funcionei como Relatora (Apelação Cível n° 1.0175.16.000489-1/001; Remessa Necessária-Cv n° 1.0486.14.002966-2/001 e Remessa Necessária-Cv n° 1.0342.13.009715-3/001), entende-se pela impossibilidade de se conhecer da remessa necessária no presente caso.

Como se não bastasse, oportuno dizer que a matéria será amplamente debatida perante este Tribunal em virtude da apelação interposta pelo Ministério Público, não se vislumbrando, assim, qualquer prejuízo à defesa do meio ambiente.

Logo, com tais fundamentos, não conheço da remessa necessária.

Noutro giro, conheço do recurso ministerial, eis que satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos da sua admissibilidade.

E não havendo questões preliminares, passa-se ao mérito recursal.

Mérito.

Infere-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil pública contra Fernando Reis Silva Lopes, narrando, em suma, que o requerido realizou intervenção ilegal na APP de uma nascente mediante a construção de uma edificação residencial no imóvel localizado no lote 19, da quadra 22, da Rua Abner Duarte, no Bairro Novo Horizonte, no Município de Formiga.

Desta forma, após regular processo, requereu o *Parquet* o julgamento de procedência da ação para condenar o demandado às obrigações de demolir a edificação, recuperar a Área de Preservação Permanente e de pagar indenização pelos danos ambientais descritos na inicial.

Após a regular tramitação processual, que contou com a apresentação defesa e colheita da prova oral, o MM. Juízo Singular entendeu pela improcedência do pedido inaugural, do que discorda a parte autora, consoante argumentos reproduzidos no relatório.

Em tal cenário e após análise cautelosa dos autos, antecipa-se que a pretensão delineada pelo apelante merece prosperar.

Consabido que compete ao Poder Público e à coletividade os deveres de proteger e preservar o meio ambiente, nos moldes do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Neste contexto, uma das modalidades protetivas instituídas pelo Código Florestal envolve as Áreas de Preservação Permanente (APP's), que segundo expressa dicção legal, compreendem as áreas protegidas, cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (art. 3º, inciso II, da Lei Federal de n° 12.651/2012).

E em se tratando das áreas ao entorno de nascentes, o Código Florestal alicerça que compreendem APP, qualquer que seja a sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros (art. 4º, inciso IV, da Lei Federal de n° 12.651/2012).

Por conseguinte, pautando-se na necessidade de se resguardar o equilíbrio do meio ambiente, o legislador federal estabeleceu limitações mais gravosas no que concerne ao exercício do direito de propriedade nas APP's, assinalando que a intervenção ou supressão de vegetação nativa em tais áreas só poderia ocorrer nos casos de utilidade pública, interesse social ou do desenvolvimento de atividade de baixo impacto ambiental, não havendo, ademais, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões além das hipóteses taxativamente delineadas na Lei Federal de n° 12.651/2012.

A esse respeito, confira-se o disposto no art. 8º do indigitado diploma normativo:

> Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.
>
> § 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.
>
> § 2º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do *caput* do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.
>
> § 3º É dispensada a autorização do órgão ambiental competente para a execução, em caráter de urgência, de atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas.

> § 4º Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei.
>
> Art. 9º É permitido o acesso de pessoas e animais às Áreas de Preservação Permanente para obtenção de água e para realização de atividades de baixo impacto ambiental.

Entretanto, as normas do Código Florestal, valendo-se de um critério temporal pré-definido e com a finalidade de materializar as garantias da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito, consagrou o instituto da ocupação antrópica consolidada, de modo a permitir a manutenção das edificações e benfeitorias construídas em Áreas de Preservação Permanente até a data de 22.07.2008, nos moldes do art. 7º, § 3º, do Estatuto Florestal:

> Art. 7º A vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado.
>
> § 1º Tendo ocorrido supressão de vegetação situada em Área de Preservação Permanente, o proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título é obrigado a promover a recomposição da vegetação, ressalvados os usos autorizados previstos nesta Lei.
>
> § 2º A obrigação prevista no § 1º tem natureza real e é transmitida ao sucessor no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.
>
> § 3º No caso de supressão não autorizada de vegetação realizada após 22 de julho de 2008, é vedada a concessão de novas autorizações de supressão de vegetação enquanto não cumpridas as obrigações previstas no § 1º.

Aliás, cumpre ressaltar que as diretrizes em questão também foram reproduzidas no âmbito do Estado de Minas Gerais, consoante previsto no art. 11 da Lei Estadual de n° 20.922/2013.

Traçadas tais premissas, denota-se que os documentos colacionados aos autos, notadamente o relatório de visita ambiental (f. 03 dos autos do inquérito civil em apenso), o croqui do terreno (f. 14 dos autos do ic), o boletim de ocorrência de n° REDS 2015-022042147-001 (f. 34/37 dos autos do IC) e a perícia técnica subscrita pela arquiteta e urbanista, Sr.ª Deborah Augusta Amaral e Castro (f. 66/85 dos autos do IC) comprovam à saciedade que o requerido construiu edificação residencial dentro do raio de 50 (cinquenta) metros de uma nascente, invadindo, assim, Área de Preservação Permanente.

Semelhantemente, a documentação e fotografia de f. 74/75 dos autos apensados ratifica que o local da construção dispunha de vegetação arbórea e arbustiva, a qual foi suprimida pelo proprietário, ora recorrido.

Noutro giro, é apropriado observar que a edificação em questão foi iniciada e finalizada pelo apelado (nota-se que a fotografia juntada à f. 69 dos autos do IC aponta que a obra está em fase de acabamento na data de 12.06.2017, com muros e equipamento medidor de energia elétrica instalado) sem a obtenção de licença para construir, conforme admitido na declaração de f. 50 dos autos do

inquérito civil apensado, e sem o cumprimento do que foi definido pelo Conselho Municipal de Conservação e Defesa do Meio Ambiente (Codema) de Formiga.

Embora o órgão de fiscalização municipal tenha anuído com as medidas compensatórias oferecidas pelo particular (doação de mudas e realização de plantio de espécies frutíferas e/ou nativas nas margens do córrego - f. 10 dos autos do IC em apenso), a ata da reunião do Codema de Formiga de n° 04/2015 (f. 16/19) foi clara ao explicitar que o empreendimento seria aprovado com a ressalva de que o requerente comparecesse ao Ministério Público para celebrar um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), efetuando o pagamento da compensação que seria fixada pelo *Parquet*.

Confira-se:

> [...] 1º Processo: Fernando Reis Silva Lopes - Aprovado com a ressalva de que o requerente compareça ao Ministério Público do Meio Ambiente desta Comarca, onde será celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com pagamento de compensação a ser fixada pelo MP. Foram aceitas as medidas mitigadoras propostas pelo requerente, devendo o mesmo, além delas, não impermeabilizar a área remanescente de 85 (oitenta e cinco) m² e não avançar para dentro da área não loteada, por onde passa o curso d'água e onde se situa a nascente. Como compensação imposta por este Conselho, o requerente deverá apresentar um projeto técnico, assinado por profissional habilitado, contendo o cercamento, limpeza da área e plantio de mudas adequadas ao local [...].

Neste norte, diferentemente da versão desenvolvida pelo apelado, vislumbra-se que as intervenções por ele realizadas não observaram a totalidade das condicionantes instituídas pelo órgão de fiscalização de ambiental, eis que a construção não poderia ser realizada sem o aval do Ministério Público.

Prosseguindo na análise do acervo probatório, evidencia-se que o laudo técnico que instrui o Inquérito Civil de n° MPMG 0261.15.000599-7 indica, de modo consistente, a necessidade de demolição do imóvel erigido pelo apelado, apontando que a sua manutenção produz danos de natureza ambiental e urbanístico.

E além dos problemas de supressão de vegetação e impermeabilização do solo, a consequência mais gravosa reside no aumento da probabilidade de a nascente próxima ao imóvel secar, o que reduziria a vazão do córrego contribuinte do Rio Formiga, principal corpo hídrico que abastece aquela Municipalidade.

A propósito, transcreve-se (f. 75/78 dos autos em apenso):

> [...] 3.0 Irregularidades em área de preservação permanente
>
> 3.1 Supressão da camada de vegetação
>
> A supressão da vegetação anterior à edificação retirou parte do potencial de infiltração de águas pluviais por parte do solo, na extensão de 50 (cinquenta) metros de raio, diminuindo a estabilidade do solo e a contribuição de águas subterrâneas ao curso d'água originário desta nascente. Esta área se encontra a menos de 20 (vinte) metros de distância da nascente, conforme se constata em croqui do terreno (com projeção do raio de proteção da APP) elaborado pelo engenheiro civil Rafael Leão da Silva Júnior - desenho constante nos autos do inquérito.

3.2 Construção de edificação

Além da supressão de vegetação, a área foi ocupada por edificação que impermeabilizou cerca de 50% (cinquenta por cento) da área total do lote (sem contabilizar a pavimentação da área externa e o perímetro do lote definido por muro de alvenaria). Como consequência primária é possível detectar decréscimo de extensão de área de infiltração, contribuintes das águas subterrâneas. Ao edificar o solo recebeu cargo da compressão, ocorrendo o aumento da densidade do solo e diminuindo a condutividade hidráulica que dificulta a recarga do aquífero e promove o escoamento superficial direto, ao invés da infiltração adequada.

3.0 Danos ambientais

3.1 Diminuição da área de proteção permanente reservada por lei federal, para proteção da nascente local.

3.2 Aumento do risco desta nascente secar e, por conseguinte, decréscimo da vazão do córrego contribuinte do Rio Formiga, principal corpo hídrico que abastece o Município (Ver Figura 07).

4.0 Danos urbanísticos

4.1 Impermeabilização de solo em área de macrodrenagem urbana.

Em longo prazo, a impermeabilização, permitida caso a caso, por meio de edificação que infringe a delimitação de áreas de preservação permanente em zonas urbanas, diminui a potencialidade de infiltração das águas pluviais por meio destas áreas ambientais, e impermeabilizam o solo, fazendo com que a vazão e a velocidade de escoamento superficial sejam maiores. Desse modo, em épocas de maior intensidade pluvial, a possibilidade de enchentes e assoreamentos as APP's aumenta consideravelmente e coloca em risco a população que imediatamente ocupa o local.

Há que se considerar que apenas uma propriedade não é condição de magnitude. Contudo, a permissão da ocupação, uma a uma, quantificam uma somatória de impacto social. Caso uma propriedade tenha permissão, as demais poderão obtê-la por meio de precedentes.

4.2 Aumento do risco de decréscimo de volume de água do Rio Formiga, caso a nascente em questão deixe de existir. O Córrego Água Vermelha, abastecido pela nascente é contribuinte direito do Rio Formiga, conforme exposto anteriormente. A extinção da nascente poderá diminuir a vazão hídrica deste córrego ao corpo hídrico principal que, por sua vez, já possui características sensíveis, com alto nível de poluição - qualidade da água - e recentemente passou por estado de calamidade chegando a ser insuficiente sua quantidade para supressão do abastecimento local. Esse contexto serve para verificar que, a cada imóvel construído na APP, a possibilidade de a nascente extinguir é uma projeção realista e factível.

4.3 Desvio da função social da propriedade urbana, com exercício de sobreposição do interesse individual em detrimento do direito da coletividade ao bem-estar e ao desenvolvimento urbano focado na premissa de sustentabilidade que, por sua vez, se utiliza da prerrogativa de manter o nível de qualidade e quantidade dos recursos naturais às gerações atuais e futuras. Não houve interesse social.

A ocupação de áreas de preservação permanente delimitadoras de recursos hídricos, que não sejam de interesse social ou de utilidade pública induzem ao mau uso destes recursos naturais, com degradação das áreas verdes urbanas, e prejuízo da qualidade da água, bem comunitário e de necessidade básica para a sobrevivência humana. [...].

Neste aspecto, é de bom tom observar que tais repercussões negativas, sobretudo no que concerne à possível diminuição de volume hídrico no Rio Formiga, sequer foram infirmadas no relatório técnico de f. 36/45 ou pela testemunha ouvida em Juízo.

Noutro giro, a prova pericial produzida nos autos do IC também afastou, de forma técnica, a assertiva de que o cumprimento do Projeto de Revitalização e Recuperação de Nascente Urbana, encartado às f. 24/32 dos autos apensados, seria suficiente para compensar os danos ambientais gerados pela construção, mormente porque este não contemplou embasamento técnico a respeito do fato de que a reconstituição da vegetação exigiria a preservação específica do potencial hídrico da região, cuja perda seria inestimável.

Confira-se (f. 78/81 dos autos apensados):

> [...] 5.0 Considerações e apontamentos
>
> 5.1 Considerações
>
> 5.1.1 Inconsistência do Projeto de Revitalização e Recuperação de nascente urbana, elaborado por contratação do proprietário. Tal projeto visou apenas inserir algumas mudas e reservar uma faixa permeável de cerca de 23% (vinte e três por cento), sem considerar as tantas variáveis e aspectos norteadores, tais como:
>
> a) A preocupação em recuperação de nascentes deve ser estudada, de forma específica, a natureza da nascente e seu comportamento hidrológico, associando-os aos tipos de usos do solo atuais e verificando, assim, as condições de recargas desta nascente;
>
> b) A vegetação a ser recuperada ou substituída não deve apenas se assemelhar às espécies locais, mas também terem comportamento adequado para a contribuição da infiltração da vazão pluviométrica, bem como menor perda de água por evapotranspiração;
>
> c) Caso a nascente tenha secado, alguns outros critérios deverão ser adotados, com interferência direta do homem.
>
> A elaboração deste tipo de documento exige um estudo amplo, interdisciplinar e mais aprofundado, necessitando de profissionais da área da biologia, da engenharia ambiental e/ou agronomia. Não foram detectados no presente documento, a condição atual da nascente, nem sua formação.
>
> 5.1.2 Os casos de invasão de APP não podem ser tratados com medidas compensatórias, pois abrem precedentes para os demais proprietários repetirem tal infração e crime ambiental. Exemplo disto é a construção de outro imóvel, também dentro do raio mínimo de 50,0m (cinquenta metros), localizado ao lado do imóvel nº 650, conforme demonstra Figuras 08 a 10. É necessário reverter a situação e informar de modo educativo às populações que, em sua ignorância legal, desconhecem a importância de área de preservação permanente e suas restrições quanto à ocupação e uso. O simples plantio de mudas não irá reverter os danos causados pela ocupação, nem irá mitigá-los.
>
> 5.2 Apontamentos:
>
> 5.2.1 A gradual perda de área de preservação permanente ao redor da nascente, não há como ser compensada. A extinção de uma nascente não pode ser indenizada. Qualquer valor ou penalidade que não seja voltada à recuperação da situação anterior não irá acarretar em manutenção ou melhorias da qualidade de vida socioambiental local. [...].

Às luzes de tais fundamentos, entende-se que o pleito demolitório merece subsistir, não soando legítimo tampouco justo que o judiciário chancele a construção irregularmente erigida pelo apelado que, além de confrontar a legislação ambiental, deixou de observar a condicionante exposta pelo Codema de Formiga (formalização de TAC junto ao Ministério Público) e que tem o potencial de prejudicar a disponibilidade de recursos hídricos naquela Municipalidade, atentando contra os direitos e interesses das gerações presentes e futuras.

Neste particular, não obstante o pedido de demolição de imóvel construído irregularmente exija uma análise meticulosa, porquanto não se despreza que tal providência redunda em consequências sensíveis, tanto no que diz respeito ao direito de propriedade quanto ao direito de moradia, convém lembrar que estes não ostentam caráter absoluto, sendo inviável que os interesses particulares, *in casu*, sejam privilegiados em detrimento da proteção do meio ambiente, cuja salvaguarda compete a toda coletividade.

Do mesmo teor, assim já se pronunciou esta egrégia 8ª Câmara Cível em julgamento estendido, cuja relatoria coube ao ilustre Des. Fábio Torres de Sousa (Juiz de Direito convocado):

> Apelação cível. Ação civil pública. Preliminares de denunciação à lide e cerceamento de defesa rejeitadas. Construção de imóvel em área de preservação permanente. Demolição. Possibilidade. Inexistência de ocupação antrópica consolidada. Sentença mantida. A denunciação da lide é a forma de trazer alguém ao processo em razão de eventual direito resultante de evicção, bem como em razão de garantia prestada ou de direito regressivo existente em face dessa pessoa. Evidencia-se que no âmbito da ação civil pública ambiental, descabe cogitar a denunciação da lide da municipalidade, tendo em vista que a requerida seria a causadora do dano, em virtude de ter edificado residência de dois pavimentos em área de preservação permanente. O magistrado tem liberdade de apreciar as provas de acordo com o seu livre convencimento motivado. Se a prova juntada na inicial esclarece os fatos, não há que se falar em cerceamento de defesa. Tendo sido constatado nos autos que a construção não se trata de intervenção antrópica consolidada e que se encontra em área de preservação permanente, conforme auto de infração juntado aos autos, é cabível a ordem de demolição e retirada de toda e qualquer cultura, obra ou construção existente à faixa marginal de 30 (trinta) metros a partir do nível do rio, bem como recompor a cobertura florestal da área de preservação permanente e, ainda, apresentar plano de recuperação da área degradada (PRAD) apresentar o plano de regularização, nos moldes determinados pelo r. Juízo primevo. Recurso conhecido e não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0335.17.002516-7/001, Rel. Des. Fábio Torres de Sousa (Juiz de Direito convocado), 8ª Câmara Cível, j. em 06.06.2019, p. da súmula em 17.06.2019).

E diversamente do que constou na sentença e é defendido pelo apelado, nota-se que a edificação, objeto da demanda, não se trata de ocupação antrópica consolidada, sendo relevante anotar que o acórdão mencionado pelo recorrido tem contornos nitidamente distintos em comparação com o julgado mencionado pelo apelante em sede de contrarrazões (TJMG - Apelação Cível nº 1.0261.14.006361-9/001, Rel. Des. Gilson Soares Lemes, 8ª Câmara Cível, j. em 14.11.2018, p. da súmula em 14.12.2018). A despeito de o acórdão indicado pelo recorrido e proferido no âmbito desta egrégia 8ª Câmara Cível ter natureza persuasiva, cabe anotar que naquela hipótese foi demonstrado que as obras foram construídas em 29.07.2010, ou seja, antes mesmo da vigência do

Código Florestal de 2012, e que havia laudo do IEF indicando se tratar de área de ocupação antrópica consolidada, havendo clara distinção em relação ao caso em comento.

Neste sentido, a despeito da informação de que o imóvel construído pelo apelado está localizado em loteamento aprovado pelo Poder Público Municipal em 13 de outubro de 1981, conforme apontado no parecer técnico subscrito pelo engenheiro civil e ambiental contratado pelo recorrido (f. 35/39) e ratificado por aquele em Juízo (a partir dos 6min20s da mídia audiovisual referente à AIJ), o fato é que as obras descritas na exordial foram inauguradas apenas no ano de 2015, ou seja, mais de 06 (seis) anos após o exaurimento do limite temporal preconizado no art. 7º, § 3º, do Código Florestal em vigor.

Em igual medida, a circunstância de existirem outras construções porventura ilegais ao redor do imóvel citado na peça de ingresso não rechaça nem minimiza a irregularidade cometida pelo apelado, devendo possíveis ilicitudes praticadas por terceiros ser objeto de apuração e solução nas vias competentes.

E perfilhar raciocínio diverso implica em estimular a ilegalidade e impunidade, pois, conforme bem sinalizado pelo apelante, só se prestaria a incentivar que outros proprietários realizassem construções irregulares em Área de Preservação Permanente, em desacordo com as normas ambientais e independentemente de autorização expressa do Poder Público.

Nesta esteira, não se julga adequado concordar com o fundamento abraçado na origem de que a demolição do bem construído pelo apelado seria insuficiente para recomposição ambiental da região demarcada na inicial, mormente porque cada construção recente e ilegal contribui para a modificação das condições ambientais, produzindo, de forma escalonada, impacto de grande monta.

Ademais, constata-se ser possível que os outros imóveis situados no entorno da nascente tenham sido construídos e finalizados até a data de 22.07.2008, sendo que em tais casos - o que se reitere, não ocorre na espécie - haveria intervenções irregulares, mas excepcionalmente legitimadas pelo arcabouço normativo-ambiental.

Em relação ao prazo para cumprimento da medida, entende-se adequada a sua fixação em 90 (noventa) dias a partir do trânsito em julgado, cumprindo observar, ademais, que já decorreram mais de 03 (três) anos da propositura da demanda.

Entretanto, conforme bem assinalado nas razões recursais, ressalva-se que a necessidade de demolição do bem poderá ser ilidida caso o proprietário, nos termos do art. 65 do Código Florestal em vigor, obtenha a aprovação do projeto de regularização em procedimento de Reurb-E instaurado junto ao Município de Formiga, oportunidade em que deverá o recorrido demonstrar que manteve uma faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros no entorno da nascente d'água e seu respectivo curso d'água, bem como comprovar, por meio de estudo técnico, a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior à edificação, *in verbis*:

> Art. 65. Na Reurb-E dos núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização fundiária será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana.
>
> § 1º O processo de regularização fundiária de interesse específico deverá incluir estudo técnico que demonstre a melhoria das condições ambientais em relação à situação anterior e ser instruído com os seguintes elementos:
>
> I - a caracterização físico-ambiental, social, cultural e econômica da área;
>
> II - a identificação dos recursos ambientais, dos passivos e fragilidades ambientais e das restrições e potencialidades da área;
>
> III - a especificação e a avaliação dos sistemas de infraestrutura urbana e de saneamento básico implantados, outros serviços e equipamentos públicos;
>
> IV - a identificação das unidades de conservação e das áreas de proteção de mananciais na área de influência direta da ocupação, sejam elas águas superficiais ou subterrâneas;
>
> V - a especificação da ocupação consolidada existente na área;
>
> VI - a identificação das áreas consideradas de risco de inundações e de movimentos de massa rochosa, tais como deslizamento, queda e rolamento de blocos, corrida de lama e outras definidas como de risco geotécnico;
>
> VII - a indicação das faixas ou áreas em que devem ser resguardadas as características típicas da Área de Preservação Permanente com a devida proposta de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização;
>
> VIII - a avaliação dos riscos ambientais;
>
> IX - a comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e de habitabilidade dos moradores a partir da regularização; e
>
> X - a demonstração de garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos d'água, quando couber.
>
> § 2º Para fins da regularização ambiental prevista no *caput*, ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, será mantida faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado.
>
> § 3º Em áreas urbanas tombadas como patrimônio histórico e cultural, a faixa não edificável de que trata o § 2º poderá ser redefinida de maneira a atender aos parâmetros do ato do tombamento. (destacou-se).

Noutro giro, a obrigação de recomposição da APP degradada também merece acolhimento.

Ocorre que a prova técnica que instruiu os autos do IC em apenso alicerça a supressão ilegal de vegetação e os danos ambientais gerados ao entorno da nascente, cabendo ao infrator restaurar as condições ambientais pretéritas na forma delineada na exordial, em consonância com a obrigação legal imposta pelo art. 14, § 1º, da Lei Federal de nº 6.938/1981:

> Art.14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

> I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.
>
> II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;
>
> III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;
>
> IV - à suspensão de sua atividade.
>
> § 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Aliás, é interessante frisar que a medida demolitória poderá resultar em irradiação de mais resíduos, tal como assentado pela testemunha ouvida em Juízo (a partir dos 10min40s da mídia audiovisual referente à AIJ), cabendo ao responsável pela edificação irregular adotar todas as providências necessárias para regularização do meio ambiente lesado, aí incluída a necessidade de regeneração da capacidade hídrica da nascente descrita na exordial.

Em caso similar, já se pronunciou a respeitável 3ª Câmara Cível deste TJMG:

> Apelação. Dano ambiental. Intervenção em APP de nascente. Dano ambiental demonstrado. Recuperação da área. Necessidade. Ficando patente o fato de que os apelantes produziram intervenção irregular em área de preservação permanente de nascente, área que em seguida, sem regular autorização, foi queimada com a finalidade de produzir pastagem, não fica dúvida sobre a responsabilidade solidária e obtiva de todos os participantes pela recomposição. Não fosse a confissão dos apelantes pela intervenção, a recuperação de área degradada está submetida a aprovação de Plano de Recuperação de Área Degrada (PRAD), nos órgãos ambientais competentes, não sendo laudo técnico particular consistente com as medidas necessárias se não forem eles aprovados. Não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0080.09.017234-9/001, Rel. Des. Judimar Biber, 3ª Câmara Cível, j. em 18.05.2017, p. da súmula em 04.07.2017).

Por derradeiro, registra-se que a pretensão subsidiária de imposição do dever de indenizar ao apelado restou prejudicada diante do acolhimento dos pedidos principais formulados em sede de apelação, não havendo, é de se dizer, prova de que a área degradada seja impassível de plena restauração.

Logo, com base em tais fundamentos, entende-se pelo provimento do recurso ministerial, sendo que, conforme registrado no despacho de f. 164/166, reputa-se incabível a condenação do requerido ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais em benefício do *Parquet*.

Conclusão.

Assim, diante do exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença hostilizada, julgar parcialmente procedente o pedido inicial, condenando o requerido/apelado Fernando Reis Silva Lopes a: I) demolir a edificação irregularmente construída no lote de nº 19 da quadra 22 do bairro Novo Horizonte, no Município de Formiga, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar do trânsito em julgado, o que só poderá ser elidido na hipótese de obtenção de regularização fundiária na forma descrita na fundamentação; b) recuperar a Área de Preservação Permanente degradada, devendo, no prazo de 120 (cento e vinte) dias após o trânsito em julgado, apresentar Projeto Técnico de Recuperação Florestal (PTRF), com cronograma de execução com prazo máximo de 1 (um) ano, elaborado por profissional com anotação de responsabilidade técnica, comprovando, ao final, o seu cumprimento na forma estabelecida.

Diante da modificação do julgado, as custas ficam a cargo do requerido, observada a suspensão de exigibilidade prevista no art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que lhe defiro os benefícios da gratuidade da justiça. Ressalte-se que inexistem elementos aptos a desconstituir a declaração de hipossuficiência financeira constante à ordem 34, não havendo demonstração de que o apelado tenha condições de arcar com as custas e demais despesas processuais sem prejuízo da sua subsistência e de sua família.

Incabível a condenação em honorários advocatícios na espécie, pois ausente má-fé das partes a justificar o afastamento da regra definida no art. 18 da Lei Federal de nº 7.347/1985, não podendo o *Parquet*, ademais, receber verba honorária a qualquer título e sob qualquer pretexto por força da Constituição (art. 128, II, *a*, da CRFB/1988).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador Carlos Roberto de Faria e o Juiz de Direito convocado Fábio Torres de Sousa.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA REMESSA NECESSÁRIA E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação monitória - Intimação para juntada de contrato - Inércia - Preclusão temporal - Recurso desprovido.

- A inércia da parte em colacionar aos autos a prova escrita indispensável à instrução da ação monitória deduzida em juízo, acarreta a incidência da preclusão temporal, nos termos do art. 507 do Código de Processo Civil.

- Não deve ser admitido contrato juntado tão somente em sede de apelação, por não se tratar de prova nova, conforme preconiza o art. 435, parágrafo único, da Lei processual em vigor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0382.16.014941-7/003 - Comarca de Lavras - Apelante: Banco do Brasil S.A. - Apelados: André Luiz Chaves, Estacionamento Total Multimarcas - ME e André Luiz Chaves. Relator: DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO.

Acórdão

Acorda esta 13ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 06 de maio de 2021. - *Newton Teixeira Carvalho* - Relator.

Voto

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Banco do Brasil S.A. diante da sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarcar de Lavras, que, no bojo da Ação Monitória, ajuizada em face de Estacionamento Total Multimarcas - ME e André Luiz Chaves, julgou extinto o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Ao final, condenou a instituição financeira apelante ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico da causa.

Em suas razões recursais (f. 137-162), o banco, parte apelante, pleiteia a reforma da sentença argumentando, em síntese, a necessidade de intimação da parte para emendar a petição inicial, antes do julgamento do feito.

Além disso, requer a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas ao presente caso, a fim de que seja considerada a juntada do contrato de abertura de crédito em sede de apelação, com o regular prosseguimento da ação monitória.

Em sede de contrarrazões (f. 171-174), a parte apelada manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Intimada a se manifestar sobre o interesse recursal (f. 181), a instituição financeira apelante peticionou reiterando o conhecimento e provimento do recurso interposto (f. 183).

Informações prestadas pelo Juízo *a quo*, mantendo a sentença proferida, nos termos do art. 485, § 7º, do Código de Processo Civil.

Autos distribuídos em 23.01.2020, conclusos em 01.03.2021. Voto proferido em 18.03.2021.

É o relatório. Decidimos.

Conhecemos do recurso, visto que próprio e tempestivo, restando preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

Sustentou a instituição apelante que o julgador de primeira instância não teria observado rito processual no que tange à extinção do feito, por deixar de intimar previamente a parte para emendar a petição inicial.

Contudo, do contexto dos autos verifica-se que melhor razão não lhe assiste.

Com efeito, o despacho de f. 93 atesta que, muito embora o banco apelante tenha sido intimado a colacionar o contrato de abertura de crédito mencionado na petição inicial, a instituição financeira permaneceu inerte, conforme certidão de decurso de prazo de f. 105-v, acarretando a preclusão do ato, nos termos do art. 507 do Código de Processo Civil:

"Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão".

Sobre o tema, veja-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste eg. Tribunal:

> Processo civil. Agravo regimental. Intimação para produção de provas. Inércia das partes. Inocorrência de cerceamento de defesa. 1 - O requerimento de provas divide-se em duas fases: (i) protesto genérico para futura especificação probatória (CPC, art. 282, VI); (ii) após eventual contestação, quando intimada a parte para a especificação das provas, que será guiada pelos pontos controvertidos na defesa (CPC, art. 324). 2 - Não obstante o requerimento tenha-se dado por ocasião da petição inicial ou da contestação, entende-se precluso o direito à prova, na hipótese de a parte omitir-se quando intimada para sua especificação. Precedentes. 3 - Agravo regimental não provido, com aplicação de multa (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.176.094/RS, 4ª T/STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* de 15.06.2012).
>
> Apelação cível. Ação monitória. Contrato de crédito fixo. Cerceamento de defesa. Prova pericial. Ausência de retificação na fase de especificação de provas. Desistência tácita. Falta de interesse de agir. Recuperação judicial. Deferimento do processamento. Novação. Não ocorrência. Comissão de permanência. Legalidade. Juros capitalizados. Previsão expressa no contrato. - A inércia das partes em especificar e justificar as provas que pretendem produzir, quando intimadas para tanto, implica em reconhecer que desistiram da produção daquelas provas que indicaram na inicial e na peça de defesa. Neste cenário, diante da desistência tática, conclui-se pela preclusão na produção da aludida prova, considerando que a parte não reitera a pretensão de produzi-la quando instada para tanto, de modo que não há falar em cerceamento de defesa. - Seja porque não demonstrado que o plano de recuperação judicial tenha sido aprovado, seja porque não há sequer comprovação de que o crédito aqui perseguido nele esteja relacionado, não há falar em falta de interesse de agir. - Quanto à comissão de permanência, necessário atentar para o que restou decidido pelo STJ no Recurso Especial nº 1.058.114/RS, julgado sob a ótica de recurso repetitivo, que afastou o entendimento até então sufragado pela Súmula nº 294 da mesma Corte e fixou o

> entendimento de que tal encargo não está mais limitado apenas à taxa de juros pactuada para o período de normalidade, mas, sim, à soma dos juros remuneratórios, juros moratórios e multa contratados - No julgamento do REsp nº 973.827/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, restou decidido que nos contratos firmados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória nº 1.963-17, admite-se a capitalização dos juros em periodicidade inferior a um ano, desde que pactuada de forma clara e expressa, assim considerada quando prevista a taxa de juros anual em percentual doze vezes maior do que a mensal (Apelação Cível n° 1.0000.18.124329-6/001, Rel. Des.ª Juliana Campos Horta, 12ª Câmara Cível, j. em 28.11.2018, *DJe* de 30.11.2018).

Constata-se ainda que, ato contínuo à certidão de decurso de prazo, o banco recorrente manifestou expressamente pelo julgamento antecipado da lide, conforme se extrai da petição de f. 107.

Diante desse cenário processual, é incabível o recebimento do aludido contrato juntado pela instituição financeira, tão somente em sede de apelação, sem qualquer motivo justificável.

Portanto, concluo pela sua inadmissão, por não se tratar de documento novo, tampouco estar inserido nas hipóteses do art. 435, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

> Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.
>
> Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.

Nesse sentido, não há que se falar em aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, consubstanciado nos arts. 188 e 277 do CPC, na medida em que, no presente caso, não se trata de simples formalidade, mas ônus de provar devidamente o fato constitutivo do direito alegado e obediência ao devido processo legal, que estabelece o dever da parte de instruir a petição inicial com os documentos destinados a provar suas alegações (art. 434 do CPC).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto, mantendo inalterada a sentença de primeira instância.

Tendo em vista o desprovimento do recurso, majoro a condenação dos honorários advocatícios fixados pelo Juízo *a quo* para 15% (quinze por cento) sobre o proveito econômico da causa, nos termos do art. 85, § 11º, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Alberto Henrique e Rogério Medeiros.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de regresso ajuizada por seguradora em face dos causadores do acidente - Primeira apelação não conhecida - Falta de regularização da representação processual e de preparo - Culpa pelo evento danoso - Ingresso em via sem a atenção necessária - Desconto do valor da franquia - Juros do evento danoso.

- O primeiro apelante foi intimado para regularizar a representação processual mediante a juntada de procuração e para efetuar o preparo recursal.

- No entanto, mantendo-se inerte, o recurso não merece ser conhecido. Súmula 188, do STF: "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que pagou, até o limite previsto no contrato de seguro."

- Reconhecido o direito de regresso, faz-se necessário verificar a responsabilidade civil pelo acidente de trânsito, perquirindo a qual dos veículos participantes do abalroamento recai a culpa pela ocorrência do acidente, de maneira que tão somente poderá ser acolhida a pretensão da autora na hipótese de estar configurada a culpa dos requeridos pelos danos ocasionados ao veículo segurado pela postulante.

- Dá causa ao acidente quem não atende ao disposto no art. 36, do Código de Trânsito Brasileiro: "Art. 36. O condutor que for ingressar numa via, procedente de um lote lindeiro a essa via, deverá dar preferência aos veículos e pedestres que por ela estejam transitando." Incabível o desconto do valor da franquia, uma vez que este é destinado à oficina que, por sua vez, já desconta do valor total devido pela seguradora.

- Em se tratando de ação regressiva ajuizada pela seguradora contra o causador do sinistro, em decorrência da sub-rogação, a responsabilidade resultante de ato ilícito é aquiliana, porquanto extracontratual.

- Assim, torna-se imperiosa a aplicação da Súmula 54 do STJ, a qual estabelece: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

Apelação Cível nº 1.0439.15.015483-9/001 - Comarca de Muriaé - 1º apelante: Ademar Camerino - 2º apelante: Selma dos Santos Azevedo Fernandes - apelado: Porto Seguro Cia de Seguros Gerais. – Relator: Des. Mota e Silva.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em acolher a preliminar de não conhecimento da primeira apelação e negar provimento à segunda apelação.

Belo Horizonte, 19 de maio de 2020. - *Mota e Silva*. – Relator.

Voto

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recursos de apelação, interpostos por Ademar Camerino e por Selma dos Santos Azevedo Fernandes, opondo-se à sentença de f. 218/221v., proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Muriaé, Vitor José Trócilo Neto, que julgou procedente o pedido inicial, formulado por Porto Seguro Companhia de Seguro Gerais, para condenar os requeridos, solidariamente, ao pagamento do importe de R$4.242,10 (quatro mil e duzentos e quarenta e dois reais e dez centavos), a título de indenização por danos materiais, referentes ao conserto do veículo segurado.

Incidência de correção monetária e juros de 1% (um por cento) a.m., a partir do efetivo desembolso (14.07.2009 - f. 37).

Por fim, condenou os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, mas suspensa a exigibilidade em relação à Selma, porque assistida pela Defensoria Pública.

1ª apelação, por Ademar Camerino, reitera a preliminar de ilegitimidade passiva e a reforma da sentença condenatória, sob o mesmo argumento, qual seja, de que é apenas o proprietário do veículo envolvido no acidente, não tendo participado do evento.

Ressalta que emprestou o veículo a Luiz Carlos, que, sem a autorização do proprietário, emprestou à Selma, sendo esta a causadora do acidente.

Requer a reforma da sentença para decotar a sua condenação ao pagamento de indenização - f. 224/226.

2ª apelação, por Selma dos Santos Azevedo Fernandes, alega que o autor não fez prova capaz de demonstrar a culpa da recorrente no acidente de trânsito.

Traz trechos de depoimentos de sua testemunha, ao asseverar que motorista conduzia vagarosamente o veículo e na esquina não havia placa.

Alega que o proprietário do veículo segurado, Claudemir, não pode declinar a dinâmica do acidente, por não se lembrar, considerando que o ocorrido deu-se há muito tempo. E diz que o Boletim de Ocorrência não revela prova robusta e irrefutável que sustente a sentença condenatória.

Requer, ainda, seja decotada a importância paga ao proprietário do veículo a título de franquia, no valor de R$555,00 (quinhentos e cinquenta e cinco reais), sob pena de locupletamento ilícito do autor.

Busca a incidência de juros a partir da citação, e não do desembolso, como constou em sentença.

Ao final, requer a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial e, subsidiariamente, o decote da importância paga a título de franquia (R$555,00) e a incidência de juros de mora a partir da citação - f. 228/238.

Contrarrazões apresentadas por Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais por às f. 240/247 e f. 248/254, em que suscita preliminar de não conhecimento do recurso interposto por Ademar Camerino, por deserção e, no mérito, pelo não provimento.

Quanto à apelação interposta por Selma dos Santos Azevedo Fernandes, também pugna pelo não provimento, enfrentando as razões recursais.

É a síntese do necessário. Passo a decidir.

Primeira apelação

O primeiro apelante foi intimado para regularizar a representação processual mediante a juntada de procuração e para efetuar o preparo recursal - f. 260. No entanto, manteve-se inerte, conforme certidão de f. 261.

Acrescento que o documento de f. 264/265 (comprovante e preparo) veio intempestivamente e nenhuma procuração foi juntada aos autos.

Assim, nos termo do art. 932, III, do CPC, acolho a preliminar de não conhecimento da primeira apelação porque não sanado o vício da representação processual e porque deserto o recurso, nos termos do nos termos do § 4º, do art. 1.007, c/c § 2º, I, do art. 76, do CPC.

Segunda apelação

Da culpa pelo evento danoso

Trata-se de ação ajuizada por Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, em face de Selma dos Santos Azevedo e de Ademar Camerino, a fim de receber a quantia que despendeu no pagamento do seguro do veículo de propriedade de Claudemir Carlos de Oliveira (R$4.242,10), avariado no acidente causado por Selma enquanto conduzia o veículo de propriedade de Ademar.

Assim, depreende-se que a parte autora pretende exercer o seu direito de regresso contra os réus, sob alegação de serem estes os supostos responsáveis pela indenização do dano advindo do acidente de trânsito envolvendo o veículo segurado pela postulante.

Conforme a lição de Ovídio A. Baptista da Silva:

> O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, no julgamento do AgIn 186.014.1563, considerou ser titular do direito de regresso aquele que, por lei ou por contrato, 'adimpliu uma obrigação e pode voltar-se contra terceiro, para deste receber, no todo ou em parte, o valor prestado'. O simples poder voltar-se contra o terceiro para haver deste o valor que prestara ainda não é pressuposto suficiente para caracterizar a ação

> de regresso. O decisivo é haver uma posição de sub-rogação nos direitos do credor, por parte de quem deva prestar, em nome do devedor, por força de lei ou contrato (SILVA, Ovídio A. Baptista da. Comentários ao Código de Processo Civil, RT, São Paulo, vol. I, 2000, p. 344/345).

Com efeito, decorre da lei (art. 786, do CC/2002) a sub-rogação da seguradora nos direitos do segurado contra o autor do dano: "Art. 786 - Paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano".

Ademais, a seguradora que arca com os gastos advindos dos prejuízos causados ao veículo segurado que tenha se envolvido em acidente de trânsito é considerada terceira interessada, nos termos do art. 985, III, do CC/02, sub-rogando-se nos direitos da segurada: "Art. 985 - A sub-rogação opera-se, de pleno direito, em favor de: III - do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte".

Desse modo, trata-se de sub-rogação legal, em que se dá a substituição, nos direitos creditórios, permanecendo os direitos do credor originário em favor do novo credor.

Saliente-se a orientação do colendo STF, contida na Súmula 188: "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que pagou, até o limite previsto no contrato de seguro."

Assim, a autora, Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais, que efetivamente pagou pelos prejuízos causados em acidente, sub-roga-se no respectivo direito do segurado (Claudemir Carlos de Oliveira) contra os causadores do dano (Selma dos Santos Azevedo e de Ademar Camerino), para se ressarcir pelo valor que pagou até o limite previsto no contrato.

Reconhecido o direito de regresso, faz-se necessário verificar a responsabilidade civil pelo acidente de trânsito, perquirindo a qual dos veículos participantes do abalroamento recai a culpa pela ocorrência do acidente, de maneira que tão somente poderá ser acolhida a pretensão da autora na hipótese de estar configurada a culpa dos requeridos pelos danos ocasionados ao veículo segurado pela postulante.

Os pressupostos da obrigação de indenizar, seja relativamente ao dano contratual, seja relativamente ao dano extracontratual, são, no dizer de Antônio Lindbergh C. Montenegro:

> a - o dano, também denominado prejuízo; b - o ato ilícito ou o risco, segundo a lei exija ou não a culpa do agente; c - um nexo de causalidade entre tais elementos. Comprovada a existência desses requisitos em um dado caso, surge um vínculo de direito por força do qual o prejudicado assume a posição de credor e o ofensor a de devedor, em outras palavras, a responsabilidade civil (MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. Ressarcimento de Dano. Âmbito Cultural Edições, nº 2, p. 13, 1992).

No mérito, tem-se que no direito privado, a responsabilidade civil, consubstanciada no dever de indenizar, advém do ato ilícito, resultante da violação da ordem jurídica com ofensa ao direito alheio e lesão ao respectivo titular, exigindo o pedido indenizatório a caracterização da responsabilidade aquiliana, que imprescinde da prova da ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente, além do

nexo causal entre o comportamento danoso e a lesão que resultará, características estas que se assentam na teoria subjetiva da culpa.

É o que se extrai do art. 186 do Código Civil: «Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.»

Maria Helena Diniz, in Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, Editora Saraiva, p. 184, analisando referido dispositivo legal, leciona:

> Ato ilícito: O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo (STJ, Súmula 37). Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei.
>
> Elementos essenciais: para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.
>
> Consequência do ato ilícito: A obrigação de indenizar é a consequência jurídica do ato ilícito (CC, arts. 927 a 954), sendo que a atualização monetária incidirá sobre essa dívida a partir da data do ilícito (Súmula 43 do STJ) (DINIZ, Maria Helena. In: Novo Código Civil Comentado. 1ª ed., Editora Saraiva, p. 184).

Ao exame dos autos, constata-se que o Boletim de Ocorrência de f. 17 traz a seguinte dinâmica do acidente, lembrando que o veículo conduzido por Selma era um Ford Fiesta e o veículo conduzido pelo segurado, Claudemir, era um Ford Ecosport:

> Claudemir relata que seguia pela Rua Santos Dumont sentido bairro Amendoeira Praça Governador Valadares, quando chegou no cruzamento da praça foi abalroado lateralmente pela condutora do veículo Ford Fiesta. Segundo a sra. Selma transitava pela Rua Santa Luzia sentido caixa d'agua Praça Governador Valadares e ao chegar no cruzamento realizou conversão à direita e não observou que vinha veículo em sentido contrário motivo pelo qual veio a abalroar o veículo Ford Eco Sport que era conduzido pelo sr. Claudemir.

O depoimento de uma testemunha, ocupante do veículo conduzido por Selma, aponta sua culpa pelo evento danoso considerando a dinâmica dos fatos:

> que os fatos aconteceram numa esquina; que a Selma, na direção do veículo estava para ingressar na rua que o outro veículo trafegava; que na esquina não tinha nenhuma placa; que o local do impacto foi na rua onde o veículo atingido trafegava; [...] que no momento o depoente e a Selma assustaram quando depararam com o outro carro; que o veículo que a Selma dirigia foi atingido no farol dianteiro no lado do motorista; que o outro carro foi atingido na porta e na coluna lateral do lado do motorista;[...] (f. 177).

Assim, conclui-se que a apelante deu causa ao acidente, ao não atender ao disposto no art. 36, do Código de Trânsito Brasileiro: "Art. 36. O condutor que for ingressar numa via, procedente de um lote lindeiro a essa via, deverá dar preferência aos veículos e pedestres que por ela estejam transitando."

Do decote do valor pago a título de franquia

Em que pese restar incontroverso que houve o pagamento da franquia ao segurado, esse importe não deve ser computado da quantia devida à seguradora. Isso porque, primeiro, que os danos são distintos, referindo-se um ao proprietário do veículo acidentado que, ao acionar o seguro, fica obrigado ao pagamento da franquia; e o outro, da seguradora, obrigado na cobertura das despesas com o reparo do veículo segurado.

Segundo, que o valor da franquia é destinado à oficina que, por sua vez, já desconta do valor total devido pela seguradora.

O documento de f. 31 confirma que do valor total dos serviços prestados pela oficina mecânica, o importe de R$555,00 (quinhentos e cinquenta e cinco reais) da franquia já foi descontado do valor devido pela seguradora, o que resultou no pagamento de R$4.242,10 (quatro mil duzentos e quarenta e dois reais e dez centavos), valor este do reembolso pleiteado.

Neste sentido, julgado deste TJMG:

> Apelação cível. Ação de regresso. Acidente de veículo. Seguro. Franquia. Decote do valor. Inviabilidade. Quantia que não foi objeto de cobrança judicial. Juros de mora. Termo inicial. 1 - O pagamento da franquia é realizado diretamente na oficina em que é efetuado o reparo do veículo, sendo a quantia descontada do valor a ser quitado pela seguradora. 2 - Inviável é o desconto do reembolso a ser pago pelo causador do dano da quantia referente à franquia paga pelo segurado, quando esse valor não foi objeto de cobrança judicial, vez que já decotado da quantia efetivamente quitada pela seguradora à oficina. 3 - Os juros de mora e a correção monetária referentes a condenação decorrente do exercício de direito de regresso da seguradora em desfavor do causador do sinistro incidem desde a data do efetivo desembolso. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.239220-8/001, Relator: Des. Octávio de Almeida Neves, 15ª Câmara Cível, j. em 17.05.2018, p. em 25.05.2018).

Do termo inicial de incidência de juros moratórios

Em se tratando de ação regressiva ajuizada pela seguradora contra o causador do sinistro, em decorrência da sub-rogação, a responsabilidade resultante de ato ilícito é aquiliana, porquanto extracontratual.

Assim, torna-se imperiosa a aplicação da Súmula 54 do STJ, a qual estabelece: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

Nesse passo, tem-se que os juros de mora devem fluir a partir do evento danoso, isto é, a partir data do efetivo prejuízo, que, no caso em apreço, corresponde à data do desembolso do valor pago ao segurado pela seguradora (14.07.2009 - f. 37), exatamente como decidiu o juízo *a quo*.

Pelo exposto, acolho a preliminar de não conhecimento da primeira apelação e nego provimento à segunda apelação.

Custas recursais devidas pelos apelantes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada um.

E, nos termos do art. 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios para 20% (vinte por cento).

Suspensa a exigibilidade dos ônus sucumbenciais atribuídos à segunda apelante, uma vez litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Arnaldo Maciel e João Cancio.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Transporte aéreo - Código de Defesa do Consumidor - Aplicabilidade - Cancelamento - Más condições climáticas - Não demonstrada - Falha na prestação de serviços - Dano moral - Configuração - Indenização - Valor - Parâmetros - Razoabilidade e proporcionalidade - Sentença mantida.

- Aplicam-se as disposições do CDC nas relações existentes entre o consumidor e as companhias responsáveis pelos serviços de transporte aéreo.

- A prova do dano decorrente da ofensa ao sentimento das pessoas, de dor, humilhação ou de indignação, satisfaz-se, na espécie, com a demonstração do fato externo que originou aquele e pela experiência comum. Em outras palavras, a existência de dano, *in casu*, restou demonstrada pelo cancelamento, por duas vezes consecutivas, do voo, a dispensar a produção de qualquer outra prova. Precedentes do col. STJ.

- O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, promovendo, de modo justo, a compensação do ofendido e a punição do ofensor, não havendo que se cogitar da alteração da quantia arbitrada de acordo com esses parâmetros.

Apelação Cível nº 1.0000.21.016807-6/001 - Comarca de Muriaé - Apelante: Deutsche Lufthansa AG - Apelados: Gabriela Bortoni Faria, Thomas Andrade de Oliveira. – Relatora: Desª 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 ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Aparecida Grossi*. - Relatora.

Voto

DESª. APARECIDA GROSSI - Trata-se de recurso de apelação, interposto pela Deutsche Lufthansa A.G., contra a sentença proferida nos autos da ação indenizatória, ajuizada por Thomas Andrade de Oliveira e Gabriela Bortoni Faria, que julgou procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

Ante o exposto e atento a tudo que está nos autos, julgo, por sentença, procedentes os pedidos da inicial, para o fim de condenar a requerida Deutsche Lufthansa AG, a pagar aos requerentes a

indenização da seguinte forma; - Ao requerente Thomas Andrade de Oliveira, a importância de R$9.000,00 (nove mil reais), a título de danos morais, atualizada monetariamente pelos índices publicados pela Corregedoria de Justiça, a partir desta data, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, também a partir desta data, mais a quantia de R$5.676,92 (cinco mil seiscentos e setenta e seis reais e noventa e dois centavos), a título de danos materiais, atualizado monetariamente pelos índices publicados pela Corregedoria Geral de Justiça, a partir do desembolso, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

À requerente Gabriela Bortoni Faria, a importância de R$7.000,00 (sete mil reais), a título de danos morais, atualizada monetariamente pelos índices publicados pela Corregedoria de Justiça, a partir desta data, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, também a partir desta data, mais a quantia de R$100,00 (cem reais), a título de danos materiais, atualizados monetariamente pelos índices publicados pela Corregedoria Geral de Justiça, a partir do desembolso, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Condeno a requerida no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 85, do CPC.

Nas razões do recurso, a apelante sustenta, em síntese, que

> o voo dos Apelados que saiu de Split com destino a Frankfurt, onde teria início a segunda parte do transporte para a Cidade do Rio de Janeiro, sofreu um pequeno atraso que, embora diminuto, ocasionou o atraso dos Apelados para o embarque no segundo transporte, impedindo-os de dar seguimento naquele mesmo dia. Assim que a Apelante adotou as medidas de atenção ao passageiro, acomodando-os em hotel para aguardar o próximo transporte, a ser realizado no dia seguinte, contudo, novamente a ora Apelante não pode decolar com sua aeronave devido a problemas climáticos. Assim, mais uma vez, reacomodou os Apelados em novo transporte com partida no dia seguinte, contudo, em voos separados.

Defende que não poderia adotar conduta diversa da

> reprogramação do voo, sob pena de colocar em risco a integridade física dos passageiros, tripulação e, porque não dizer, da própria coletividade, haja vista condições climáticas desfavoráveis e, diante dessa circunstancia, as providencias de atenção ao passageiro adotada pela Apelante justificariam a improcedência da demanda.

Pontua que

> conquanto o fato narrado não tenha ocasionado as agruras sugeridas na inicial, já que não houve nos autos nenhuma prova de consequências extremamente danosas em razão dos eventos, o MM. Juízo a quo entendeu pela procedência do pedido autoral, sustentando que a reprogramação em tela "constitui risco assumido pela transportadora em sua atividade." e, assim, concedeu aos Apelados indenização por danos morais na exorbitante monta de R$9.000,00 (nove mil reais) para o Apelado Thomas de Andrade e R$7.000,00 (sete mil reais) para a Apelada Grabriela Bortoni, sem que, no entanto, tenha apreciado devidamente a situação fática descrita na peça de defesa.

Argumenta que "o fato constitui a excludente de responsabilidade do transportador, ou seja, a ocorrência da chamada força maior ou fortuito externo."

Colaciona julgados de outros Tribunais que entende lhe serem favoráveis.

Por fim, pugna pela reforma da sentença

> tendo em vista que as reprogramações do voo de retorno narradas se deram unicamente por motivo de segurança e alheio à vontade da ora Apelante ou, caso assim não se entenda, que reconheça a ocorrência de excesso no valor arbitrado como indenização em decorrência de fatos que não ultrapassaram a esfera do mero aborrecimento e não ensejaram qualquer violação à dignidade dos Apelados, especialmente porque o fato que teria motivado seu abalo é fruto de um zelo da empresa aérea com seus passageiros e não, como pretendeu alegar, por 'interesses comerciais'.

Contrarrazões apresentadas pelos apelados, alegando que não há prova nos autos, no sentido de que os voos foram cancelados por condições climáticas desfavoráveis.

Argumentam, também, que "os documentos ID 88195673, 88195671, 88195690, 88195692 e 88196345 comprovam que, nos dias 19.05.2019 e 20.05.2019, quando ocorreram os cancelamentos por suposto mau tempo em Frankfurt, vários voos pousaram e decolaram da referida cidade."

Averbam, ainda, que

> programaram toda a viagem juntos e adquiriram as passagens nos mesmos voos e nos mesmos trechos, não podendo ser obrigados, pela apelante, a se submeterem a um retorno separados, principalmente se considerarmos que se tratava de longo voo internacional.

Assinalaram que "diante da inércia da apelante, o apelado comprou as passagens para os trechos Munique-Lisboa e Lisboa-Rio de Janeiro, de forma particular, para que ele e a apelada pudessem viajar juntos, conforme a compra e planejamento que haviam feito", estando os danos materiais devidamente demonstrados.

Ressaltam que o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, em razões dos sucessivos cancelamentos de voos, que ensejaram a perda de compromisso médico do apelado, é suficiente para os fins colimados.

Ao final requerem o desprovimento do recurso.

É o Relatório.

Juízo de admissibilidade

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à analise de suas razões.

Preliminares

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Merito

A questão controvertida cinge-se à análise da conduta da apelante, consubstanciada no cancelamento de voos contratados pelos apelados - supostamente por motivo de condições climáticas desfavoráveis -, que teriam causado a estes danos morais.

Consta da inicial que os demandantes adquiriram passagens aéreas junto à ré para os seguintes trechos:

19.05.2019, domingo, de Split para o Rio de Janeiro, com escala em Frankfurt.

- o Voo LH 1413 operado pela ré, com saída de Split (Croácia) às 18h45min do dia 19.05.2019 e chegada a Frankfurt (Alemanha) às 20h30min do dia 19.05.2019.

- o Voo LH 500 operado pela ré, com saída de Frankfurt (Alemanha) às 22h15min e chegada ao Rio de Janeiro às 04h50min do dia 20.05.2019.

Afirmam os autores que, no dia de retorno ao Brasil, ainda na Croácia, ao chegarem ao aeroporto, após o embarque, foram informados que o voo seria cancelado e remarcado para o dia seguinte (20.05.2019), no mesmo horário (18h45min), com escala em Frankfurt às 20h30min desse mesmo dia e chegada ao Rio de Janeiro às 04h50min do dia 21.05.2019.

Consta dos autos, ainda, que, na tarde do dia 20.05.2019, os autores foram para o aeroporto de Split (Croácia), embarcaram e, então, foram informados que o voo de Split para Frankfurt havia sido novamente cancelado e remarcado para o dia subsequente (21.05.2019), da seguinte forma:

Para o autor: trecho Split-Munique-Frankfurt-Rio de Janeiro

O Voo LH1717 com saída de Split às 16h50min do dia 21.05.2019 e chegada a Munique às 18h10min do mesmo dia.

O Voo LH119 com saída de Munique às 19h00min do dia 21.05.2019 e chegada a Frankfurt às 20h00min do mesmo dia.

O Voo LH500 com saída de Frankfurt às 22h15min do dia 21.05.2019 e chegada ao Rio de Janeiro às 04h50min do dia 22.05.2019.

Para a autora: trecho Split- Munique-Lisboa-Rio de Janeiro

O Voo LH1717 com saída de Split às 16h50min do dia 21.05.2019 e chegada a Munique às 18h10min do mesmo dia.

O Voo LH1792 com saída de Munique às 19h30min do dia 21.05.2019 e chegada a Lisboa às 21h40min do mesmo dia.

O Voo TP75 com saída de Lisboa às 23h30min do dia 21.05.2019 e chegada ao Rio de Janeiro às 05h25min do dia 22.05.2019.

Alegam os requerentes que, além de terem sido remarcados os voos para trechos diferentes, para dois dias após a data inicialmente contratada, o autor ainda não conseguiu chegar a tempo de se submeter a uma cirurgia ocular previamente agendada para o dia 23.05.2019, em Belo Horizonte/MG, às 10h30min, tendo todo o contexto fático causado àqueles danos morais e materiais.

Quanto aos atrasos e remarcações dos voos, a requerida confirma que eles aconteceram visando à segurança dos tripulantes e dos passageiros, diante das condições climáticas que eram desfavoráveis para o tráfego aéreo.

Feitas as considerações acima, releva assinalar que se trata de relação de consumo, sendo aplicável ao caso, ainda que em se tratando de contrato de transporte aéreo internacional, as normas consumeristas, conforme tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, a saber:

> Agravo regimental. Embargos de declaração. Agravo em recurso especial. Ação de indenização. Transporte aéreo internacional. Atraso de voo. Perda de conexão. Cancelamento de voo. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Dano moral configurado. Excludente de responsabilidade. Força maior. Súmula nº 7 do STJ. *Quantum* indenizatório. Não cabimento de revisão. Dissídio jurisprudencial. Inexistência de similitude. Prescrição. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. Convenção de Montreal. Inaplicabilidade. 1 - Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2 - Aplica-se a Súmula nº 7 do STJ se o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3 - A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula nº 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso. 4 - Tratando-se de danos morais, é incabível a análise do recurso com base na divergência pretoriana, pois, ainda que haja grande semelhança nas características externas e objetivas, no aspecto subjetivo, os acórdãos são distintos. 5 - A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei nº 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se ao Código de Defesa do Consumidor. 6 - Agravo regimental desprovido (AgRg nos EDcl no AREsp 418.875/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 17.05.2016, DJe 23.05.2016).

A defesa dos direitos dos consumidores está ligada ao direito constitucional do bem estar social, arts. 5º, XXXII e 170, V, Constituição da República, sendo indiscutível sua natureza de ordem pública e seu caráter imperativo.

Impende assinalar que a responsabilidade imposta no art. 14 do CDC, pelo fato do serviço, é objetiva, independente de culpa, baseando-se no defeito, dano e nexo causal entre o dano ao consumidor-vítima e o defeito do serviço prestado, só não sendo responsabilizado o fornecedor do serviço quando o defeito inexiste ou se houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sobre o tema, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> 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 (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22).

Concernente ao dano moral, este é caracterizado pela lesão a algum dos direitos da personalidade, um abalo psicológico do indivíduo, capaz de incutir sentimentos como dor profunda, vergonha, vexame, constrangimento e humilhação.

Encontra previsão na Constituição da República, que prevê a compensação por dano moral no rol dos direitos e garantias fundamentais, nos incisos V e X de seu art. 5º, *in verbis*:

> 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:
>
> [...]
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral, ou à imagem; [...]
>
> 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; [...].

No plano da legislação infraconstitucional, também existe referência à matéria, tanto no Código Civil, em seu art. 186, quanto no Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, inciso VI, abaixo colacionados:

> 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. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; [...].

Após detida análise dos autos, comungo do entendimento adotado pelo MMº. Juiz sentenciante, e entendo que é evidente a ocorrência do dano de ordem extrapatrimonial, não tendo a ré apresen-

tado qualquer fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito invocado, nos termos do art. 373, II, do CPC.

Isso porque a requerida, visando a provar suas alegações, ou seja, que não decolou na data contratada pelos autores por más condições climáticas, limitou-se a colacionar na contestação telas de um sistema não identificado, em língua estrangeira, produzido unilateralmente e impugnado pelos requerentes, os quais são insuficientes, por si sós, para os fins a que se destinam, por serem de fácil manipulação e por não conterem informações específicas sobre a situação climática da cidade nos dias 20 e 21.05.2019.

A situação narrada nos autos evidencia a configuração de danos morais ocasionados aos apelados, na medida em que ultrapassam o mero dissabor do cotidiano.

Nota-se do acervo probatório que houve o cancelamento dos voos em dois dias consecutivos, injustificadamente, o que só foi informado aos requerentes na hora do embarque, ou seja, sem a devida comunicação prévia ao cliente, acarretando, ainda, a remarcação daqueles para trechos diferentes, impondo aos demandantes o retorno para o Brasil separadamente (o que só não ocorreu porque o autor adquiriu outra passagem para o trecho imposto à requerente), após dois dias daquele inicialmente contratado.

Outrossim, consoante jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça, basta a existência de atraso/alteração/cancelamento sem comunicação ao cliente nos moldes verificados na hipótese fática para se admitir a ocorrência de dano moral pelo desconforto, aflição e desgaste mental com o retardamento da viagem, dano cuja presença é reconhecida por um juízo de experiência. Confira:

> [...]
>
> 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 (REsp 1595731/RO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 14.11.2017, DJe 01.02.2018).

Destarte, incabível dizer que não se evidenciou, na espécie, o dano moral alegado pelos autores, após demonstração de que houve o cancelamento dos voos, injustificadamente, por duas vezes, os quais somente chegaram ao destino (Rio de Janeiro) 02 (dois) dias após o contratado originalmente, tendo o autor, ainda, deixado de se submeter a um procedimento médico previamente agendado para o dia 23.05.2019 em cidade distinta da sua residência.

Ultrapassada a questão relativa à ocorrência de dano moral, ocasionado pelo cancelamento e alteração dos voos, passa-se ao exame do valor da reparação, arbitrado na sentença em R$9.000,00 (nove mil reais) para o requerente e R$7.000,00 (sete mil reais) para a autora.

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 (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, 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. (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. Código civil comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 914).

Destarte, a fixação do *quantum* indenizatório a título de dano moral e existencial deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observados o caráter pedagógico, punitivo e reparatório da indenização.

Tendo em vista as diretrizes acima apontadas, sopesando os transtornos, as inquietações, o sofrimento, a ansiedade, a angústia e outros sentimentos negativos suportados pelo autor em face da sua prisão ilegal, a indenização pelo dano moral fixada na sentença em R$10.000,00 (dez mil reais) é suficiente para os fins a que se destina.

Adotando tal entendimento, confira o julgado desta 17ª Câmara Cível:

> Apelação cível. Ação de indenização. Contrato de prestação de serviço de turismo e de transporte aéreo. Agência de viagens. Integrante da cadeia de fornecimento de "produto" e serviço. Legitimidade passiva *ad causam*. Verificação. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Cancelamento de voo, sem comunicação prévia. Danos morais configurados. *Quantum* indenizatório. Fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Manutenção. Danos materiais. Demonstração. - Versando a lide sobre os danos decorrentes da falha na prestação de serviços de transporte aéreo, contratados junto à apelante, tenho que se encontra evidenciado nos autos a pertinência subjetiva da sua inclusão no polo passivo da lide. As alegações da apelante, no sentido de que seria mera intermediária, não lhe socorre, pois, tratando-se de relação de consumo, todos os membros da cadeia de fornecimento de produtos e serviços respondem solidariamente perante o consumidor, a teor do disposto no artigo 25, § 1º do CDC. Não há réstia de dúvida que se encontra devidamente evidenciada a conduta antijurídica da companhia aérea e, via de consequência, da própria empresa de turismo apelante, responsável pela venda das passagens aéreas, configurando, assim, o dever de indenizar. O fato de ter sido cancelado o voo, sem a devida comunicação, informada apenas com a chegada dos autores ao aeroporto, sem a necessária e competente assistência por parte da companhia aérea, impedindo-os de realizar a viagem programada, criou neles uma situação de flagrante intranquilidade de espírito e abalo psicológico, o que demonstra a ocorrência do dano moral. No tocante ao *quantum* indenizatório, este Tribunal, a exemplo de várias outras Cortes brasileiras, tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores de indenização. Em caso de dano moral, é necessário ter-se sempre em mente que a indenização deve alcançar valor tal que sirva de exemplo e punição para as rés, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para a parte autora, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. No que se refere aos danos materiais, tem-se que restou demonstrado que os requerentes despenderam a quantia de R$2.594,00, na compra das passagens aéreas, o que impõe o ressarcimento, tal como determinado na sentença atacada (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.348860-3/001, Relator: Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, j. em 11.06.2015, p. em 23.06.2015).

Assim, tendo em vista as particularidades do caso concreto e em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, mostra-se adequado manter os valores arbitrados na sentença.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença hostilizada.

Custas recursais pela apelante.

Em observância ao disposto no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) do valor da condenação.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Roberto Soares de Vasconcellos Paes e Amauri Pinto Ferreira.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Alimentos provisórios - Filha menor sob guarda compartilhada - Fixação do encargo em desfavor da genitora - Ausente prova de que a menor passa mais tempo com o pai - Demonstração de que mãe arca com a maior parte das despesas da alimentada - Suspensão da obrigação - Decisão reformada.

- Não existindo prova indiciária de que atualmente a menor passa mais tempo na casa do genitor/requerente, tendo como a residência paterna o seu domicílio de referência, de forma a justificar a fixação da obrigação alimentar em desfavor da mãe da criança, e havendo demonstração de que a genitora arca com grande parte das despesas da menor, mostra-se medida mais adequada a suspensão do encargo alimentar até que seja realizada a instrução da ação de origem.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.019171-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: L.S.A.R. - Agravado: U.B.A. - 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 PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2021. - *Maurício Soares* - Relator.

Voto

DES. MAURÍCIO SOARES - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por L.S.R. contra decisão proferida pela MMª Juíza de Direito da 2ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, nos autos da ação de alimentos movida por U.B.A. em desfavor da agravante.

A decisão recorrida fixou alimentos provisórios em favor da filha menor, M.B.S.A., no importe equivalente a 20% (vinte por cento) dos rendimentos líquidos da requerida (Ordem 43).

Insurge-se a agravante contra tal decisão alegando, em síntese, que não tem sentido a fixação dos alimentos em face da recorrente porque atualmente o agravado fica com a menor apenas nos finais de semana alternados e a referência de lar da infante continua sendo o domicílio da sua genitora.

Afirma que recebe salário mensal de R$3.324,27 (três mil trezentos e vinte e quatro reais e vinte e sete centavos) e, retirando a mensalidade escolar e o plano de saúde da filha, as demais despesas são pagas exclusivamente pela agravante.

Sustenta que a adoção da guarda compartilhada física de divisão equilibrada de tempo de convivência com a menor não é suficiente para impor que a mãe pague alimentos nem que o pai deixe de ajudar no sustento da filha.

Assevera ser indispensável à aplicação ao caso do princípio do melhor interesse da criança, uma vez que seu objetivo maior é zelar pela boa formação moral, social e psíquica da menor.

Aduz que a quantia fixada totaliza o valor de R$664,85 (seiscentos e sessenta e quatro reais e oitenta e cinco centavos), e sua manutenção, inequivocamente, prejudicará a subsistência e a qualidade de vida da filha menor.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, requer o provimento do recurso, para reformar a decisão hostilizada e exonerar a agravante do pagamento dos alimentos provisórios no importe de 20% (vinte por cento) dos seus rendimentos líquidos. Requer, ainda, a concessão dos benefícios da gratuidade da justiça em sede recursal.

O pedido liminar recursal e a gratuidade de justiça, para fins de processamento do recurso, foram deferidos (Ordem 53).

Contrarrazões apresentadas pelo agravado (Ordem 55).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou pelo provimento do recurso, (Ordem 58).

Dada vista à agravante sobre os documentos juntados pelo agravado nas contrarrazões (Ordem 59), esta se manifestou, impugnando-os (Ordem 60).

É o relatório.

O agravo de instrumento é cabível e tempestivo; a petição cumpre as exigências dos arts. 1.016 e 1.017, do CPC; o prévio recolhimento do preparo é dispensado, por terem sido concedidos ao agravante os benefícios da gratuidade de justiça para fins de processamento do recurso (Ordem 53).

Destarte, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O art. 4º da Lei nº 5.478/1968 (Lei de Alimentos) propicia a base legal para o arbitramento de alimentos provisórios nas ações de alimentos, independentemente da demonstração de *periculum in mora*, nas hipóteses em que o pedido estiver fundado em prova pré-constituída da obrigação alimentar.

Em se tratando de pedido formulado por filho menor em face do pai e/ou da mãe, assentado em prova inequívoca da filiação, a fixação dos alimentos provisórios é possível não só porque o dever de sustento é ínsito ao poder familiar, mas também porque milita em favor dos menores de idade a presunção de necessidade.

Ocorre, porém, que, na fase preliminar do processo, nem sempre há nos autos elementos concretos que forneçam ao juiz as informações necessárias para que ele possa perquirir a extensão da necessidade do alimentando e a real possibilidade do alimentante.

Na espécie em exame, verifica-se que os documentos coligidos nos autos conferem às alegações da agravante a robustez necessária ao acolhimento da pretensão recursal, ao menos nesse momento processual.

Como se vê, o agravado pleiteou, em sua exordial, a fixação da pensão alimentícia em favor da filha, a ser paga pela agravante, sob a justificativa de ele arca com as principais despesas da filha, quais sejam, plano de saúde (R$477,16 - quatrocentos e setenta e sete reais e dezesseis centavos) e escola, (R$1.471,00 - mil quatrocentos e setenta e um reais).

Por certo, são presumidas as necessidades da alimentanda, com idade de 4 (quatro) anos, que depende do suporte financeiro de seus genitores para suprir suas despesas básicas com alimentação, moradia, educação, saúde, vestuário e lazer.

Não obstante, a situação noticiada pelo pai da criança depende de dilação probatória, a considerar que a questão é controvertida nos autos, não existindo prova indiciária de que atualmente a menor passa mais tempo na casa do genitor/requerente, tendo como a residência paterna o seu domicílio de referência, de forma a justificar a fixação de a obrigação alimentar em desfavor da mãe da criança.

Ademais, conforme informado na exordial, o plano de saúde da menor é custeado pela avó paterna, ao que tudo indica, por mera liberalidade, e mesmo que o agravado seja o responsável pelo pagamento da escola da filha, nada impede que ele arque sozinho com o pagamento da aludida despesa, que, de acordo com comprovante por ele juntado nas contrarrazões, corresponde ao valor de R$630,00 (seiscentos e trinta reais).

Isso se justifica porque é dever de ambos os genitores prestar auxílio material à prole em comum e, no caso em apreço, a agravante demonstrou que vem prestando alimentos à filha, em espécie, com fulcro no art. 1701 do código civil, arcando com parte razoável das despesas básicas da menor, quais sejam, alimentação, remédios, vestuário, moradia, lazer, (aulas de balé e de música), babá, aulas particulares, (Ordens 12/13, 17/20, 22/23), não havendo, dessa forma, suporte fático para o arbitramento da pensão alimentícia em face da genitora da menor.

Como bem consignado pelo i. Procurador de Justiça em seu parecer

> [...] ponderadas as particularidades narradas nos presentes autos, tenho que, considerada a fase de cognição sumária em que o processo se encontra, percebe-se que, ao passo que não comprovado que é o agravado, genitor, quem arca com a despesa do plano de saúde, resta inconteste que, até o presente momento, é a genitora agravante quem suporta todas as demais despesas da menor, excluída a escola e o plano de saúde.

Ainda dentro desse contexto, vislumbro que, ao menos por ora, a manutenção do encargo arbitrado em face da agravante aparenta ser capaz de comprometer o sustento da menor.

Assim sendo, compreendo ser medida mais adequada, ao menos nesse momento processual, determinar a suspensão da obrigação alimentar fixada na decisão agravada até que seja realizada a instrução da demanda de origem.

Fundado nessas considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reformar a decisão agravada, determinando a suspensão da obrigação alimentar fixada em desfavor da agravante até a instrução da demanda de origem.

Custas recursais pelo agravado, suspensa a exigibilidade, por ter sido deferida a gratuidade de justiça em primeira instância.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator a JD. CONVOCADA LUZIA PEIXÔTO E A DESEMBARGADORA ALBERGARIA COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Rescisão de promessa de compra e venda de imóvel negociado na planta - Cláusula de tolerância em relação a prazo de conclusão da obra e de entrega do bem - *Exceptio non adimpleti contractus* - Retenção de valor de multa rescisória - Arras/sinal - Comissão de corretagem - Termo inicial de juros de mora - Selic - Inscrição em cadastro de proteção ao crédito.

- O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema 996 - REsp 1.729.593/SP), de observância obrigatória (art. 927, inc. III, do CPC), assentou ser válida estipulação de "período de tolerância" para entrega de imóvel negociado na planta. Se a entrega do imóvel está condicionada ao pagamento de "saldo final", o promitente comprador somente pode exigir o cumprimento da obrigação de entrega do bem após comprovar quitação integral do preço estipulado, valendo-se o promitente vendedor da chamada 'exceção de contrato não cumprido".

- O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento limitando "a flutuação do percentual da retenção pelo vendedor entre 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco porc ento) do total da quantia paga" (AgInt no AREsp n° 1537311/SP).

- Por não se presumir arras ou sinal, somente pode assim ser considerado pagamento inicial feito por consumidor se houver pactuação expressa a respeito.

- É válida cláusula contratual que, de maneira clara e expressa, transfere ao promitente-comprador obrigação de pagar comissão de corretagem diretamente ao corretor que tenha intermediado o negócio.

- "Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão" (STJ, Tema Repetitivo 1002 - REsp 1.740.911/DF).

"A Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), por compreender, em sua essência, juros de mora e correção monetária, não pode ser aplicada sobre condenações por dívidas civis, especialmente na falta do pressuposto da fluência simultânea da atualização e do encargo moratório" (AC 1.0024.12.321162-5/001).

"A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês" (Enunciado 20/CJF - I Jornada de Direito Civil).

- Havendo inadimplência, respectiva inscrição em órgão de proteção ao crédito promovida pelo credor, constitui exercício regular de direito, não havendo falar em ato ilício passível de indenização (*qui jure suo utitur nemine laedit* – "quem usa de seu direito não lesa ninguém").

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.019852-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: São Daniel Empreendimentos Imobiliários LTDA. e Santa Leôncia Empreendimentos Imobiliários LTDA. - Apelado: Luiz Carlos Kraemer Filho - Interessada: Rossi Residencial 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, POR UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 26 de maio de 2021. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Cuida-se de apelação, aviada por São Daniel Empreendimentos Imobiliários LTDA. e Santa Leôncia Empreendimentos Imobiliários LTDA., contra Luiz Carlos Kraemer Filho, em ação de rescisão de promessa de compra e venda, por suposto atraso na entrega de imóvel negociado na planta, c.c. indenização por danos morais, decorrente de inscrição em orgão de proteção ao crédito, movida pelo apelado em desfavor das apelantes e também contra Rossi Residencial S.A., todos qualificados nos autos.

O Juízo da 32ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte julgou parcialmente procedente a ação nos seguintes termos:

> Julgo procedente em parte o pedido inicial para: a) rescindir o contrato de promessa de compra e venda firmado entre as partes; b) condenar em solidariedade as requeridas a restituírem em favor do requerente o importe de R$51.690,81 (cinquenta e um mil, seiscentos e noventa reais e oitenta e um centavos), com incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, que deverá seguir os índices sugeridos pela Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde a data do desembolso; condenar em solidariedade as requeridas a restituir em favor do autor o importe de R$19.528,00 (dezenove mil, quinhentos, vinte e oito reais). Sobre o valor do crédito deverá incidir juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, que deverá seguir os índices sugeridos pela Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde a data do desembolso; d) condenar em solidariedade as rés a pagar, em favor do autor, a título de danos morais, o importe de R$10.000,00 (dez mil reais). Sobre o valor da indenização deverá incidir juros de 1% (um porcento) ao mês e correção monetária, cujo índice aplicado deverá o sugerido pela Corregedoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, a partir da sentença.

Houve embargos de declaração, rejeitados na origem, com intimação das apelantes em 26.10.2020. Apelação anexada aos autos eletrônicos em 17.11.2020, com comprovante do preparo.

Busca-se parcial reforma da sentença para que a restituição não inclua valores pagos a título de sinal, de comissão de corretagem e nem valor referente à pena convencional de 30% (trinta por cento) das parcelas pagas, além de pedir afastamento de indenização por danos morais, incidência de juros de mora somente após o trânsito em julgado e utilização da taxa Selic para atualização dos valores. Subsidiariamente, pede-se que seja autorizada retenção de 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas, com juros de mora a partir da citação, bem como que seja reduzido o valor da indenização por danos morais. Sustenta-se, em suma, que houve expedição de "habite-se" dentro de prazo de prorrogação contratual de 180 (cento e oitenta) dias e inadimplência da parte contrária.

O apelado, porém, contra-argumenta que teria realizado pagamentos até a data prevista para a entrega do imóvel e que a inscrição no órgão de proteção ao crédito foi indevida. Também aduz ilegalidade na cobrança de comissão de corretagem e que taxa Selic seria inadequada para atualização dos valores a ser restituídos.

Em resumo, é o que importa relatar. Passo ao voto.

Conheço do recurso, porque presentes todos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Não havendo preliminar arguida pelas partes e nem que deva ser suscitada de ofício, avanço ao exame do mérito recursal.

O apelo merece parcial provimento.

Analisando os autos, verifica-se que as partes firmaram compromisso de compra e venda de um apartamento na planta, prevendo inicialmente data de obtenção de "habite-se" em 30.05.2015 e data de efetiva entrega do imóvel em 30.08.2015 (doc. ordem 6; Id-1ªinst. 15538245; ID-TJ 130483468).

Também restou pactuada tolerância de até 180 (cento e oitenta) dias para a obtenção do "habite-se" e, por conseguinte, também para a entrega do imóvel, bem como que essa última seria condicionada ao pagamento de "saldo final" (doc. ordem 10; Id-1ªinst. 15538975; ID-TJ 130483472).

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (Tema 996 - REsp 1.729.593/SP), de observância obrigatória (art. 927, inc. III, do CPC), assentou entendimento de ser válida estipulação de "período de tolerância".

Assim sendo, tem-se, na espécie, a data de 27.11.2015 como limite para obtenção do "habite-se" e de 26.02.2016 para efetiva entrega do imóvel.

O "habite-se" foi emitido em 24.07.2015 (doc. ordem 98; Id-1ªinst. 60776698; ID-TJ 130483560), ou seja, antes do limite contratual.

Quanto à entrega, como esta era condicionada ao pagamento de "saldo final", caberia ao autor/apelado demonstrar quitação integral antes de 26.02.2016, o que não ocorreu.

O próprio autor/apelado, aliás, instruiu a petição inicial com demonstrativo constando várias parcelas em aberto (doc. ordem 13; Id-1ªinst. 15539278; ID-TJ 130483475).

Logo, considerando que o art. 476 do Código Civil consagra a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), não há falar em culpa das rés/apeladas pela rescisão, mas sim do autor/apelado.

Via de consequência, a restituição de valores deve descontar quantia referente à multa contratual rescisória.

Essa retenção, todavia, merece redução equitativa, nos termos do art. 413 do Código Civil c.c. art. 51, inciso IV, § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Isso, inclusive, com base em entendimento já firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal), limitando "a flutuação do percentual da retenção pelo vendedor entre 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) do total da quantia paga" (AgInt no AREsp 1537311/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, *DJe* de 20.11.2019).

Desse percentual, não deve ser acrescido valor a título de arras ou sinal, porque, sem previsão expressa a respeito, não há como presumir tal estipulação em relação ao pagamento inicial feito pelo consumidor (art. 47 do CDC).

A propósito, guardadas as devidas proporções, já se decidiu:

> Compra e venda. [...]. Desfazimento. Arras que não se presume. Enriquecimento sem causa que não se admite (TJRS - Recurso Cível nº 71000614818, Rel. Luiz Antônio Alves Capra, Primeira Turma, 24.02.2005).
>
> Compromisso de compra e venda. Desfazimento do negócio. Pretensão do comprador de reaver o que pagou a título de princípio de pagamento. Arras que não se presume, devendo ser objeto de cláusula expressa. Ausência, na hipótese. Procedência da ação mantida. Omissis. (TJSP - APL 9072354-55.2009.8.26.0000, Rel. Araldo Telles, 10ª Câmara de Direito Privado, 27.07.2014).

Por outro lado, além do valor referente à multa rescisória de até 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas, também não cabe restituição da quantia paga a título de comissão de corretagem, porque essa se deu em favor de terceiro (corretor) e a cobrança é válida, observado ter havido previsão expressa e clara a respeito.

Por oportuno, cite-se que igual solução foi dada em causa piloto (caso concreto) julgada como representativa de demandas repetitivas pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 960).

Confira-se:

> Recurso especial repetitivo. Direito civil e do consumidor. Promessa de compra e venda de imóvel. [...]. Comissão de corretagem. Transferência da obrigação ao consumidor. Possibilidade. Dever de informação. Observância. Necessidade. 1. Para os fins do art. 1040 do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese: [...] é

> válida a cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda [...], desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem. 2. Solução do caso concreto: Considerando que as partes convencionaram que o valor correspondente à comissão de corretagem seria pago diretamente pelo proponente ao corretor, impõe-se julgar improcedente o pedido de repetição dos valores pagos a esse título. 3. Recurso especial provido (REsp n° 1601149/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, j. em 13.06.2018, *DJe* de 15.08.2018).

No que tange aos juros de mora, a insurgência para com o termo inicial estipulado na sentença igualmente encontra amparo em recurso repetitivo.

Vejamos:

> Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei nº 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão (STJ, Tema Repetitivo 1002 - REsp 1.740.911/DF).

Por outro lado, não há falar em aplicação da taxa Selic.

Uma porque essa engloba correção monetária e juros em percentual único e, no caso, não há coincidência nos marcos de incidência (correção monetária desde o desembolso e juros a partir do trânsito em julgado).

Nesse sentido:

> [...] Aplicação da taxa selic. Inviabilidade [...]. A Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), por compreender, em sua essência, juros de mora e correção monetária, não pode ser aplicada sobre condenações por dívidas civis, especialmente na falta do pressuposto da fluência simultânea da atualização e do encargo moratório (TJMG - AC 1.0024.12.321162-5/001, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª CACIV, j. em 23.11.2017).

Duas porque "A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, um por cento ao mês" (Enunciado 20/CJF - I Jornada de Direito Civil).

Por fim, deve ser afastada a indenização por danos morais.

Tal condenação decorre de inscrição em órgão de proteção ao crédito e, no caso, o próprio autor/apelado apresentou planilha indicando sua inadimplência (vide doc. ordem 13; Id-1ªinst. 15539278; ID-TJ 130483475).

Havendo, pois, inadimplência, a inscrição em órgão de proteção ao crédito configura exercício regular de direito (art. 188, inciso I, CC), não se tratando de "ato ilícito" (art. 186 do CC) passível

de indenização (art. 927 do CC). Aliás, conforme brocardo latino, *qui jure suo utitur nemine laedit* ("quem usa de seu direito não lesa ninguém").

Pelo exposto, e tudo mais que dos autos consta, hei por justo e de direito dar parcial provimento à apelação para que a restituição de valores exclua quantia correspondente à multa rescisória, limitada a 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas, e também valor pago a título de comissão de corretagem, devendo os juros de mora incidir somente a partir do trânsito em julgado, bem como para afastar a condenação indenizatória por danos morais.

Observada a sucumbência mínima das rés/apelantes (art. 86, parágrafo único, do CPC), inverte-se a condenação sucumbencial, de modo que o autor/apelado quem passará a arcar, integralmente, com as custas (em sentido amplo) de primeira instância e recursais, bem como com os honorários advocatícios de sucumbência, estes readequados para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Juliana Campos Horta e Saldanha da Fonseca

Súmula - POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Promessa de compra e venda de imóvel residencial - Atraso na conclusão da obra - Programa Minha Casa Minha Vida - Responsabilidade da instituição financeira - Agente financeiro – Ilegitimidade passiva.

- A instituição financeira, quando atua como agente meramente financeiro, não pode ser responsabilizada pelos danos decorrentes do atraso na obra do imóvel. Terá responsabilidade pelos danos decorrentes do atraso somente quando participar da construção do empreendimento na qualidade de agente executor e operador de políticas federais para a promoção de moradia para consumidores de baixa renda.

Apelação Cível nº 1.0000.21.020340-2/001 - Comarca de Juiz De Fora - Apelantes: Giovane do Nascimento Santos, Priscila Naiara Alves Campos Nascimento - Apelados: Banco do Brasil S/A, Carneiro e Carneiro Engenharia. – Relator: Juiz de Direito Marco Aurélio Ferrara Marcolino.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2021. - *Marco Aurélio Ferrara Marcolino*. – Relator.

Voto

JD. CONVOCADO FERRARA MARCOLINO - Priscila Naiara Alves Campos Nascimento e Giovane do Nascimento Santos ajuizaram "ação revisional de contrato de compra e venda de imóvel c/c danos materiais e morais com pedido de tutela antecipada", em desfavor de Carneiro e Carneiro Engenharia Civil Ltda. e Banco do Brasil S.A.

A sentença, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais (doc. de ordem 116), assim se encontra em sua parte dispositiva:

> Posto isso:
>
> a) acolho a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pelo Banco do Brasil SA, extinguindo o processo, com base no artigo 485, VI, CPC;
>
> b) julgo procedentes, em parte, os pedidos iniciais, para condenar a construtora ré (primeira requerida) a: b.1) ressarcir à parte autora todos os valores pagos, a título de aluguel, IPTU e condomínio, desde a data prevista para a entrega da unidade (maio/2014), até a sua efetiva entrega, desde que devidamente comprovados nos autos, corrigidos monetariamente (CGJ), a partir da data de cada pagamento e juros de mora de 1% am, a partir da citação; b.2) pagar os encargos, taxa de amortização e dos juros remune-

> ratórios, previstos contratualmente (cláusulas 11ª, 12ª e 15ª do contrato nº 320.507.172), a partir da mora da entrega do imóvel (maio/2014), até a sua efetiva entrega, corrigidos monetariamente (CGJ), a partir da data de sua incidência e juros de mora de 1% am, a partir da citação e b.3) R$20.000,00, por danos morais, com correção monetária (CGJ) e juros de mora de 1% am, ambos a partir da data infra (Súmula 362 e REsp. 903258/RS, do STJ e art. 407, CC).
>
> Ante a sucumbência recíproca e tendo a parte autora decaído em 2 dos 5 pedidos formulados, condeno-a em 2/5 e, a primeira ré, em 3/5, das custas processuais. Os honorários advocatícios fixo-os em 15% sobre o valor da condenação, a ser apurado, sendo que a primeira ré pagará 3/5 deste valor ao advogado da parte autora.
>
> Condeno a parte autora a pagar honorários advocatícios ao advogado do Banco do Brasil SA, cujo valor fixo, por equidade, em R$1.500,00.
>
> Fica suspensa a exigibilidade dos encargos acima, em relação à parte autora, por estar sob o palio da AJG.

A parte autora recorreu (doc. de ordem 117).

Em suas razões recursais, os autores/apelantes alegam que a instituição financeira possui legitimidade passiva, pois "além de financiar, a 2ª Apelada tem o dever de fiscalizar a obra, o que não ocorreu, tendo em vista que a obra foi abandonada e paralisada".

Argumenta que o Superior Tribunal de Justiça "decidiu em caso análogo que a instituição financeira tem legitimidade sim para a ação, principalmente como na espécie, em que era agente executora de políticas federais para promoção de moradia a pessoas de baixa renda, como é o caso dos autores".

Sustenta que "constatando a demora na conclusão da obra, caberia à 2ª apelada acionar a seguradora para substituir a construtora", conforme previsto nas cláusulas contratuais, restando evidente a responsabilidade solidária dos réus/apelados.

Em contrarrazões (doc. de ordem 121), o Banco do Brasil S.A. argumenta que "apenas foi o agente financeiro da operação, caso tenha ocorrido o descumprimento contratual não foi o Banco Recorrido que deu causa", requerendo o desprovimento do recurso.

É o Relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Em relação à responsabilidade da instituição financeira sobre o atraso em obra de imóveis financiados pelo Programa Minha Casa Minha Vida, o STJ vem firmando o entendimento de que

> dada a variedade de linhas de financiamentos e a existência de contratos substancialmente diversos, o exame da legitimidade passiva da CEF está relacionado ao tipo de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, ora como agente meramente financeiro, ora como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda (REsp 1534952/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 07.02.2017, DJe 14.02.2017).

O STJ dispôs alguns parâmetros para se verificar qual a responsabilidade da instituição financeira: "i) a legislação disciplinadora de cada um dos programas de política de habitação; ii) o tipo de atividade por ela desenvolvida; iii) o contrato celebrado entre as partes e iv) e a causa de pedir".

Pois bem! Da análise do contrato à ordem nº 4, verifica-se que o Banco do Brasil não participou da realização da obra, mas atuou exclusivamente como agente financeiro, disponibilizando empréstimo para o adquirente do imóvel e também para a construção do empreendimento. É isso que se infere da cláusula quarta do contrato firmado:

> CLÁUSULA QUARTA - LEVANTAMENTO DE RECURSOS - O levantamento dos recursos referentes à operação ora contratada será feito na seguinte conformidade: 1 - a parcela referente ao terreno e os recursos destinados à construção serão creditados na conta vinculada ao empreendimento, em parcelas mensais, condicionando-se ao andamento das obras, no percentual atestado no Relatório de Vistoria do Empreendimento, conforme o cronograma físico-financeiro da obra e ao cumprimento das demais exigências estabelecidas neste instrumento. Parágrafo Primeiro - O acompanhamento da execução das obras, para fins de liberação de parcelas, será efetuado pelo BB e/ou Terceiro por este autorizado, ficando entendido que a vistoria será feita EXCLUSIVAMENTE para o efeito de medição do andamento da obra e verificação da aplicação dos recursos, sem qualquer responsabilidade técnica pela edificação, pelo que será cobrado, a título de tarifa de vistoria com medição de obra, a cada visita ordinária, o valor correspondente à tabela de tarifas fixadas pelo BB para esse tipo de serviço, vigente na data do evento.
>
> Parágrafo Segundo - Os recursos próprios do(s) DEVEDOR(ES) FIDUCIANTE(S) e os recursos financeiros advindos da conta vinculada do FGTS serão creditados, na data da assinatura do presente instrumento, em conta de titularidade do(s) DEVEDOR(ES) FIDUCIANTE(S) e transferidos à conta vinculada ao empreendimento, na mesma data, sendo liberados ao VENDEDOR de acordo com o andamento das obras, no percentual atestado no Relatório de Vistoria do Empreendimento, conforme o cronograma físico-financeiro da obra aprovado pelo BB. Parágrafo Terceiro - Uma vez verificada a paralisação das obras por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, sem prejuízo das demais penalidades previstas neste CONTRATO, O BB providenciará o cancelamento, em caráter irreversível da utilização das quotas do FGTS , retornando à conta vinculada do(s) DEVEDOR(ES) FIDUCIANTE(S), os valores remanescentes que se encontrarem na conta de titularidade do(s) DEVEDOR (ES) FIDUCIANTE(S). Parágrafo Quarto - As eventuais sobras de recursos, na conta de titularidade do(s) DEVEDOR(ES) FIDUCIANTE(S), terão as seguintes destinações:
>
> 1 - concluídas as liberações de parcela, se houver saldo remanescente, dos recursos próprios do(s) DEVEDOR(ES) e seus rendimentos, e/ou, estes serão utilizados para amortização do saldo devedor deste financiamento; e II - se houver saldo remanescente dos rendimentos referentes aos recursos do FGTS do(s) DEVEDOR(ES) FIDUCIANTE(S), estes serão retornados à conta vinculada do FGTS.

Nota-se que o Banco do Brasil não se responsabilizou contratualmente pela entrega do imóvel dentro do prazo previsto no contrato. O contrato apenas dispõe que, em caso de atraso, o financiamento será obstado:

> CLÁUSULA QUINTA - PRAZO DE CONSTRUÇÃO- O prazo para o término da construção será 12(doze) meses, não podendo ultrapassar ao estatuído nos atos normativos do Conselho Curador do

> Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, do Sistema Financeiro de Habitação- SFH sob pena de o BB considerar vencida a dívida.
>
> Parágrafo Único - Findo o prazo fixado para o término da construção, ainda que não concluída a obra, os recursos remanescentes permanecerão indisponíveis. Em qualquer hipótese, exaurido o prazo em questão, iniciar-se- á o cronograma de vencimento das prestações de amortização, na data prevista na próxima data de exigência de prestação do presente CONTRATO.

Portanto, atuando como mero agente financeiro, não há responsabilidade da instituição financeira para responder pelas consequências do atraso da obra. A propósito:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Vícios construtivos. Programa Minha Casa Minha Vida. Ilegitimidade passiva. Rejeitar. Competência da justiça estadual. Pedido de inversão do ônus da prova. Apreciação em sentença. Impossibilidade - sentença cassada. - Os fatos alegados na exordial não devem ser imputados a CEF de tal forma que a irresignação da apelada, justificadora do ingresso da demanda, procede de relação direta com a ora apelante. -Certo é que a Caixa Econômica Federal intermediou a relação entre as referidas partes, agindo como um mero agente financeiro, tendo responsabilidade unicamente no que diz respeito às questões ligadas ao contrato de financiamento para aquisição do imóvel. Em razão disso não há que se falar em competência da Justiça Federal eis que inexiste legitimidade passiva para a Caixa Econômica Federal figurar no pleito. - O requerimento de inversão do ônus da prova deve ser analisado antes do fim da instrução processual, sob pena de evidente cerceamento de defesa, logo, a sentença deve ser cassada (TJMG - Apelação Cível 1.0105.15.012294-0/001, Relator: Des. Pedro Aleixo, 16ª Câmara Cível, j. em 10.04.2019, p. em 22.04.2019).

Logo, correta apresentou-se a sentença ao reconhecer a ilegitimidade passiva do Banco do Brasil S.A..

Dispositivo

Com tais considerações, nega-se provimento ao recurso.

Condeno a parte apelante ao pagamento das custas recursais e majoro o valor dos honorários advocatícios a serem pagos pelos autores ao patrono da instituição financeira para R$1.800,00 (mil e oitocentos reais), na forma do § 11, do art. 85, do CPC. Suspensa a exigibilidade, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Antônio Bispo e José Américo Martins da Costa.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Execução - Imóvel constrito - Bem de família - Pequena propriedade rural - Impenhorabilidade - Ausência dos requisitos.

- O art. 1º da Lei nº 8.009/1990, estabelece uma limitação à regra de que o patrimônio do devedor responde por suas obrigações patrimoniais, ao prever que o imóvel residencial próprio da entidade familiar é impenhorável.

- Para tanto, necessária a comprovação de que a constrição judicial incide sobre imóvel que serve de moradia à família do devedor.

- O imóvel rural será impenhorável se for direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, garantindo-lhes a subsistência e o progresso socioeconômico e não supere a extensão do módulo fiscal, cujo valor é fixado de acordo com o município no qual se localiza a propriedade (art. 5, XXVI, CR, c.c. art. 649, VIII, CPC, e art. 4, II, Estatuto da Terra).

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.21.024823-3/001 - Comarca de Teófilo Otôni - Agravante: Walacy Herrisson Pimenta - Agravado: Fernando Pimenta Metzker. Relatora: DES.ª CLÁUDIA MAIA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de maio de 2021. - *Cláudia Maia* - Relatora

Voto

DES.ª CLÁUDIA MAIA - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Walacy Herrisson Pimenta, contra decisão proferida nos autos da ação de execução em epígrafe, proposta por Fernando Pimenta Metzker, por meio da qual o magistrado *a quo* rejeitou os embargos de declaração opostos para manter a improcedência do pedido de levantamento da penhora do imóvel.

Em suas razões recursais, sustenta o agravante, em síntese, que reside há mais de dez anos no imóvel rural penhorado, sendo o único de sua propriedade e destinado à entidade familiar. Ressalta que o endereço fornecido pelo agravado, onde ocorreu sua citação, trata-se de imóvel comercial alugado. Afirma que no endereço apontado pelo magistrado *a quo* está localizado um imóvel de propriedade de seus filhos. Discorre sobre a impenhorabilidade do imóvel, baseada na proteção dada ao bem de família e/ou à pequena propriedade rural. Pugna pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso e, no mérito, a reforma da decisão monocrática.

Pela decisão de ordem 78, recebi o recurso apenas sob o efeito devolutivo e dispensei a prestação de informações pelo magistrado *a quo*.

O agravado, devidamente intimado, apresentou contraminuta no documento de ordem 79, pugnando pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto contra decisão por meio da qual o MM. Juiz *a quo* rejeitou as impugnações à penhora oposta pelo ora agravante.

Pois bem.

O art. 1º da Lei n° 8.009/90, estabelece uma limitação à regra de que o patrimônio do devedor responde por suas obrigações patrimoniais ao prever que o imóvel residencial próprio da entidade familiar é impenhorável.

Por sua vez, nos termos do art. 5º do diploma referido, o legislador não conferiu a todo o patrimônio imobiliário da família a proteção da impenhorabilidade, pretendendo apenas impedir que o imóvel utilizado para fins residenciais seja alcançado pela pretensão executória.

Vejamos:

> Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
>
> Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.
>
> [...]
>
> Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera- se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.
>
> Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

O sentido social da lei é garantir um teto para cada pessoa, como garantia ao direito fundamental à moradia, mínimo existencial para vida digna.

Sendo assim, para fazer jus ao benefício legal contido nos dispositivos que protegem o bem da penhora, deve a parte interessada produzir as provas de que o imóvel constrito tem finalidade residencial.

No caso em apreço, restou demonstrado que a constrição recaiu sobre o imóvel rural descrito na matrícula de nº 2.041, registrado perante o 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Te-

ófilo Otoni, onde o agravante alega ser o imóvel de sua residência e de sua família, único bem de sua propriedade.

Ocorre que, para comprovar tal alegação, limitou-se o recorrente a colacionar uma conta de energia elétrica (doc. nº 53), o que, por certo, não é suficiente.

Noutro giro, conforme me manifestei na análise do efeito recursal, do conjunto probatório carreado aos autos, constato que o mandado de citação do agravante foi expedido e devidamente cumprido no seguinte endereço, "Rua Engenheiro Argolo, nº 49, Sítio - Centro". Ora, conquanto o agravante alegue que neste endereço está localizado um imóvel comercial alugado, não fez prova de que o bem não é de sua propriedade ou do uso comercial do mesmo.

Lado outro, vislumbro que a propriedade do agravante também não se enquadra no conceito da pequena propriedade rural protegida pelo manto da impenhorabilidade.

A Constituição da República prevê, em seu art. 5º, inc. XXVI, que "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva".

O tema constitui objeto de disciplina no art. 833, inc. VII, do Código de Processo Civil, que prevê a impenhorabilidade da "pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família".

Com efeito, o imóvel rural será impenhorável se for direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, garantindo-lhes a subsistência e o progresso socioeconômico, e não supere a extensão do módulo fiscal, cujo valor é fixado de acordo com o município no qual se localiza a propriedade (art. 5º, inc. XXVI, da CF c.c. art. 833, inc. VIII, do CPC c.c. art. 4º, inc. II, do Estatuto da Terra).

Todavia, no caso em tela, ausente prova inconteste de que no imóvel penhorado o agravado e sua família desenvolvem atividade agrícola para o sustento próprio.

Nessa linha, a impenhorabilidade arguida não comporta guarida, sob pena de violação à própria finalidade do instituto, afastando-se a aplicação do art. 833, VIII, do CPC.

Nesse sentido, por qualquer ângulo que se analise a questão, concluo que a constrição não recaiu sobre bem impenhorável.

Por fim, ressalto que o magistrado singular deferiu, tão somente, o pedido de penhora com averbação na matrícula do imóvel, sem qualquer menção a ato expropriatório.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão vergastada

Custas pelo agravante, suspensas por litigar sob o pálio da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Estevão Lucchesi e Marco Aurelio Ferenzini

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Médico veterinário - Profissional liberal - Responsabilidade subjetiva - Art. 14, § 4º do CDC - Obrigação de meio - Falecimento de animal após cirurgia - Culpa não comprovada - Dano moral não caracterizado.

- O artigo 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, determina que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, em decorrência da prestação de serviços, deve ser apurada mediante a verificação da culpa.

- A responsabilidade do médico veterinário é fundada em obrigação de meio, ou seja, o profissional assume a obrigação de prestar o seu serviço com diligência e zelo, empregando todos os recursos necessários e adequados ao alcance dos resultados pretendidos, de modo a proporcionar ao animal todos os cuidados necessários à sua saúde.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.029054-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Joyce Franciele Gonçalves Silveira - Apelado: Lorena Borges Alves. Relator: DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2021. - *Luiz Artur Hilário* - Relator.

Voto

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Cuida-se de apelação interposta por Joyce Franciele Gonçalves Silveira contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, que, nos autos da ação ordinária ajuizada contra Lorena Borges Alves, julgou improcedente o pedido de condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais. Diante da sucumbência, condenou a apelante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade em razão da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Insatisfeita com a sentença, a autora interpôs recurso de apelação, sustentando, em suma, que a ré foi responsável pela morte prematura da sua cadela de apenas 09 (nove) meses de vida. Aduz que a médica veterinária agiu com culpa, pois não realizou exames prévios para diagnosticar a doença da cadela e indicou a realização de um procedimento cirúrgico desnecessário. Acrescenta que a prova produzida nos autos confirmou que o diagnóstico da ré estava errado e que o útero do animal estava saudável. Disse que a cadela não teria falecido se não tivesse sido submetida à

cirurgia. Aduz que houve nexo de causalidade entre o óbito do animal e o procedimento cirúrgico. Tece considerações acerca da responsabilidade civil e dos danos morais suportados, pugnando pelo provimento do apelo.

Em contrarrazões a parte ré rebateu os fundamentos do recurso e pugnou por seu desprovimento.

Em síntese é o que contem o presente recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não havendo preliminares a serem apreciadas, passo à análise do mérito recursal.

A matéria em questão diz respeito ao dever de indenizar previsto nos arts.186 e 927, ambos do CC/02, que preceituam que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, ficando obrigado a repará-lo.

Em sede de indenização, a caracterização de três elementos é essencial para a procedência da pretensão: a ação ou omissão do agente (dolosa ou culposa), o resultado lesivo e o nexo causal entre ambos.

No presente caso, em que se perquire a responsabilidade do médico veterinário pelos danos sofridos com a morte de animal tratado por este, aplica-se o art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, que determina que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais, em decorrência da prestação de serviços, deve ser apurada mediante a verificação da culpa.

A responsabilidade civil do médico veterinário, portanto, está diretamente atrelada à comprovação da imperícia, imprudência ou negligência deste profissional, havendo que se verificar se este agiu com culpa e se sua ação (ou omissão culposa) causou o dano alegado pela vítima.

A responsabilidade do médico veterinário é fundada em obrigação de meio, ou seja, o profissional assume a obrigação de prestar o seu serviço com diligência e zelo, empregando todos os recursos necessários e adequados ao alcance dos resultados pretendidos, de modo a proporcionar ao animal todos os cuidados necessários à sua saúde. Por este motivo, o profissional somente se responsabiliza civilmente caso demonstrado que agiu com dolo ou culpa.

Tecidas todas estas considerações jurídicas e reportando-se à análise fática dos autos, depreende-se que a apelante ajuizou a presente ação buscando reparação por danos morais sofridos em razão da morte da sua cadela, que, segundo a apelante, ocorreu por culpa da apelada.

Razão, todavia, não lhe assiste.

Segundo a apelante, a médica veterinária sugeriu a realização de intervenção cirúrgica na cadela sem solicitar previamente os exames para diagnosticar o problema de saúde.

No entanto, analisando as provas produzidas, verifico que a omissão relatada pela apelante não ocorreu.

Isso porque, no relatório médico firmado pela apelada em 03.12.15, constou expressamente que a cadela chegou para atendimento clínico com suspeita de piometra e que a proprietária da cadela apresentou hemograma e laudo ultrassonográfico realizado em outra clinica veterinária.

Conforme narrado no histórico do boletim de ocorrência, a própria apelante confirmou que entregou para apelada os exames realizados no dia anterior e que a médica veterinária, após analisar os exames e realizar o exame clínico, confirmou que o caso seria de cirurgia.

A testemunha Aracelle Elisane Alves, professora da Universidade Federal de Uberlândia e membro do Conselho Regional de Medicina, confirmou que os exames para diagnosticar o caso seriam hemograma e diagnóstico de imagem.

Dessa forma, tais provas, aliadas à própria narrativa da apelante, indicam que os exames necessários foram apresentados pela dona da cadela no dia seguinte ao atendimento realizado pelo Dr. Felipe Melo Diniz, não havendo que se falar na obrigatoriedade de se realizar novamente os mesmos exames que teriam sido feitos no dia anterior ao atendimento pela ré.

A apelante sustenta, ainda, que a apelada agiu com erro ao diagnosticar o problema de saúde do animal.

Melhor sorte não lhe assiste.

O acervo probatório demonstra que no dia 01º de dezembro de 2015 a apelante levou a sua cadela chamada Dinha à clínica veterinária Casa do Criador e que o médico veterinário ali presente, Dr. Felipe Melo Diniz, diagnosticou a referida piometra, indicando a realização de cirurgia para solução do caso, em consonância com o que foi realizado dois dias depois pela apelada.

Ouvido em juízo, o referido veterinário disse o seguinte:

> indagado se confirma que emitiu o documento de ID 9117143, pelo depoente foi dito que sim; que indagado se recorda qual o diagnóstico que chegou da cadela, pelo depoente foi dito que "era de infecção uterina mesmo, que era piometria, que confirma os exames que estão anexos".

Acerca da necessidade da cirurgia, o Dr. Matias Pablo Juan Szabó, responsável pela necropsia em questão, em seu depoimento judicial asseverou que:

> se fosse piometra, a cirurgia é de emergência, pelo depoente foi dito que "é uma condição progressiva e tem momentos que é de emergência, é sim indicada cirurgia, pode ser sim emergência com todos os riscos que se corre, essa emergência depende de uma avaliação do paciente".

Verifica-se, assim, que não houve erro no diagnóstico da doença nem realização de uma cirurgia desnecessária, tal como afirmado pela recorrente.

Noutro giro, também não restou comprovado que a complicação pós-operatória que acarretou a morte da cadela ocorreu por culpa da apelada.

O laudo anatomopatológico, embora aponte o diagnóstico e indique a causa da morte, não foi capaz de indicar o nexo de causalidade entre a morte e a conduta da apelada.

Em depoimento, o médico veterinário que emitiu o referido laudo afirmou que a cadela era portadora de doença renal grave e doença hepática grave, além de úlceras graves e pneumonia.

Acrescentou que essas doenças pré-existentes sugerem infecção bacteriana e podem ter colaborado com a hemorragia. Concluiu dizendo que as ligaduras realizadas na cirurgia estavam corretas quanto à técnica.

Dessa forma, conclui-se que a cadela realmente faleceu em razão de hemorragia interna após a cirurgia, todavia, não foi possível atestar que a hemorragia está atrelada à castração, já que o animal era portador de inúmeras outras graves doenças pré-existentes.

A recorrente mencionou, ainda, que o local onde foi realizada a cirurgia não era adequado para tanto, mas também não cuidou de comprovar o alegado.

A clínica veterinária possui alvará de funcionamento emitido pela Prefeitura, alvará emitido pela Vigilância Sanitária e cadastro no Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento, o que a torna apta para o atendimento clínico e cirúrgico de pequenos animais.

Por fim, é inegável que a apelada possui qualificação técnica para a realização do procedimento cirúrgico, pois é graduada em medicina veterinária, mestre e doutora na área de cirurgia animal, tudo pela Universidade Federal de Uberlândia, instituição onde também foi professora.

Inclusive, é importante registrar que a Dra. Aracelle Elisiane Alves, membro do Conselho Regional de Medicina Veterinária, indagada em juízo se existe alguma reclamação contra a apelada no Conselho, disse que não há nenhum processo ou queixa contra a apelada, o que demonstra idoneidade e aptidão da médica veterinária.

Ante a ausência de comprovação da ação ou omissão culposa da apelada, não há como responsabilizar a ré pelos danos que a autora sofreu com o falecimento de sua cadela, devendo ser mantida a sentença recorrida.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença em todos os seus termos.

Custas recursais, pela apelante, com nota de suspensão.

Majoro os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 11 do CPC, suspensa, todavia, sua exigibilidade, em razão de litigar sob pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Márcio Idalmo Santos Miranda e Amorim Siqueira.

Súmula - **NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.**

Apelação cível - Revisão de cláusulas contratuais - Aplicabilidade dos preceitos do código de defesa do consumidor - Capitalização dos juros - Legalidade - Repercussão geral reconhecida pelo STF (REext nº 592.377/RS) - Tarifas de registro de contrato e de avaliação do bem - Invalidade das cobranças, por ausência de provas da realização dos serviços - Tarifa de cadastro - Possibilidade de cobrança no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira - IOF - Admissibilidade da cobrança do tributo diluída nas prestações - Encargos moratórios - Ausência de previsão de incidência da comissão de permanência - Juros remuneratórios do inadimplemento abusivos, trazidos ao percentual da normalidade - Juros de mora e multa fixados dentro dos parâmetros legais - Abusividade afastada - Restituição do indébito em dobro - Ausência de má-fé - Descabimento.

- Aplicam-se à hipótese dos autos os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, sendo esta a pacífica orientação jurisprudencial, sedimentada no enunciado da Súmula nº. 297 do Superior Tribunal de Justiça.

- Com relação à legalidade da capitalização dos juros, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do REext nº 592.377/RS, reconheceu a repercussão geral do tema e firmou orientação no sentido da constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963/2000 (reeditada pela MP nº 2.170-36/2001).

- No REsp nº 1578553/SP, Tema nº. 958 do STJ, foram fixadas as seguintes teses jurídicas: "2. Teses fixadas para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25.02.2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto." Logo, ausente a

prova da prestação dos serviços de registro do contrato e de avaliação do bem, deve ser promovido o decote das referidas tarifas.

- A Min. Maria Isabel Gallotti, no julgamento do REsp 1.251.331/RS, consignou que a tarifa de cadastro pode ser cobrada, desde que expressamente prevista no contrato, "no inicio do relacionamento entre consumidor e a instituição financeira".

- A diluição do IOF nas parcelas do financiamento não afronta o diploma consumerista, podendo, de acordo com o STJ, ser pactuada nos limites do princípio *pacta sunt servanda*.

- Ausente, *in casu*, previsão expressa no contrato acerca da incidência de comissão de permanência, é legal a cobrança dos encargos de mora correspondentes à soma dos juros remuneratórios da normalidade aos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e à multa de 2% (dois por cento). Juros remuneratórios do inadimplemento equiparados aos do período da normalidade.

- Divergências interpretativas acerca de abusividades no contrato recomendam a restituição na forma simples, afastada a aplicação do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, facultada a compensação no saldo devedor.

Apelação Cível nº 1.0000.20.031152-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Valmir Augusto da Silva - Apelado: BV Financeira SA Crédito, Financiamento e Investimento. – 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 dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2020. - *Sérgio André da Fonseca Xavier*. – Relator.

Voto

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de ação revisional de contrato, ajuizada por Valmir Augusto da Silva, em desfavor de BV Financeira S/A. Crédito, Financiamento e Investimento, referente ao mútuo para aquisição de um veículo Fiat Palio ELX, ano/modelo 07/08, placas JHF-3217, a ser pago em 48 (quarenta e oito) parcelas de R$681,39 (seiscentos e oitenta e um reais e trinta e nove centavos).

Versam os pedidos iniciais sobre a abusividade dos juros remuneratórios, a vedação da sua incidência na forma capitalizada; a abusividade na cobrança das tarifas de cadastro, de avaliação do bem e de registro do contrato, bem como do IOF; a cumulação indevida de encargos da anormalidade; e a restituição dobrada do indébito.

Adoto o relatório da sentença, doc. 46, acrescentando que o MM. Juiz de Direito *a quo* julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões, doc. 49, o apelante reitera a vedação à cobrança de juros capitalizados, bem como a cobrança das tarifas de cadastro, de avaliação do bem e de registro do contrato; pugna pela supressão da cobrança do IOF diluído nas parcelas; defende o óbice à cobrança da comissão de permanência cumulada, em desconformidade com a Súmula nº 472 do STJ; e, ao final, renova o pleito de repetição dobrada do indébito.

Foram apresentadas contrarrazões, doc. 52.

É o Relatório.

Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor

A partir da análise da relação jurídica existente entre as partes, é possível verificar que a instituição financeira enquadra-se no conceito de fornecedor de produtos e serviços, constante do art. 3º do Diploma Consumerista. Segundo o referido dispositivo legal: "serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária."

O apelante, por sua vez, figura como destinatário final dos serviços bancários fornecidos, aplicando-se a ele a definição de consumidor, nos termos do art. 2º do CDC.

Nesse contexto, incidem os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, sendo esta a pacífica orientação jurisprudencial, sedimentada no enunciado da Súmula nº 297 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras."

No mesmo sentido, confiram-se os seguintes acórdãos deste Tribunal:

> Revisional de contrato de financiamento. Aplicação do CDC. Juros remuneratórios. Abusividade. Necessidade de demonstração inequívoca. Ausência. Recurso a que se nega provimento. I - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, ut Súmula 297, STJ. [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0701.12.029691-1/003, Relator: Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 09.12.2014, p. em 11.12.2014)

> Apelação cível. Ação revisional de contrato bancário. Possibilidade do pedido revisional. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Alegação de nulidade de cláusulas e abusividade de encargos contratuais. Instituição financeira. Juros remuneratórios. Limitação a 12% ao ano. Impossibilidade. Taxa superior a uma vez e meia àquela praticada pelo mercado. Ilegalidade. Dano moral. Não ocorrência. I - Aos contratos bancários aplica-se a legislação consumerista, nos termos do enunciado de Súmula 297 do STJ, sendo, portanto, possível a revisão de cláusulas reputadas ilegais e abusivas. II - Conforme a jurisprudência há muito pacificada nos Tribunais pátrios, as instituições financeiras não estão sujeitas à limitação das taxas de juros remuneratórios prevista no Decreto nº 22.626/33. III - A abusividade dos juros remuneratórios constantes em contratos de crédito firmados com instituições financeiras depende da demonstração

> inequívoca de serem eles superiores uma vez e meia às taxas médias praticadas no mercado. Precedente do STJ. IV – [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.073959-4/001, Relator: Des. Leite Praça, 17ª Câmara Cível, j. em 20.11.2014, p. em 02.12.2014).

Fixada a aplicabilidade das normas relativas ao microssistema de defesa do consumidor, vez que demonstrada a existência de verdadeira relação de consumo, mostra-se viável a revisão do teor das cláusulas do contrato firmado entre as partes, desde que evidenciado o desequilíbrio nas obrigações assumidas, independentemente da ocorrência de fato imprevisível ou inevitável. Bem de se ver que, nos termos do art. 6º, V, c/c art. 51, IV, do CDC, são nulas de pleno direito e passíveis de revisão as obrigações contratuais desproporcionais ou excessivamente onerosas ao consumidor.

Sobre o tema, leciona Cláudia Lima Marques:

> A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi (MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 4 ed, São Paulo: RT, 2002, p. 783).

Deve ser salientado, todavia, que somente podem ser revistas pelo Judiciário as cláusulas expressamente impugnadas pelo consumidor. É vedado ao julgador - sob pena de ofensa ao princípio dispositivo (art. 2º, CPC) - atuar de ofício, revisando dispositivos contratuais não questionados. Nesse sentido, o enunciado da Súmula nº 381 do STJ: "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."

Da capitalização de juros

O art. 5º. da Medida Provisória nº 2.170-36/01 assim dispõe: "Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

A despeito dos acalorados debates e oscilações na doutrina e jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RExt nº 592.377/RS, reconheceu a repercussão geral do tema e firmou orientação no sentido da constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963/2000 (reeditada pela MP nº 2.170-36/2001), pelos seguintes fundamentos extraídos do Informativo STF nº 773, de 2 a 6 de fevereiro de 2015:

> No mérito, enfatizou que a medida provisória já teria aproximadamente 15 anos, e que a questão do prolongamento temporal dessas espécies normativas estaria resolvida pelo art. 2º da EC 32/2001 ("As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até

> que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional"). Além disso, não estaria em discussão o teor da medida provisória, cuja higidez material estaria de acordo com a jurisprudência do STF, segundo a qual, nas operações do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicariam as limitações da Lei da Usura.
>
> [...]
>
> O Colegiado asseverou que [...] do ponto de vista da relevância, por se tratar de regulação das operações do Sistema Financeiro, não se poderia declarar que não houvesse o requisito. No que se refere à urgência, a norma fora editada em período consideravelmente anterior, cuja realidade financeira seria diferente da atual, e vigoraria até hoje, de modo que seria difícil afirmar com segurança que não haveria o requisito naquela oportunidade. Ademais, o cenário econômico contemporâneo, caracterizado pela integração da economia nacional ao mercado financeiro mundial, exigiria medidas céleres, destinadas à adequação do Sistema Financeiro Nacional aos padrões globais. Desse modo, se a Corte declarasse a inconstitucionalidade da norma, isso significaria atuar sobre um passado em que milhares de operações financeiras poderiam, em tese, ser atingidas. Por esse motivo, também, não se deveria fazê-lo.

Como de conhecimento geral, tal decisão vincula todas as lides que versem sobre a mesma matéria, como ocorre no caso em tela (art. 1.036 do CPC/15).

É de se notar que o contrato em questão traz expressa previsão de capitalização mensal, o que se confirma após a verificação de que a taxa de juros anual avençada é superior à taxa mensal, multiplicada por 12 (doze).

Por seu turno, a Súmula 539 do STJ é inequívoca: "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.03.2000 (MP nº 1.963-17/2000, reeditada como MP nº 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada".

Assim, não há outro entendimento senão o de se considerar lícita a capitalização mensal de juros, visto que prevista na lei e no contrato em análise, ponto inclusive sumulado pelo STJ.

Portanto, nesse capítulo, a sentença deve ser mantida sem retoques.

Das tarifas de registro do contrato e de avaliação do bem

Dentre os pagamentos autorizados, Cláusula nº 5.4, documento nº 03, consta a cobrança das tarifas de cadastro de R$496,00 (quatrocentos e noventa e seis reais), de registro do contrato, de R$78,54 (setenta e oito reais e cinquenta e quatro centavos), e de avaliação do bem, de R$306,00 (trezentos e seis reais).

Sobre o tema, o STJ assim decidiu, sob o prisma dos recursos repetitivos, a saber:

> Recurso especial repetitivo. Tema 958/STJ. Direito bancário. Cobrança por serviços de terceiros, registro do contrato e avaliação do bem. Prevalência das normas do direito do consumidor sobre a regulação bancária. Existência de norma regulamentar vedando a cobrança a título de comissão do correspondente bancário. Distinção entre o correspondente e o terceiro. Descabimento da cobrança por serviços

> não efetivamente prestados. Possibilidade de controle da abusividade de tarifas e despesas em cada caso concreto. 1. Delimitação da controvérsia: Contratos bancários celebrados a partir de 30.04.2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. Teses fixadas para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: 2.1. Abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado; 2.2. Abusividade da cláusula que prevê o ressarcimento pelo consumidor da comissão do correspondente bancário, em contratos celebrados a partir de 25.02.2011, data de entrada em vigor da Res.-CMN 3.954/2011, sendo válida a cláusula no período anterior a essa resolução, ressalvado o controle da onerosidade excessiva; 2.3. Validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a: 2.3.1. abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado; e a 2.3.2. possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto. 3. Caso concreto. 3.1. Aplicação da tese 2.2, declarando-se abusiva, por onerosidade excessiva, a cláusula relativa aos serviços de terceiros ("serviços prestados pela revenda"). 3.2. Aplicação da tese 2.3, mantendo-se hígidas a despesa de registro do contrato e a tarifa de avaliação do bem dado em garantia. 4. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1578553/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. em 28.11.2018, DJe 06.12.2018).

Importante pontuar, de início, que, como se extrai do inteiro teor do julgado acima ementado, a tarifa de registro do contrato, nos casos de financiamentos de veículos, cuida da anotação no DUT do veículo do impedimento em questão, o que, a toda evidência, difere da anotação no serviço nacional de gravames, este último relacionado à despesa de pré-gravame, que não é discutida neste feito.

Sendo assim, a referida tarifa é válida, desde que comprovado que o serviço foi efetivamente prestado, ressalvada a análise casuística da onerosidade excessiva.

Em estudo à prova dos autos, foi trazida cópia do DUT do veículo, doc. 34, porém, antes da transferência e da averbação da restrição, o que não faz prova da efetiva anotação da alienação.

Portanto, a cobrança da referida tarifa deverá ser suprimida, uma vez inexistente nos autos a prova do registro do contrato.

Quanto à tarifa de avaliação, também sujeita ao que definido no REsp nº 1578553/SP, o apelado, no ônus que lhe competia, não trouxe a prova da efetiva realização do serviço, o que obsta a sua cobrança.

Assim, nesse capítulo, o recurso deve ser provido para que seja acolhida a supressão das tarifas de registro do contrato e de avaliação do bem.

Da tarifa de cadastro

A questão relativa à tarifa de cadastro deve ser apreciada sob o prisma da decisão proferida pela Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.251.331/RS. Aquele Tribunal Superior entende ser lícita a cobrança da TAC e TEC apenas nos contratos celebrados até 30 de abril de 2008. Aduziu,

ainda, ser cabível a incidência da tarifa de cadastro, desde que no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira. Confira-se:

> Resultado de julgamento final: a Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento para que sejam observados os juros remuneratórios nas taxas mensal e anual efetiva, como pactuados, e para restabelecer a cobrança das taxas/tarifas de despesas administrativas para abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), e a cobrança parcelada do IOF, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Para os efeitos do art. 543-C, do CPC, ressalvados os posicionamentos pessoais dos Srs. Ministros Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino, que acompanharam a Relatora, foram fixadas as seguintes teses: 1. Nos contratos bancários celebrados até 30.4.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das Tarifas de Abertura de Crédito (TAC) e de Emissão de Carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto; 2. Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.04.2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizadora expedida pela autoridade monetária. Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC) e da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador. permanece válida a tarifa de cadastro expressamente tipificada em ato normativo padronizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira; 3. Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais (STJ, Segunda Seção, REsp 1.251.331, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, p. DJe, in 24.10.2013).

Assim, a tarifa de cadastro deve ser mantida, pois não se provou que a pactuação havida entre as partes, ora discutida, não foi o marco inaugural do relacionamento recíproco.

Logo, nesse tópico o recurso deve ser desprovido para a manutenção da cobrança, no valor de R$496,00 (quatrocentos e noventa e seis reais).

Do IOF

Trata-se de Imposto sobre Operação de Crédito e não tarifa, cuja incidência é obrigatória, posto que decorrente de legislação tributária.

Ademais, o STJ firmou entendimento da licitude da cobrança, no julgamento do REsp. 1.251.331/RS, processado sob a sistemática do art. 543-C do CPC/73, atual art. 1.036 do CPC/15: "Podem as partes convencionar o pagamento do Imposto sobre Operações Financeiras e de Crédito (IOF) por meio de financiamento acessório ao mútuo principal, sujeitando-o aos mesmos encargos contratuais" (STJ, Segunda Seção, REsp 1.251.331, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, p. DJe, in 24.10.2013).

Consequentemente, não há qualquer óbice que as partes pactuem a cobrança do IOF de forma acessória ao mútuo principal.

Dos encargos de mora

Quanto aos encargos moratórios, deve ser ressaltado que a comissão de permanência se destina a remunerar a instituição financeira pela disponibilização do capital ao mutuário, durante o prazo que a contratante permanecer inadimplente. Ela exerce, na realidade, a função dos juros compensatórios, durante o período de anormalidade.

Neste sentido, eis os ensinamentos de Romualdo Wilson Cançado:

> Os juros compensatórios são os mesmos juros contratuais, só que passam a ser remuneratórios do capital retido pelo mutuário após o vencimento da obrigação. Esses juros são também chamados, pelo mercado financeiro, de comissão de permanência, e por alguns autores, de juros remuneratórios, ou, ainda, de juros convencionais (CANÇADO, Romualdo Wilson. Juros. Correção Monetária. Danos Financeiros Irreparáveis. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 160-161).

Através do enunciado da Súmula nº 294, o Superior Tribunal de Justiça havia uniformizado o entendimento segundo o qual "não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato".

No julgamento do Recurso Especial nº 1.058.114/RS, de relatoria do Min. João Otávio de Noronha, apreciado sob a ótica de recurso repetitivo, o aludido entendimento foi alterado pela referida Corte Superior, que passou a entender que a comissão de permanência não estaria limitada apenas à taxa de juros remuneratórios, mas à soma dos juros pactuados para a normalidade e dos demais encargos previstos para o período do inadimplemento (juros de mora de 1% ao mês e multa, desde que contratados).

Confira-se:

> Direito comercial e bancário. Contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. Princípio da boa-fé objetiva. Comissão de permanência. Validade da cláusula. Verbas integrantes. Decote dos excessos. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Artigos 139 e 140 do Código Civil Alemão. Artigo 170 do Código Civil Brasileiro. 1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação. 2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para viger após o vencimento da dívida. 3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios PREVISTOS NO CONTRATO, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC. 4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos arts. 139 e 140 do Código Civil alemão

> e reproduzido no art. 170 do Código Civil brasileiro. 5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido (Destaquei) (STJ - 2ª Seção, REsp 1.058.114/RS, Relatora Min. Nancy Andrighi, Relator p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, in DJe de 16.11.2010).

A matéria foi definitivamente pacificada, em junho de 2012, com a edição da Súmula nº 472 pela Segunda Seção do STJ, *in verbis*: "A cobrança de comissão de permanência - cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato - exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual."

Extrai-se da cláusula 05 da avença, doc. 03, que o inadimplemento, por parte do mutuário, implica a cobrança de juros remuneratórios para operações em atraso, calculados por dia de atraso, conforme taxa informada no preâmbulo desta CCB (14,20%); juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês ou fração e multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o valor em atraso.

Como se vê, uma vez que não há previsão contratual para cobrança de comissão de permanência no período da inadimplência, a incidência do referido encargo não pode ser presumida pelo julgador.

É importe destacar, outrossim, que o inadimplemento do contrato pelo mutuário autoriza a incidência de juros remuneratórios no período da anormalidade, que deverão ser limitados à taxa prevista para a normalidade. Sobre o tema, eis o enunciado da Súmula nº. 296 do STJ: "Os juros remuneratórios, não cumuláveis com comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado."

Nesse contexto, ainda que não prevista a incidência de comissão de permanência, verifica-se no contrato a incidência dos juros remuneratórios, durante o inadimplemento, em percentual superior à taxa cobrada durante o período da normalidade, e mais os juros de mora de 1% (um por cento) a.m e a multa de 2% (dois por cento), estes últimos dentro dos limites legais.

Assim, na espécie, urge que os juros remuneratórios do inadimplemento sejam decotados e limitados à taxa prevista para a normalidade, de 1,92% a.m., mantidos a multa e os juros de mora nos termos em que avençados.

Da restituição em dobro

No tocante ao pedido de restituição do indébito em dobro - prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, e do art. 940 do CCB/02 - o STJ firmou entendimento no sentido de que se mostra imprescindível a demonstração da má-fé do suposto credor.

Vejamos:

> Agravo regimental em recurso especial. Seguro saúde. Agravo regimental contra decisão monocrática. Esgotamento de instância. Multa do art. 557 do CPC. Afastamento. Repetição em dobro. Art. 42, parágrafo único, do CPC. Má-fé do credor. Necessidade. Precedentes. 1. O agravo interposto contra decisão

> monocrática do Tribunal de origem, com o objetivo de exaurir a instância recursal ordinária, a fim de permitir a interposição de recurso especial, não é manifestamente inadmissível ou infundado, o que torna inaplicável a multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. 2. A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. 3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1424498/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 07.08.2014, DJe 19.08.2014).
>
> Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC). Ação de declaração de nulidade de cláusulas contratuais com pedido de repetição de indébito. Decisão monocrática negando provimento ao agravo. Irresignação do autor. 1. Esta Corte de Justiça possui entendimento consolidado acerca da inviabilidade da repetição em dobro de valores nos casos em que não comprovada a má-fé da parte que realizou a cobrança indevida. Precedentes. Na hipótese, o Tribunal de origem concluiu pela não configuração de má-fé e para derruir tal fundamento seria imprescindível a análise dos elementos fáticos dos autos, providência inviável face o óbice da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 177.670/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 11.02.2014, DJe 18.02.2014).

Considerando que todas as cobranças promovidas pela instituição financeira possuíam expressa previsão contratual e que as abusividades apenas foram constatadas após o julgamento da presente ação, não há como concluir que, ao cobrar os encargos, a instituição financeira apelada tenha agido de má-fé. É de rigor, portanto, o reconhecimento da improcedência da pretensão de aplicação do art. 42, parágrafo único, do CDC.

Entretanto, verificada a incidência de encargos indevidos pela instituição financeira, tais valores deverão ser extirpados e restituídos, de forma simples, ao mutuário, ou abatidos do saldo devedor, sob pena de não ter qualquer eficácia o afastamento das abusividades.

Permito-me transcrever o teor do art. 876, do CCB/02: "Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição."

Ante o exposto, dou parcial provimento ao apelo para decotar do contrato a cobrança das tarifas de avaliação do bem e de registro do contrato, e para definir que os juros remuneratórios do inadimplemento sejam limitados à taxa prevista para a normalidade, de 1,92% a.m., mantidos a multa e os juros de mora nos termos em que avençados, sendo devida a repetição simples do indébito ou a compensação no saldo devedor.

Custas processuais e recursais 50% (cinquenta por cento) para cada um e fixo os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa para cada um, suspensa a exigibilidade em desfavor do apelante por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Arnaldo Maciel e João Cancio.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de prestação de contas - Alimentos - Ilegitimidade ativa do genitor alimentante.

- Em se tratando de ação proposta pelo próprio genitor contra a genitora, pedindo a prestação de contas dos alimentos que paga à filha, a ação deve ser julgada extinta por falta de interesse de agir, em razão da irrepetibilidade da pensão alimentícia.

- Recurso conhecido e não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.032223-6/001 - Comarca de Curvelo - Apelante: T.T.M. - Apelado: A.S.M. - Relatora: DES.ª ALBERGARIA COSTA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de junho de 2021. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Voto

DES.ª ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recurso de apelação, contra sentença de f. 137/140, que indeferiu a petição inicial da ação de fiscalização de despesas alimentícias, julgando extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 330, III, c.c. 485, VI, ambos do CPC.

Em suas razões recursais, alegou que seu intento nunca foi à apuração ou constituição de crédito ao seu favor, mas sim, resguardar a formação e os melhores interesses do filho menor. Aduziu que é razoável que o genitor encarregado da obrigação alimentar possa exigir daquele que administra a pensão alimentícia, a prestação de contas acerca da destinação da verba, se tratando de uma forma plausível de verificar eventual desvio de sua finalidade. Sustentou que tal medida pode justificar eventual ação revisional ou até mesmo ação de modificação de guarda. Narrou que a fiscalização não constitui somente um dever pela preocupação com a formação moral e intelectual do menor, mas também, um comando jurídico. Argumentou que o menor continua estudando em escola pública, não possuindo materiais escolares, uniforme e nem participa das festividades escolares, e, após sair da escola, vai direto para a casa da avó paterna, retornando à casa da genitora apenas para dormir, passando pouco tempo com a mãe, o que demonstra a ausência de gastos revertidos em favor da criança. Disse que o filho não possui brinquedos para o seu lazer, não frequenta inglês e nem pratica esportes, não sendo verificada nenhuma melhora da sua condição de vida, mesmo com a elevada verba alimentar. Enquanto, lado outro, a agravada passou a ostentar padrão de vida elevado, frequentando festas pagas, cursando pós-graduação em universidade particular e estando

matriculada na mais cara academia da cidade. Pediu o provimento do recurso, para que a sentença seja cassada, com o regular processamento e prosseguimento da ação.

Indeferido o pedido de gratuidade judiciária, o preparo foi recolhido a f. 260/261.

Contrarrazões apresentadas a f. 197/205.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Questão preliminar.

Não conhecimento por preclusão lógica.

A parte apelada arguiu preliminar de não conhecimento do recurso, sob o fundamento de que o apelante deixou de recolher o preparo e de que não houve intimação acerca da decisão que indeferiu a justiça gratuita. Contudo, recolheu as custas iniciais do processo, perante o juízo *a quo*, independente de intimação.

A razão não assiste à apelada, já que após devidamente intimado, o apelante recolheu o preparo.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito.

Extrai-se dos autos que T.T.M., pai do menor J.H.S.M., propôs a presente *"ação de fiscalização de despesas alimentícias"* contra a genitora, alegando que a mesma não vem administrando corretamente a pensão alimentícia que recebe do genitor.

A sentença de primeiro grau julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, por entender que o pai, não detém a legitimidade para requerer prestação de contas do que não lhe pertence.

De fato, em se tratando de ação proposta pelo próprio genitor contra a genitora pedindo a prestação de contas dos alimentos que paga ao filho, a ação deve ser julgada extinta por falta de interesse de agir, em razão da irrepetibilidade da pensão alimentícia.

Nesse sentido, precedentes do STJ (AgRg no Ag nº 1269320/PR; REsp nº 985061/DF).

Situação diversa seria se o menor, representado ou assistido pelo pai, na forma do art. 71 do CPC, fosse a legitimada ativa. Isso, porque não possuindo o menor capacidade processual - que é a aptidão para praticar atos do processo - a legislação confere a ambos os genitores o dever de representá-los ou assisti-los em juízo.

Afinal, é do próprio filho, devidamente representado, na qualidade de credor dos alimentos, o direito de pedir a prestação de contas daquele que os administra, na estrita forma do art. 550 do CPC.

Isso posto, nego provimento ao recurso de apelação. Custas pelo apelante.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO SOBRINHO E JAIR VARÃO.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

Apelação cível - Revisional de contrato - Revelia - Efeitos - Capitalização de juros - Ausente prova da contratação - Abusividade - Tarifa de avaliação do bem - Serviço não comprovado - Registro do contrato - Comprovação - Legalidade - Juros moratórios - Limitação.

- Da revelia resultam duas consequências, uma de natureza material - a presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados pela parte autora - e outra de cunho processual - a dispensa de intimação da ré para os atos subsequentes. Assim, mesmo nos casos de revelia, o pedido inicial somente será julgado procedente se provado o direito material pretendido, sendo possível, para tanto, a análise das provas carreadas aos autos por ambas as partes.

- A cobrança de juros capitalizados em contratos que envolvam instituições financeiras após março de 2000, em virtude do disposto na MP 1.963-17/2000, é permitida, desde que pactuada de forma expressa (Súmulas 539 e 541 do STJ).

- Não comprovada pela instituição financeira a efetiva avaliação do bem, considera-se ilegítima a cobrança de valores a tal título, os quais devem ser restituídos.

- É válida a cobrança pelo Registro do Contrato, também chamada de registro do gravame, ressalvada a abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva em cada caso concreto. Nos termos da Súmula 379 do STJ: "nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês".

Apelação Cível nº 1.0000.21.032355-6/001 - Comarca de Caeté - Apelante: Antonio Santiago dos Santos - Apelado: Itau Unibanco S.A. – 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 parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2021. - *Fernando Caldeira Brant*. – Relator.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Desejo registrar que ouvi a sustentação oral do I. Advogado, Dr. Renan Ignachiti Caclihas, pelo apelado, agradecendo os subsídios trazidos para o julgamento, observando, entretanto, que o ilustre causídico reafirmou os pontos de suas argumentações recursais.

De qualquer forma nos alenta, após a apresentação, registrar que, no voto que submeto aos meus pares a seguir, trato das questões todas que foram levantadas no recurso, como passo a demonstrar.

Voto

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso de apelação, interpostos por Antonio Santiago dos Santos, contra r. sentença que, nos autos da ação de revisão contratual ajuizada em desfavor de Itau Unibanco S.A., julgou improcedente os pedidos iniciais, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais, acaso existentes, e honorários de sucumbência, fixados em R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), suspensa a exigibilidade nos termos do art. 98, § 3º, do CPC (f. 139/142, documento único).

Em suas razões, o apelante ressalta que o réu foi intimado para juntar aos autos o contrato firmado entre as partes, contudo, permaneceu inerte e somente depois juntou documentos referentes ao seguro, avaliação do bem e registro de contrato. Desse modo, pretendo ao recorrente seja aplicada a norma prevista no art. 400 do CPC, presumindo-se verdadeiros os fatos alegados na peça de ingresso, declarando nulas as cláusulas de capitalização mensal; tarifa de avaliação de bem; tarifa de registro de contrato e cobrança de juros moratórios acima de 1% (um por cento) ao mês (f. 146/153, documento único).

Contrarrazões às f. 157/167, documento único. É o Relatório.

Tempestividade e preparo

O recurso é tempestivo, uma vez que, entre a publicação da sentença e a interposição do apelo, não decorreu prazo legal (f. 277, do documento único); dispensado o preparo, visto que o recorrente está amparado pelo benefício da assistência judiciária gratuita.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Mérito

Conforme se infere da inicial, o autor ajuizou o presente feito pretendendo revisar o contrato de financiamento de veículo firmado com o réu, alegando abusividade na cobrança de juros remuneratórios, capitalização mensal dos juros, encargos de mora e tarifas de despesas pela concessão do crédito. Formulou pedido liminar e a exibição do contrato pela instituição financeira.

A instituição financeira requerida foi intimada para apresentar contestação e juntar aos autos cópia dos instrumentos contratuais de financiamento objeto da lide (f. 57/60, documento único), contudo, permaneceu inerte, conforme certidão de decurso de prazo juntada à f. 59, documento único.

Em seguida, extemporaneamente, o banco peticionou aos autos defendendo a legalidade dos juros remuneratórios e da capitalização de juros, afirmou que não houve previsão de comissão de permanecia e negou a abusividade das cláusulas que dispõem sobre os encargos de normalidade, anormalidade e taxas administrativas (f. 69/80, documento único).

Posteriormente, juntou cópia da proposta de seguro, termo de avaliação de veículo, registro de contrato (f. 99/104, documento único).

Na sentença, por entender que não houve demonstração dos fatos constitutivos do direito pleiteado na peça exordial, o magistrado julgou improcedente o pleito autoral.

Contra tal decisão, se insurge o apelante pretende que, em razão do reconhecimento da revelia da parte apelada, sejam julgados procedentes seus pedidos iniciais.

Pois bem.

Nos termos do art. 344 do CPC, "se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor". Portanto, o não comparecimento do réu no processo gera a presunção de que os fatos narrados na inicial são verdadeiros, estando o autor dispensado de apresentar qualquer prova que confirme os fatos por ele afirmados.

Essa presunção, no entanto, não é absoluta, estando limitada às questões de fato, o que significa dizer que as questões de direito devem ser, normalmente, submetidas à análise do juiz. Assim, o simples fato de o réu ser revel não torna o autor, instantaneamente, vencedor da causa, dado que suas arguições devem ser sopesadas em conjunto aos demais elementos probatórios constantes no feito.

Feitos tais esclarecimentos acerca do instituto da revelia, passo ao exame do mérito propriamente dito.

Inicialmente, quanto à capitalização mensal de juros, importante salientar que o ordenamento jurídico permite tal prática em contratos bancários, por força da Medida Provisória 1.963-17/2000 (posteriormente republicada como 2.170-36/2001), a qual, em seu art. 5º, prevê que: "nas operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

E, conquanto o referido artigo esteja com sua constitucionalidade questionada no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2316-1, a qual ainda pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal, como bem ressaltou a Ministra Nancy Andrighi:

> até que seja encerrado o julgamento do referido processo, deve prevalecer a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01, que admite a capitalização mensal de juros nas operações realizadas por instituições financeiras. O princípio da imperatividade assegura a auto-executoriedade das normas jurídicas, dispensando prévia declaração de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Ainda que esta presunção seja *iures tantum*, a norma só é extirpada do ordenamento com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade (REsp. 1.061.530/RS, Dje. 10.03.2009).

Com base nesse entendimento, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, maior guardião da lei federal, publicou a Súmula 539, onde se lê: "É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31.03.2000 (MP nº 1.963-17/2000, reeditada como MP nº 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada".

Ao passo que, em relação à forma de contratação, enunciou aquela Corte Superior, através da Súmula 541, o seguinte: "A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada".

Na hipótese dos autos, não restou comprovado que fora pactuada a capitalização de juros, uma vez que, como já mencionado, o contrato não fora juntado aos autos e inexiste qualquer documento que demonstre o contrário. Desse modo, diante da falta da cópia do contrato, não há como se verificar a expressa pactuação da capitalização de juros, pelo que deve ser vedada a cobrança.

Sobre o tema, vale trazer a baila o julgado do e. Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Revisional de contrato bancário. Contrato ausente. Impossibilidade de aferir a taxa de juros remuneratórios. Precedentes. Impossibilidade de comprovar a contratação da capitalização mensal dos juros. Incidência da Súmula 7 do STJ. Decisão mantida. 1. A parte agravante não traz razões suficientes para infirmar a decisão agravada. Destarte, deve ser mantida a decisão agravada por seus jurídicos fundamentos. 2. Conforme entendimento da Segunda Seção do STJ, os juros remuneratórios devem ser limitados à taxa média de mercado quando não há como apurar a taxa cobrada pela instituição financeira da contratada. Precedentes. 3. Igualmente, diante da falta da cópia do contrato, não há como verificar a expressa pactuação da capitalização de juros. Por conseguinte, não pode ser cobrada pela instituição financeira. Assim sendo, a inversão de tal julgado demandaria a análise do conteúdo fático-probatório encartado nos autos, vedada nesta esfera recursal extraordinária, em virtude do óbice contido no Enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 4. A interposição, nesta Corte, de agravo regimental manifestamente infundado torna forçosa a aplicação da multa prevista no artigo 557, § 2º, do Código de Processo Civil. 5. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgRg no AREsp 406.540/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 15.05.2014, DJe 22.05.2014).

Lado outro, em relação à legitimidade da cobrança pelo banco de tarifas administrativas, saliento que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.578.553/SP, submetido ao rito do art. 1.040 do CPC, decidiu pela "abusividade da cláusula que prevê a cobrança de ressarcimento de serviços prestados por terceiros, sem a especificação do serviço a ser efetivamente prestado", e pela

> validade da tarifa de avaliação do bem dado em garantia, bem como da cláusula que prevê o ressarcimento de despesa com o registro do contrato, ressalvadas a abusividade da cobrança por serviço não efetivamente prestado e a possibilidade de controle da onerosidade excessiva, em cada caso concreto.

A esse respeito, o requerido apresentou, extemporaneamente, cópia da proposta de seguro; termo de avaliação de veículo e registro de contrato (f. 99/104, documento único).

Nesse ponto, ressalte-se que, nos termos do art. 349 do CPC "ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção". Assim, ingressando no processo em momento oportuno, poderá o revel, inclusive, produzir provas, sendo esse o teor da Súmula 231 do

Supremo Tribunal Federal: "O revel, em processo cível, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno."

Sendo assim, devem ser considerados os documentos juntados pela instituição financeira, visto que produzidos oportunamente, ou seja, antes do término da fase instrutória.

Esclarecido isso, tendo sido juntado aos autos o documento de f. 104, documento único, o qual comprova a baixa do gravame, mostra-se lícita a cobrança da Tarifa de Registro do Contrato.

Todavia, revela-se abusiva a cobrança da Tarifa de Avaliação do Bem, haja vista não ter sido comprovada pela parte ré a contratação de um terceiro para tal avaliação, não se prestando para tanto o Termo de Avaliação de Veículo apresentado (f. 102, documento único), pois nada mais é que uma consulta feita pelo próprio credor da existência de débitos pendentes e/ou restrições no veículo.

Finalmente, não vindo aos autos o contrato e aplicado o disposto no art. 400 do CPC, devem ser consideradas verdadeiras as alegações da parte autora, no sentido de que houve cobrança de juros moratórios acima de 1% (um por cento) ao mês, razão pela qual determino que a incidência de juros de mora seja de 1% (um por cento) ao mês, nos termos a Súmula 379 do STJ: "nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês".

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso para, reformando a sentença, declarar a ilegalidade da capitalização de juros, da tarifa de avaliação do bem e para limitar a incidência dos juros moratórios em 1% (um por cento) ao mês, nos termos a Súmula 379 do STJ. Consequentemente, determino o recálculo do débito, para que eventual saldo positivo verificado em favor da parte autora seja-lhe restituído, de forma simples, corrigido monetariamente, com base nos índices divulgados pela CGJ, a partir de cada desembolso, e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Em razão da sucumbência recíproca, o réu deve arcar com 80% (oitenta por cento) das custas processuais, inclusive recursais, assumindo a autora os 20% (vinte por cento) restantes, observada a mesma proporção quanto aos honorários de advogado, os quais majoro em 2% (dois por cento), considerado o valor fixado na sentença.

Ressalto que a exigibilidade quanto aos ônus de sucumbência permanece suspensa em relação à autora, uma vez que litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Vicente de Oliveira Silva e Manoel dos Reis Morais.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível e reexame necessário - Ação previdenciária - Aposentadoria por invalidez - Comprovação da invalidez total e permanente decorrente de acidente de trabalho - Benefício - Direito reconhecido - Concessão retroativa à data da cessação do auxílio-doença - Consectários da condenação - Correção monetária - Aplicação do INPC - Juros de mora - 1% ao mês até 29.06.2009 e, a partir de 30.06.2009, índices aplicáveis às cadernetas de poupança - Entendimentos consolidados pelo STF no RE nº 870.947/SE e pelo STJ no RESP nº 1495146/MG - Honorários advocatícios - Sentença ilíquida - Arbitramento em liquidação - Observância do art. 85, § 4º, II, do CPC/2015 e da Súmula 111 do STJ.

- Restando comprovada a incapacidade total e permanente do autor para o exercício da atividade que até então desempenhava, bem como o nexo causal entre a incapacidade laboral e as sequelas adquiridas no exercício das atividades desenvolvidas, deve ser-lhe reconhecido o direito à percepção do benefício de aposentadoria por invalidez, desde a data da cessação do benefício auxilio doença. Nos termos dos entendimentos consolidados pelo Colendo STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, e pelo STJ, em sede do Recurso Especial nº 1495146/MG, as condenações judiciais de natureza previdenciária impostas à Fazenda Pública deverão sofrer correção monetária pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal até a entrada em vigor da Lei nº 11.430/2006 e, a partir de então, pelo INPC, desde a data em que os respectivos pagamentos eram devidos. Deverão ser ainda acrescidas de juros de mora, estes no percentual de 1% ao mês até 29.06.2009 e, a partir de 30.06.2009, pelos índices aplicáveis às cadernetas de poupança, na forma prevista no art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Tratando-se de ação previdenciária e de sentença, ainda ilíquida, proferida contra a Fazenda Pública, a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deverá ocorrer na fase de liquidação da sentença, nos termos do inciso II, § 4º, do art. 85, do CPC/2015, com observância dos critérios traçados pelo § 3º do mesmo dispositivo legal e sem perder de vista o disposto na Súmula 111 do STJ.

Apelação Cível nº 1.0079.10.034408-8/003 - Comarca de Contagem - Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social - Apelado: Otto Antônio Eustáquio da Silva. – Relator: Des. Arnaldo Maciel.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em reexame, rejeitar a preliminar, modificar em parte a sentença e julgar prejudicado o recurso voluntário.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2020. - *Arnaldo Maciel*. – Relator.

Voto

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de reexame necessário e também de recurso de apelação, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, contra a sentença anexada ao Id 450439100019, proferida pelo MM. Juiz Rogério Braga, que julgou procedente o pedido formulado na Ação de Restabelecimento de Auxílio Doença c/c Aposentadoria ajuizada por Otto Antônio Eustáquio da Silva, para conceder ao autor o benefício da aposentadoria por invalidez a partir de 21.01.2010, incidindo correção monetária a partir do vencimento de cada parcela em atraso, segundo os índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal e juros de mora de 0,5% ao mês a contar da citação, condenando ainda a autarquia ré no pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, bem como dos honorários periciais, estes fixados no valor de R$1.200,00 (mil e duzentos reais), devidamente corrigidos pelo índice oficial da caderneta de poupança. Por fim, determinou a manutenção da tutela antecipada e o envido dos autos a esta Instância Superior.

Nas razões recursais anexadas ao Id 450439100025, sustenta o apelante que o apelado não faria jus à aposentadoria, ao argumento de que não teria sido demonstrada a incapacidade total e permanente, uma vez que o perito teria afirmado que a incapacidade seria parcial e permanente, e que o apelado não seria insusceptível de reabilitação que lhe garantisse subsistência, podendo exercer, por exemplo, a profissão de porteiro, razão pela qual somente teria direito ao auxílio doença, requerendo, ao final, a suspensão do processo até ulterior decisão definitiva dos embargos de declaração opostos no RE 870.947/SE, a aplicação da Lei nº 9 11.960109 quanto à TR ao menos até a data do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, bem como a aplicação da atualização dos débitos da Fazenda Pública em conformidade com o conteúdo decisório firmado por ocasião do julgamento em definitivo dos declaratórios no RE 870.947/SE.

Recurso isento de preparo, nos termos da Lei Estadual nº 14.939/2003.

Intimado, ofertou o apelado as contrarrazões anexadas ao Id 450439100040, suscitando a preliminar de não conhecimento do recurso, por intempestividade, pleiteando, no mérito, pela manutenção da sentença de 1º Grau.

Tratando-se de pressupostos de admissibilidade, passo, inicialmente, à análise da preliminar de não conhecimento do recurso suscitada em contrarrazões.

Antes de adentrar na análise da preliminar, faço consignar que o julgamento do presente processo deverá se submeter às normas do Novo Código de Processo Civil de 2015, considerando a data da publicação da decisão que motivou a interposição do recurso ora analisado, em observância ao Enunciado 54 deste Egrégio Tribunal de Justiça e à regra insculpida no art. 14 da nova lei.

Preliminar

Não conhecimento do recurso - Intempestividade

Suscita o autor/apelado, em contrarrazões, a preliminar de intempestividade do recurso, ao argumento de que teria sido interposto no dia 09.09.2019, tendo a contagem do prazo em dobro, totalizando 30 (trinta) dias, encerrado no dia 15.08.2019.

Nos termos do art. 183 do CPC/2015, as autarquias, como o instituto réu, ora apelante, gozam de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem tem início a partir da intimação pessoal.

No caso dos autos, depreende-se, pela certidão de f. 04 do Id 450439100019, que o expediente relativo à sentença de 1º Grau foi disponibilizado no DJE no dia 02.07.2019 (terça-feira) e considerado publicado no dia 04.07.2019 (quinta-feira), de modo que, a princípio, a contagem do prazo de 30 (trinta) dias úteis para a interposição da apelação teria início na sexta-feira, 05.07.2019, e se encerraria em 15.08.2019, mas tendo o presente recurso sido apresentado apenas em 09.09.2019, como se verifica do protocolo constante do Id 450439100025.

Contudo, analisando detidamente os autos, constata-se que o instituto apelante não foi pessoalmente intimado, como determina o art. 183 do CPC/2015.

De tal sorte, como o instituto apelante sequer foi pessoalmente intimado quanto à sentença de 1º Grau, não há como reconhecer a intempestividade recursal.

Diante de tais considerações, fica rejeitada a preliminar.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e, tratando-se de feito em que também se aplica o disposto no art. 496, I do CPC/2015, passo ao exame do recurso oficial, que devolve ao Tribunal toda a matéria discutida na sentença.

De inicio, cumpre registrar que não merece acolhida a pretensão do instituto réu envolvendo a suspensão do feito, uma vez que, em 03.10.2019 o STF, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida no RE 870947/SE.

Pois bem, após analisar detidamente os elementos informativos dos autos, é forçoso reconhecer que a sentença de 1º Grau não merece qualquer reparo, por entender que restou efetivamente comprovado o direito do apelante à percepção do benefício de aposentadoria por invalidez.

Antes de qualquer consideração, cumpre salientar que a aposentadoria por invalidez acidentária é devida ao segurado incapacitado total e permanentemente para o exercício de atividade laborativa que lhe garanta a subsistência, consoante dispõe o art. 42 da Lei nº 8.213/91.

No caso posto em análise, o laudo pericial anexado às f. 39/47 do Id 450439000210 atestou que o apelante encontra-se parcial e permanentemente incapaz para a atividade que antes exercia de pintor industrial, haja vista que, em decorrência do acidente de trabalho sofrido, apresenta Síndrome do Manguito Rotador em ombro esquerdo, com limitação dos movimentos e sem perspectiva de melhora, além de possuir Opacificação Corneana, Dorsalgia, Hipertensão Arterial e Insuficiência Vascular de MIE, situação que o permite apenas realizar funções que não requeiram esforço físico.

A condição de saúde do segurado fez o perito concluir pela existência de incapacidade parcial, supondo, assim, que ele não seria insusceptível de habilitação que lhe garantisse a subsistência, podendo, por exemplo, exercer a função de porteiro, e o que levou o instituto apelante a concluir pela ausência do direito autoral de obtenção da aposentadoria por invalidez pretendida.

No entanto, ouso discordar de tais entendimentos.

É que tal solução implica na conclusão de que a aposentadoria por invalidez somente poderia ser concedida no caso de invalidez para toda e qualquer atividade, o que resultaria, por sua vez, na concessão do benefício somente àquelas pessoas que se encontrassem em situação total de invalidez, ou seja, em estado vegetativo, exigência esta que, sem dúvida alguma, é absurda, desumana e inadmissível.

Ora, o segurado em questão trata-se de pessoa que trabalhava como pintor industrial, atividade eminentemente braçal, que requer esforço físico, mas com limitação exatamente em seu membro superior esquerdo e insuficiência vascular de MIE, além do fato de possuir atualmente 61 anos, idade em que, por certo, terá grande dificuldade de se reinserir no mercado de trabalho, especialmente sendo portador de uma lesão no ombro.

Aliás, o próprio perito afirmou que a reinserção do autor no mercado de trabalho após a reabilitação seria difícil devido a sua idade e limitações.

Tais dados são mais do que suficientes para demonstrar a impossibilidade de vir o apelante a ser efetivamente reabilitado, bem como para comprovar a sua incapacidade para o exercício de qualquer atividade laboral e, portanto, o seu direito à aposentadoria por invalidez pretendida, o que impõe a manutenção integral da sentença de 1º Grau.

Outro não é o entendimento deste Eg Tribunal, senão vejamos:

> Acidente do trabalho. Benefício acidentário. Aposentadoria por invalidez. Trabalhador braçal. Capacidade de trabalho reduzida. Impossibilidade de reabilitação. INSS. Benefício concedido. O segurado trabalhador braçal, portador de capacidade de trabalho reduzida, impossibilitado de reabilitação, faz jus ao benefício acidentário de aposentadoria por invalidez, a partir da data de sua constatação nos autos, cujos valores deverão ser corrigidos no período compreendido entre o mês em que deveria ter sido pago o benefício e o mês do efetivo pagamento e acrescidos de juros de mora a partir da citação (Apelação Cível n° 2.0000.00.496918-6/000 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Wilson Bento Marcelino Ma-

chado - Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS - Relator: Exmo. Sr. Des. Batista de Abreu).

Aposentadoria por invalidez. Acidente de trabalho. INSS. Invalidez comprovada. Termo inicial de concessão do benefício. - Demonstrados os requisitos indispensáveis para o deferimento da aposentadoria por invalidez, quais sejam, ocorrência de acidente, nexo causal deste com as atividades laborais e lesões e sequelas que implicaram a perda da capacidade laborativa do empregado e a relação de causalidade entre o sinistro e essas lesões, é de rigor o deferimento do benefício. - O termo inicial para a concessão da aposentadoria é o do reconhecimento da invalidez pela perícia médica, nos termos do § 1º, do art. 43 da Lei 8213/91 (Apelação Cível nº 2.0000.00.495718-2/000 - Comarca de Passos - Apelantes: o Juízo, Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, Gonçalves Mariano - Apelados: os mesmos - Relator: Exmo. Sr. Des. Tarcisio Martins Costa).

Acidente de trabalho. Tutela antecipada contra o segurador oficial. Possibilidade. Trabalhador rural. Perda da capacidade. Aposentadoria por invalidez. Termo inicial. Correção monetária. Honorários advocatícios. Para a outorga da tutela antecipada hão de estar demonstrados, inequivocamente, a verossimilhança do direito pleiteado e o evidente receio de dano irreparável ou de difícil reparação, sem o que não se deve conceder a medida. Excetuados os casos expressamente previstos no art. 1º da Lei 9.494/97, pode-se deferir tutela antecipada em face da Fazenda Pública. A aposentadoria por invalidez é benefício previdenciário concedido aos trabalhadores por doença ou por acidente, como o ocasionado com trabalhador braçal, insusceptível de reabilitação, considerado plenamente incapacitado para trabalhar em suas funções profissionais ou realizar qualquer outra atividade laborativa que garanta o seu sustento. Assim, provada a incapacidade laborativa do segurado, confere-se este o benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, desde a juntada do laudo pericial aos autos. A correção monetária incide a partir do vencimento de cada uma das parcelas do benefício devidas ao segurado. Vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados de acordo com apreciação equitativa do juiz, segundo o art. 20, § 4º do CPC (Apelação Cível / Reexame Necessário nº 1.0395.05.010441-7/002 - Comarca De Manhumirim - Remetente: Jd 1 V Comarca Manhumirim - 1º apelante: Atanael Marcilio Ribeiro - 2º apelante: INSS Inst Nacional Seguro Social - Apelados: INSS Inst Nacional Seguro Social, Atanael Marcilio Ribeiro - Relator: Exmo. Sr. Des. Duarte de Paula).

Relativamente ao termo inicial do recebimento da aposentadoria por invalidez acidentária, entendo que o autor tem direito ao recebimento de tal benefício desde a data da cessação do pagamento do auxílio-doença, em 21.01.2010, uma vez que o perito reconheceu que a invalidez do autor teve início em 20.02.2005, ocasião em que foi concedido o benefício de auxilio-doença.

No que diz respeito aos encargos que deverão incidir sobre os valores devidos ao autor, o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com a nova redação dada pelo art. 5º, da Lei nº 11.960/09, assim dispõe:

O art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

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.

No entanto, o Colendo STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, submetido à repercussão geral, consolidou a tese de que o supracitado artigo, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se insuficiente a refletir a real variação de preços da economia e implica em violação ao princípio do direito de propriedade, sendo, portanto, inconstitucional.

Frente ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, o Egrégio STJ, buscando evitar lacunas sobre o tema e no intuito de traçar diretrizes sólidas, em julgamento do Recurso Especial nº 1495146/MG, pela sistemática dos recursos repetitivos, consolidou a tese de que as condenações judiciais de natureza previdenciária impostas à Fazenda Pública deverão sofrer correção monetária pelos índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal até a entrada em vigor da Lei nº 11.430/2006 e, a partir de então, pelo INPC, desde a data em que os respectivos pagamentos eram devidos.

Em contrapartida, nenhuma alteração sofreram os juros de mora, porquanto permaneceu a regra instituída no propalado art. 5º, da Lei nº 11.960/09, qual seja, a da sua incidência, uma única vez e até o efetivo pagamento, nos mesmos índices aplicáveis à caderneta de poupança, isto a partir de 30.06.2009, quando da entrada em vigor dessa lei, sendo que, até 29.06.2009, referido encargo deverá incidir no percentual de 1% (um por cento) ao mês.

Importante citar as ementas do RE nº 870.947/SE e do REsp nº 1495146/MG:

> Direito Constitucional. Regime de atualização monetária e juros moratórios incidentes sobre condenações judiciais da fazenda pública. Art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Impossibilidade jurídica da utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança como critério de correção monetária. Violação ao direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII). Inadequação manifesta entre meios e fins. Inconstitucionalidade da utilização do rendimento da caderneta de poupança como índice definidor dos juros moratórios de condenações impostas à fazenda pública, quando oriundas de relações jurídico-tributárias. Discriminação arbitrária e violação à isonomia entre devedor público e devedor privado (CRFB, art. 5º, *caput*). Recurso extraordinário parcialmente provido. 1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, 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, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado. 2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. 3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor

na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29). 4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido (RE 870947, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 20.09.2017, acórdão eletrônico DJe-262 divulg. 17.11.2017 p. 20.11.2017).

Processual Civil. Recurso especial. Submissão à regra prevista no enunciado administrativo 02/STJ. Discussão sobre a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) às condenações impostas à Fazenda Pública. Caso concreto que é relativo a indébito tributário. Teses jurídicas fixadas.1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório. 2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária. 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação. [...] 3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009). [...] 6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ (REsp 1495146/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 22.02.2018, DJe 02.03.2018).

Diante dessas considerações, impõe-se a modificação parcial da sentença de 1º Grau, no que concerne à forma de atualização do valor devido ao autor, para determinar que, sobre o montante apurado em seu favor, incidam correção monetária pelo INPC, e juros de mora uma única vez e até o efetivo pagamento, nos mesmos índices aplicáveis à caderneta de poupança.

Quando a discussão se volta para os honorários advocatícios de sucumbência, entendo que também comporta parcial reparo a sentença atacada.

É que, tratando-se de ação previdenciária e de sentença proferida contra a Fazenda Pública, mas ainda ilíquida, a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deverá ser feita apenas na fase de liquidação da sentença, nos termos do inciso II, § 4º, do art. 85, do CPC/2015, oportunidade em que deverão ser observados os critérios traçados pelo § 3º do mesmo dispositivo legal.

Nessa trilha, a fixação dos honorários advocatícios, na fase de liquidação de sentença, deverá se dar com observância dos critérios traçados pelo § 3º do art. 85, do CPC/2015 e da limitação contida na Súmula 111 do STJ, segundo a qual "os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vincendas".

Ante todo o exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença primeva, para determinar que sobre os valores apurados em favor do autor incidam correção monetária com base no INPC, desde a data em que os pagamentos eram devidos, e juros de mora, uma única vez e até o efetivo pagamento, nos mesmos índices aplicáveis à caderneta de poupança, bem como para determinar que a fixação dos honorários advocatícios, a ocorrer na fase de liquidação de sentença, dê-se com observância dos critérios traçados pelo § 3º do art. 85 do CPC/2015 e também da limitação contida na Súmula 111 do STJ.

Quanto ao mais, fica mantida a respeitável decisão hostilizada, restando prejudicado o recurso voluntário interposto pelo instituto réu.

Como a modificação da sentença primeva não implicou verdadeira sucumbência para o autor e nem em modificação do direito já reconhecido em 1º Grau, isento o INSS do pagamento das custas processuais, nos termos do inciso I, do art. 10 da Lei nº 14.939/03, e condeno-o ao pagamento dos honorários advocatícios, nos moldes definidos neste voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores João Cancio e Sérgio André da Fonseca Xavier.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REJEITARAM A PRELIMINAR, MODIFICARAM EM PARTE A SENTENÇA E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Agravo de instrumento - Ação anulatória de ato administrativo - Interdição de estabelecimento comercial - Lava a jato - Descumprimento de legislação ambiental - Presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e coercibilidade do ato administrativo.

- O ato administrativo goza de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de coercibilidade, pelo que somente podem ser afastados à luz de prova inequívoca que desconstrua esses atributos.

- É lícita a interdição de estabelecimento comercial que infringe as normas ambientais que regulamentam o escoamento de água e o descarte de resíduos lubrificantes em logradouros públicos e em cursos d›água.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.035007-0/001 - Comarca de Miraí - Agravante: Matheus Custodio Proba da Silva - Agravado: Município de Miraí. – Relator: Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2021. - *Carlos Henrique Perpétuo Braga*. – Relator.

Voto

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - Agravo de instrumento, interposto por Matheus Custódio Proba da Silva, contra a r. decisão da lavra da MM. Juíza Priscila Carvalho de Andrade, da Comarca de Miraí, que, nos autos da ação anulatória de ato administrativo c/c indenização por danos materiais e morais movida em desfavor do Município de Miraí, indeferiu a tutela de urgência, nos seguintes termos:

> [...]
>
> Busca a parte Autora a concessão de tutela de urgência, para suspender os efeitos do ato administrativo de interdição do lava-jato do autor.
>
> A concessão da tutela de urgência exige a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*), e o perigo de dano ou risco de ineficácia do resultado do processo (*periculum in mora*).
>
> O *fumus boni iuris* não está demonstrado nos autos. O reconhecimento da interdição e da alegada irregularidade da interdição depende de comprovação nos autos. Essa prova, ainda inexistente, haverá de ser produzida na fase própria, de instrução processual,

com oportunidade de exercício do contraditório e da ampla defesa. Em direito, há que se falar em presunção de legitimidade dos atos administrativos, e, no caso, sequer se fez prova da existência do ato pela municipalidade. Não há elementos de cognição suficientes, por ora, para se afastar a presunção de que goza a atuação da Administração.

Sendo assim, o direito invocado na inicial, embora hipoteticamente possível, não pode ser afirmado provável no momento.

A tutela provisória de urgência é provimento excepcional, e apenas deve ser conferido quando cabalmente presentes seus requisitos, em observância ao princípio constitucional do contraditório. Cumpre frisar que tais requisitos necessários à concessão da medida são cumulativos, ou seja, para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela é imprescindível que sejam vislumbrados concomitantemente no caso concreto.

Há que se falar, ainda, em reversibilidade, considerando que ao final, se provado o direito do autor, é possível a restauração do *status quo* ante, a partir, inclusive, de responsabilidade civil já suscitada na inicial.

Neste sentido é o entendimento do Tribunal local:

Agravo de instrumento. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela. Requisitos indicados no art. 300, do CPC. Ausência. Indeferimento. - Para deferimento do pedido de tutela antecipada, é imprescindível o preenchimento dos requisitos cumulativos indicados no art. 300, do CPC/2015. - Não comprovados os requisitos a medida deve ser indeferida, considerando que não há prejuízo de irreversibilidade. - Recurso não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento- Cv 1.0194.15.007983-9/001, Relator: Des. José Arthur Filho, 9ª Câmara Cível, j. em 06.09.2016, p. em 23.09.2016).

Não verificado o *fumus boni iuris*, o indeferimento se impõe, com necessidade de abertura ao contraditório.

Diante do exposto, indefiro o pedido de tutela provisória de urgência (evento 03).

O agravante, em razões recursais, aduziu que o seu estabelecimento (lava a jato) foi interditado por servidor municipal, sem a prévia instauração de processo administrativo, o que lhe impediu de se inteirar dos seus motivos.

Aduziu que o servidor municipal, nomeado para cargo em comissão de Coordenador da Defesa Civil, não detém atribuições para promover a interdição de estabelecimentos privados.

Requereu a concessão de tutela recursal de urgência, para suspender os efeitos do ato administrativo questionado, viabilizando o retorno imediato de suas atividades.

Ao final, pediu o seu provimento, para confirmar a tutela recursal antecipada.

Preparo não recolhido.

Indeferiu-se a antecipação de tutela recursal postulada pelo agravante (evento 38).

Manteve-se a decisão, em sede de embargos de declaração (autos n° 1.0000.21.035007-0/002).

A MM. Juíza informou que não se rendeu aos argumentos do agravante (evento 39).

O agravado apresentou contrarrazões, pedindo o desprovimento do recurso (evento 40). Instruiu a peça com documentos (eventos 41/42).

Concedeu-se vista ao agravante para se manifestar sobre os documentos que instruíram as contrarrazões (evento 44), ocasião em que reiterou os termos da peça recursal (evento 45).

Os autos vieram-me conclusos em 13.05.2021. É o Relatório, na essência.

Trata-se de ação anulatória de ato administrativo, movida pelo agravante em desfavor do Município de Miraí, postulando a anulação de ato administrativo de interdição do seu estabelecimento comercial.

Constou da inicial que, em 26.01.2021, o seu estabelecimento, situado na rua Zumbi dos Palmares, nº 294, Tucano, no Município de Miraí/MG, foi interditado, sem prévia comunicação.

O agravante solicitou informações sobre os motivos da interdição, requerendo, ainda, a apresentação do processo administrativo que ensejou o ato administrativo (evento 09).

O requerimento, no entanto, não foi respondido até a data da propositura da ação em que se proferiu a decisão agravada.

A análise judicial de ato administrativo deve ater-se ao controle de legalidade, sob pena de indevida incursão no mérito administrativo pelo Poder Judiciário, o que violaria o sistema de tripartição de poderes previsto na Constituição da República.

Leciona José dos Santos Carvalho Filho 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, ao se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição dos Poderes (art. 2º) (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 1016/1017).

A inobservância das normas procedimentais que regem os processos administrativos, especialmente daquelas que tutelam as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, enseja a nulidade do procedimento e, por arrastamento, do ato ou decisão administrativa.

Há muito o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento nesse sentido:

> Processo Civil. Administrativo. Servidor público. Aposentadoria. Revisão unilateral. Ofensa ao contraditório e ampla defesa. Ocorrência. Análise pela instância recursal. Possibilidade. Recurso provido. 1 - O *mandamus* foi impetrado contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, que anulou aposentadoria concedida à servidora ocupante do cargo de Oficial de Justiça. 2 - O recurso ordinário em mandado de segurança não se encontra limitado pelo requisito do prequestionamento, pois é espécie de recurso no qual o STF e o STJ exercem jurisdição ordinária, isto é, como segunda instância de julgamento. 3 - Estando devolvida ao STJ a análise da legalidade do ato de revisão da aposentadoria - apreciada na origem - a profundidade do efeito devolutivo é ampla, sendo possível que a instância revisora aprecie a higidez do ato coator também sob a ótica da observância do devido processo legal. Saliente-se que, na hipótese, a alegativa de ofensa ao contraditório e à ampla defesa foi suscitada pela impetrante, tanto na inicial, como no recurso interposto perante esta Corte. 4 - Segundo a jurisprudência do STJ, a desconstituição de ato administrativo que repercuta na esfera individual dos servidores ou administrados deve ser precedida de prévio procedimento administrativo que assegure a observância do contraditório e da ampla defesa. 5 - No caso, a revisão do ato de aposentadoria ocorreu unilateralmente, sem a instauração de prévio processo administrativo, em flagrante desrespeito à ampla defesa e ao contraditório, o que acarreta o reconhecimento de sua nulidade. 6 - Recurso ordinário em mandado de segurança provido (RMS 31.829/GO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 28.09.2010, DJe 19.10.2010).

O ato administrativo, no entanto, goza de presunção de legitimidade, de autoexecutoriedade e de coercibilidade, atributos estes que somente podem ser afastados diante de prova inequívoca em sentido contrário.

Sobre o tema:

> Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota Diez.
>
> Essa característica não depende de lei expressa, mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado. Vários são os fundamentos dados a essa característica. O fundamento precípuo, no entanto, reside na circunstância de que se cuida de atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, imbuídos, como é natural, do objetivo de alcançar o interesse público que lhes compete proteger. Desse modo, inconcebível seria admitir que não tivessem a aura de legitimidade, permitindo-se que a todo momento sofressem algum entrave oposto por pessoas de interesses contrários. Por esse motivo é que se há de supor que presumivelmente estão em conformidade com a lei. É certo que não se trata de presunção absoluta e intocável. A hipótese é de presunção *iuris tantum* (ou relativa), sabido que pode ceder à prova em contrário, no sentido de que o ato não se conformou às regras que lhe traçavam as linhas, como se supunha. 68 Efeito da presunção de legitimidade é a autoexecutoriedade, que, como veremos adiante, admite seja o ato imediatamente executado. Outro efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo." (FILHO. Manual de Direito Administrativo. 2014, p. 123)

Os documentos que instruíram o presente recurso, no entanto, não comprovaram os vícios apontados pelo recorrente.

Com efeito, o agravante informou que soube por vizinhos que o seu estabelecimento foi interditado e que o servidor que presidiu o ato ocupa cargo de Coordenador da Defesa Civil no Município.

Não apresentou, no entanto, qualquer documento formal da administração pública municipal que comprovasse a interdição do seu estabelecimento nem que o ato tenha sido praticado por servidor sem atribuições para tanto.

Os únicos documentos que, na visão do agravante, comprovam a prática do ato administrativo são o boletim de ocorrência lavrado pela Polícia Militar, contendo a sua versão dos fatos, idêntica à narrada nas razões recursais, e o requerimento de informações protocolizado na Prefeitura de Miraí (eventos 07 e 09).

Já o Município de Miraí, em contrarrazões, informou que os fiscais municipais constataram que o lava a jato do agravante estava escoando resíduos de lavagem de veículos na via pública e em terrenos vizinhos, formando um curso d'água que conduzia os rejeitos até o Rio Fubá, danificando o meio ambiente.

Aduziu, ainda, que os serviços de lavagem e de lubrificação de veículos só podem ser realizados em locais apropriados, dotados de instalações destinadas a evitar a acumulação de água e resíduos lubrificantes no solo ou seu escoamento para o meio ambiente - art. 182, § 3º, da Lei Municipal nº 1.460/2009 (Código de Posturas Municipal).

Asseverou, ainda, que a referida legislação municipal autoriza a aplicação de multa e, a critério da autoridade, a interdição do estabelecimento que operar em desacordo com as posturas municipais.

Acrescentou que o terreno em que está instalado o estabelecimento do agravante é oriundo de invasão e está situado entre a rodovia MG-265 e a Rua Zumbi do Palmares, no bairro Tucano, local este correspondente a faixa *non aedificandi* da rodovia.

Além de tudo, o lava a jato do agravante está situado logo abaixo de um talude descoberto, já em processo de erosão e deslizamento de terra, com risco iminente de desmoronamento.

As informações prestadas pelo agravado constaram do Parecer Técnico nº 05/2021-SE, emitido pelo setor de engenharia do Município, que instruiu as contrarrazões.

Essas informações, em uma primeira análise, própria deste momento processual, dão conta de que ainda que sanadas as irregularidades decorrentes do escoamento e descarte de resíduos no meio ambiente, o retorno das atividades do lava a jato colocariam em risco as pessoas que nele trabalham e os usuários do serviço.

Por fim, a eventual inobservância, pelo Município de Miraí, ora agravado, do devido processo administrativo para interdição do estabelecimento do agravante, não invalida o ato administrativo

ora questionado, porque a interdição do estabelecimento era necessária e urgente, já que colocava em risco a vida dos usuários do serviço e dos demais cidadãos.

Logo, impõe-se a manutenção da decisão agravada, até que se esclareçam, na fase de instrução, as reais proporções dos danos ambientais causados pelo exercício da atividade comercial.

Dispositivo

Posto isso, encaminho a votação no sentido de negar provimento ao recurso.

Custas pelo agravante.

Suspendo, contudo, a exigibilidade da cobrança, por ser beneficiário da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Wagner Wilson Ferreira e Bitencourt Marcondes.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Direito Ambiental - Ação civil pública - Tutela de urgência - Proibição de intervenção na área - Elaboração e execução de plano de recuperação - Preenchimento dos requisitos - Dano ambiental comprovado - Área degradada - Inexistência de autorização do órgão competente - Perigo de danos ambientais irreversíveis - Inércia do Ministério Público - Contradição com a alegação de urgência - Inexistência - Trâmites do inquérito civil - Observância do devido processo legal - Tentativa de solução extrajudicial - Irreversibilidade das medidas - Ausência - Dano inverso.

- Sabidamente, com base no art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência será concedida sempre que presente a probabilidade do direito e o risco de dano ou ao resultado útil do processo.

- Restando demonstrada a ocorrência de dano ambiental e degradação de área no imóvel do agravante, localizada na Mata Atlântica, bioma de proteção especial, bem como que este não possuía autorização dos órgãos ambientais competentes para tanto, configurada está a probabilidade do direito.

- Lado outro, em situações de danos ambientais, marcados pela possibilidade de irreversibilidade e gravidade ao interesse público, o perigo de dano é patente, não sendo suficiente para sua descaracterização a mera alegação de demora do Ministério Público para propor a ação civil pública, tendo em vista que o inquérito civil é estruturado com vistas à garantia do devido processo legal, bem como a tentativa de solução extrajudicial da controvérsia, por meio da celebração de TACs.

- Muito embora se trate de medidas de difícil reversão, a determinação de elaboração e execução de plano de reconstituição da área e da flora merece ser mantida quando presentes elementos aptos a demonstrar a intervenção indevida e a ocorrência de danos ambientais de caráter irreversível, os quais podem se agravar se não adotadas as medidas cabíveis.

Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.21.035154-0/001 - Comarca de Pedra Azul - Agravante: Osmar Ferraz de Souza - Agravado: Ministério Público – MPMG. – Relator: Des. Versiani Penna.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Versiani Penna*. – Relator.

Voto

DES. VERSIANI PENNA - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Osmar Ferraz de Souza, em face da decisão que, nos autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, deferiu a tutela de urgência pleiteada para determinar que o réu "não realize intervenção na área objeto de autuação, junto à Fazenda Engenho, localizada na zona rural do Município de Águas Vermelhas/MG, conforme as coordenadas descritas no boletim de ocorrência" e que proceda

> à elaboração de PTRF - Projeto de Reconstituição da Flora, acompanhado do respectivo cronograma de execução, bem como ART - Anotação de Responsabilidade Técnica, a ser submetido ao Instituto Estado de Florestas, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, bem como a implementar o PTRF, conforme aprovação pelo órgão ambiental e nos prazos contemplados nos cronogramas de execução,

sob pena de multa diária de R$500,00 (quinhentos reais), limitada ao teto de R$100.000,00 (cem mil reais).

Em suas razões, em suma, sustenta o agravante que não foi responsável pela degradação ambiental apontada. Aduz que, na realidade, a propriedade rural em questão já possuía histórico de antropização há várias décadas para o cultivo de milho, mandioca e pastagens. Nessa conjectura, pontua que não cometeu qualquer infração ambiental, considerando que a área já se encontrava desmatada, conforme laudo técnico acostado aos autos. Desta feita, defende que não se fazem presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência, sobretudo quanto ao perigo da demora, pois afirma que a presente ação foi ajuizada apenas após dois anos da constatação do dano. Lado outro, sustenta que a questão demanda maior dilação probatória para que se possa concluir pela sua responsabilidade no presente caso, inclusive considerando que as obrigações determinadas impõem-lhe um enorme ônus. Diante disso, requereu a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, e, ao final, o seu provimento.

A decisão de ordem nº 23, que recebeu o presente agravo de instrumento, negou a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, recebendo-o apenas em seu efeito devolutivo.

Intimada a apresentar contraminuta ao presente recurso, o agravado sustenta que não há razões para a reforma da decisão, tendo em vista que preencheu os pressupostos para a concessão da tutela de urgência, devendo pautar-se a questão pelos princípios da precaução e preservação. Quanto à probabilidade do direito, aduz que se faz presente uma patente verossimilhança em suas alegações, pois restou evidenciada a degradação ambiental no imóvel do agravante, localizado em área remanescente da Mata Atlântica, com a supressão da vegetação nativa, sem qualquer autorização do órgão competente. Noutro giro, pontua que restou demonstrado o perigo de dano, na medida em que a manutenção das atividades do agravante no local afetado pode causar danos irreversíveis ao meio ambiente. A propósito, pondera que o tempo decorrido entre a instauração do inquérito civil e o ajuizamento da presente ação em nada se relaciona com a existência de urgência, tendo em vista a necessidade de observar o devido processo legal, bem como de oportunizar a resolução da con-

trovérsia sem a necessidade de intervenção do Órgão Judiciário, inclusive por meio da celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), o que restou infrutífero.

Em manifestação posterior, o agravante retifica suas razões, concordando com a determinação de não realizar intervenções na área objeto de autuação. Contudo, reitera que a obrigação de elaborar e implementar o PTRF (Projeto de Reconstituição da Flora), cronograma de execução e ART (Anotação e Responsabilidade Técnica) constitui um ônus enorme e que requer maior dilação probatória, inclusive em razão de sua irreversibilidade.

Em parecer de ordem nº 29, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do presente recurso.

É o Relatório.

Admissibilidade

Conheço do presente agravo de instrumento, visto que presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Não vislumbro preliminares a serem dirimidas, razão pela qual passo à análise do mérito.

Mérito

Cinge a controvérsia trazida a este juízo revisor em analisar se restaram preenchidos os requisitos para a concessão da tutela de urgência no presente caso.

Sabidamente, prevê o art. 300 do CPC que será concedida a tutela de urgência sempre que se fizerem presentes os seguintes requisitos: (i) probabilidade do direito (ii) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

In casu, extrai-se que o agravado requereu a imposição de obrigação de não fazer ao agravante, no sentido de não intervir na área objeto de autuação na Fazenda Engenho, bem como que proceda à elaboração e implementação de PTRF (Projeto de Reconstituição da Flora), acompanhado do respectivo cronograma de execução, bem como de ART (Anotação de Responsabilidade Técnica).

Pois bem.

Do cotejo aos autos, vislumbro que restou preenchido o requisito da probabilidade do direito.

Em princípio, convém ressaltar que as questões ambientais gozam de proteção constitucional, sendo um direito de toda a coletividade o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se extrai da leitura do art. 225 da Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Extrai-se, portanto, que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado possui como destinatários não somente o Poder Público, como também os particulares, sendo, ainda, de titularidade coletiva.

Ainda, como consabido, a responsabilidade civil decorrente de danos ambientais é objetiva, conforme se pode vislumbrar do que dispõe o artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, *verbis*:

> Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas na legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
>
> [...]
>
> §1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

No caso *sub examine*, extrai-se do processado que foi instaurado inquérito civil em desfavor do recorrente, por meio da Portaria nº MPMG 0487.19.000100-7, na data de 03.05.2021, tendo como principal fundamento a apuração de irregularidades em sua propriedade rural por meio da "Operação Mata Atlântica Viva", deflagrada em conjunto por diversos órgãos.

Da análise dos documentos constantes à ordem nº 14, percebe-se que, em fiscalização realizada no imóvel pela Polícia Militar Estadual, em 2018, restou constatado que: (i) houve exploração ilegal com destoca de parte do terreno; (ii) existência de área degradada, sem uso e sem condições de regeneração natural; (iii) existência de interferência local de forma indevida e sem autorização do órgão ambiental competente, considerando se tratar de área de Mata Atlântica; (iv) desenvolvimento de atividade que dificulta e até mesmo impede a regeneração.

De oportuno, importa salientar que a Mata Atlântica possui proteção especial na própria Constituição Federal, em seu art. 225, § 4º, que dispõe que essa é considerada patrimônio nacional, devendo sua utilização respeitar, na forma da lei, as condições que assegurem a preservação do meio ambiente, sendo que disposição semelhante também se faz presente no art. 214, § 7º da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Diante disso, considerando que restou demonstrada a existência de degradação de área ambiental em área do imóvel do agravante, bem como que inexiste qualquer autorização dos órgãos competentes para tanto, é possível verificar a presença do pressuposto da probabilidade do direito.

Não obstante, impende ressaltar que, com base no princípio da precaução, em razão da extrema urgência do impedimento de novos danos ambientais, dada sua irreversibilidade e gravidade, não se pode exigir uma demonstração cabal do nexo de causalidade entre os danos e as condutas em sede

de tutela provisória, bastando que se faça presente a verossimilhança das alegações. Aliás, vejamos o que leciona o ilustre Prof. Humberto Theodoro Júnior acerca do tema:

> Segundo o princípio da proporcionalidade, o que se passa é que quanto mais verossímil o direito, menos rigorosa se apresenta a exigência do risco de dano; e quanto mais grave o perigo de uma lesão extrema e irreparável, mais se atenua o rigor na exigência do *fumus boni iuris*. Assim é que se vai da admissibilidade de medidas liminares para 'tutela pura do *fumus* extremado' [...] até a adoção de 'tutela do *periculum* extremado' (como nas medidas autorizadas pela legislação ambiental, que se fundam no 'princípio da precaução', sem maior preocupação com demonstração efetiva do direito - *fumus* - dada a 'emergência crítica' evidenciada no caso analisado (THEODORO JÚNIOR, Humberto).

Lado outro, no que diz respeito ao perigo de dano ou ao resultado útil do processo, vislumbra-se que este também restou demonstrado no presente caso.

Ora, como cediço, os danos ambientais são de extrema gravidade, sobretudo em decorrência de sua irreversibilidade. Assim, denota-se que, se não for obstaculizada a intervenção e determinada a sua reconstituição, poderá haver até mesmo o agravamento da situação, sendo que, em situações extremas, pode resultar até mesmo na ineficácia da medida pretendida.

Aliás, oportuno ressaltar que o entendimento que tem prevalecido neste Egrégio Tribunal de Justiça a respeito do tema é no sentido de ser possível a concessão liminar destas medidas da elaboração e execução de planos de recuperação, sempre que houver comprovação de intervenção indevida, senão vejamos:

> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Antecipação de tutela. Dano ambiental. Legitimidade passiva do município. Apresentação e execução de plano técnico de recomposição de flora. Área de preservação permanente. Requisitos autorizadores. Presença. Decisão mantida. Recurso não provido. - Existindo nos autos os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada, deve ser mantida a medida liminar deferida em primeira instância. - Deve haver a responsabilização objetiva do município que, dotado do poder-dever de fiscalização, emitiu alvará para construção do loteamento irregular. - Restando devidamente comprovada a intervenção indevida em área de preservação permanente, deve ser mantida a decisão agravada que concedeu medida liminar determinando a elaboração e a execução de projeto de recuperação da área degradada, notadamente considerando a necessidade de conservação amparada nos preceitos constitucionais protetores do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0621.15.002350-8/001, Relator: Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, j. em 11.08.2016, p. em 23.08.2016).
>
> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Loteamento. Área de preservação permanente. Dano ambiental e prejuízo à coletividade. Projeto de recomposição florestal. Elaboração e execução. Necessidade. Decisão mantida. Recurso não provido. 1. A intervenção em área de preservação permanente, sem a respectiva autorização do órgão ambiental competente, é suscetível de causar prejuízos irreversíveis ao meio ambiente e à comunidade local. 2. Comprovada a intervenção em área de preservação permanente, há que ser determinada a elaboração e a execução de projeto de recuperação da área degradada, notadamente considerando a necessidade de conservação amparada nos preceitos constitucionais que asseguram um meio ambiente ecologicamente equilibrado. 3. Presentes os requisitos, há que ser preservada a

> decisão que antecipou os efeitos da tutela, para determinar a apresentação e execução de Projeto Técnico de Recomposição Florestal, indispensáveis para garantir a preservação ambiental da área, em privilégio aos princípios da precaução e da prevenção, de modo a evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação ao meio ambiente. 4. Recurso não provido (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0621.15.001437-4/002, Relator: Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, j. em 04.10.2016, p. em 17.10.2016).

Noutro giro, não merece prosperar a alegação de que o transcurso de dois anos entre a instauração do inquérito civil e o ajuizamento da ação afastaria a existência de urgência.

Conforme bem pontuado pelo agravado, o procedimento do inquérito civil é estruturado com vistas a garantir a observância do devido processo legal, bem como a buscar a solução do conflito sem necessidade de recorrer ao Judiciário. Diante disso, conclui-se que não há o que se falar em inércia do Ministério Público apta a descaracterizar a urgência das medidas.

Por fim, vale ressaltar que, muito embora sustente o agravante que não pode ser determinada a elaboração e execução do PTRF e ART, pois se tratam de medidas irreversíveis. Contudo, a meu ver, razão não lhe assiste.

Ora, o pressuposto da irreversibilidade das medidas para a concessão da tutela de urgência, previsto no § 3º do art. 300 do CPC, não é absoluto. Como bem salientado pela doutrina, casos há em que a irreversibilidade da medida não deverá constituir óbice à concessão da tutela de urgência quando houver perigo de dano irreparável.

Nesse sentido, vejamos o que dispõe o Enunciado nº 40 da I Jornada de Direito Processual Civil, conduzida pelo Conselho da Justiça Federal, *verbis*: "Enunciado nº 40. A irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível".

Diante disso, em se tratando de perigo de dano ao meio ambiente, o qual é notoriamente irreversível, inclusive considerando o caráter especial de proteção ao bioma em questão, não há o que se falar em impossibilidade de concessão da medida em razão desta afigurar-se como de difícil reversibilidade. Ademais, há de se ter em conta a cabal demonstração nos autos da existência dos danos ambientais e da intervenção indevida sobre área de preservação da Mata Atlântica.

Ante todo o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Carlos Henrique Perpétuo Braga e Wagner Wilson Ferreira.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Civil - Família ação de investigação de paternidade *post mortem* - Recusa dos réus em fornecer material genético para realização de exame de DNA - Exumação de cadáver, pleiteada pelo autor, indeferida por decisão irrecorrida - Pedido acolhido - Apelo objetivando a nulificação da sentença para produção de prova genética com exumação do cadáver - Desprovimento.

- Em sede de recurso de apelação é inviável se acolher o pedido de nulidade da sentença e exumação de cadáver para realização do exame de DNA feito pelos réus, filhos do *de cujus*, quando esses, ao lado de se negarem a fornecer material genético para realização do exame respectivo, expressamente pleitearam o indeferimento do pedido de exumação do cadáver, formulado pelo autor. E, mais, a prova em referência foi indeferida, em decisão que permaneceu irrecorrida, operando-se a preclusão, pois.

- Hipótese na qual o acolhimento do pedido inicial teve fundamento na Súmula nº 301, STJ e na análise de todo o material probatório produzido em juízo e sob o crivo do contraditório, figurando-se acertada a sentença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.036125-9/001 - Comarca de Araçuaí - Apelantes: C.V.C. e M.V.C. - Apelado: F.J.C.R. - Relator: DES. ALBERTO VILAS BOAS.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 30 de junho de 2021. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Voto

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

A espécie em julgamento.

Cuida-se de ação de investigação de paternidade *post mortem,* cumulada com retificação de registro público e petição de herança ajuizada por F.J.C.R. em face de M.V.C. e outro, no qual alega que sua mãe teve relacionamento amoroso com o falecido pai dos réus em momento consentâneo à sua gravidez, não tendo havido, no entanto, o reconhecimento da paternidade, circunstância que ensejou o ajuizamento da presente ação.

Na audiência de conciliação de f. 56 do documento único gerado, presentes as partes e acompanhadas por seus procuradores, os réus se recusaram a fornecer material genético para realização do exame de DNA, tendo o autor pleiteado a exumação do cadáver de A.C.S. Na ocasião, a au-

toridade judiciária determinou que se aguardasse o prazo de 15 (quinze) dias para apresentação da contestação.

Na contestação, ofertada a destempo, os réus requereram *"o indeferimento do pedido de exumação porque o requente não trouxe fatos que servem de suporte ao pedido inicial, como citado, convivência e relação amorosa"* (f. 103).

Pela decisão de f. 155, o juiz *a quo* indeferiu a exumação do cadáver, por entender que *"a diligência se mostraria invasiva, onerosa e meramente protelatória, tendo em vista que a recusa a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade, em consonância com a* Súmula *nº 301 do STJ"*.

A decisão em comento permaneceu irrecorrida e, após regular contraditório, com apresentação de fotografias e produção de prova oral, o pedido foi julgado procedente.

Irresignados, os réus alegaram que:

> Frustrada a realização de exame de DNA diante da recusa dos apelados o magistrado não determinou que se procedesse a exame em material genético (exumação).
>
> A presunção de paternidade que surge da recusa de se submeter ao exame pericial pelo método de DNA não é absoluta, sendo assim, a conversão do julgamento em diligência para produção de exame de DNA em ossadas do falecido A.C.S. é medida que impõe.
>
> Diante do exposto, considerando que a única prova relevante produzida nos autos é justamente a sentença que julgou improcedente o pedido de reconhecimento de paternidade ajuizada pelo apelado, requer a conversão do julgamento em diligência para que seja realizada exumação de A.C.S.

As contrarrazões foram oferecidas.

Mérito.

Como se verifica das razões de recurso, a irresignação apresentada pelos réus limita-se a pleitear a realização da exumação do cadáver de A.C.S.

No entanto, e conforme relatado acima, essa pretensão contraria sua própria manifestação processual anterior, na qual, expressamente, pleitearam fosse indeferida dita prova (f. 103).

Outrossim, e principalmente, operou-se a preclusão em relação a tal elemento de prova, visto que sua realização foi indeferida pela decisão de f. 155, que permaneceu irrecorrida, também como relatado acima.

Note-se que o indeferir do pedido de exumação do cadáver a autoridade judiciária cuidou de consignar que *"a recusa a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade, em consonância com a* Súmula *nº 301 do STJ"*, excluindo a possibilidade de os réus serem surpreendidos com a sentença, a qual adotou o fundamento em questão.

Pontue-se, ainda, que na sentença foi analisado todo o contexto probatório e, em fundamento não atacado na presente via, registrou-se a suficiência da prova produzida em juízo e sob o crivo do contraditório:

> *In casu*, o pedido de exumação foi indeferido, pois, por ser considerado invasivo, oneroso e meramente protelatório, só deveria ser considerado como última hipótese de prova. Em sede de audiência de instrução e julgamento, restou evidente pelas declarações colhidas que era sabido e notório o relacionamento da genitora do requerente com o falecido em época próxima a sua gravidez, bem como que o possível genitor passou a reconhecer o requerente como filho, e que este atualmente possui contato com os possíveis avós. O depoimento das testemunhas trazidas pelo autor não apresentam contradição e estão em conformidade com o alegado pelo autor na inicial.

Em face ao exposto, verifica-se ser incabível acolher o pedido formulado pela parte, não havendo espaço para a exumação do cadáver e realização do exame de DNA, *data venia*.

Conclusão.

Fundado nessas razões, nego provimento ao recurso.

Custas e honorários recursais, ora fixados em R$500,00 (quinhentos reais), pelos apelantes, observada a gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WASHINGTON FERREIRA E GERALDO AUGUSTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

Juízo de retratação - art. 1.030, III, do CPC - Apelação cível - Ação ordinária - EC nº 41/03 - Art. 149, § 1º da CR/88 - IC nº 64/02 - Contribuição de 3,2% - Assistência à saúde - Impossibilidade de desconto - ADI 3106 - Restituição das parcelas descontadas - Julgamento - Embargos de declaração STF - Limitação a 14.04.2010 - Resp nº 1.348.679/MG - STJ - Rito - Recursos repetitivos - Manifestação tácita - Adesão - Aferição pelo contracheque do servidor - Restituição indevida.

- Após a EC nº 41/03, que deu nova redação ao art. 149, § 1º, da CF/88, deixou de existir norma constitucional autorizadora da instituição e desconto, pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, da contribuição previdenciária para custeio do sistema de saúde de seus servidores públicos. Logo, não tendo a contribuição compulsória, instituída pela LC nº 64/02, fundamentação constitucional após a modificação do art. 149, § 1º, da CR/88, pela EC nº 41/03, não devem prevalecer os descontos efetivados nos proventos da parte autora. Acrescente-se que a contribuição previdenciária é cobrada de forma única para custear todos os benefícios oferecidos pelo Instituto de Previdência. A ADI 3106 declarou inconstitucional a contribuição para o custeio saúde, sob a alegação de que "os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir". Recentemente foram julgados os Embargos de Declaração interpostos contra a decisão proferida na ADI 3106, oportunidade na qual restou definido que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade serão conferidos apenas a partir da data de conclusão do julgamento do mérito da referida ação, ou seja, 14.04.2010. A Instrução Normativa SCAP 02/10, de 05.05.2010, regulamentou o procedimento de exclusão do servidor público estadual do sistema de assistência à saúde, retirando a natureza compulsória da contribuição. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, se, pelas provas constantes dos autos, restar demonstrada a intenção do servidor de continuar usufruindo dos referidos serviços de saúde, ficará autorizada a cobrança pela contraprestação. O Contracheque do servidor é prova apta a demonstrar sua adesão tácita ao convênio firmado com o IPSEMG, a partir de maio de 2010, data da Instrução Normativa SCAP 02/2010, no que se refere aos serviços de assistência à saúde, colocados à disposição do servidor pela dita autarquia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.13.036858-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Ely Nassif Marocco - Apelado: Estado de Minas Gerais e outro, Ipsemg Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - 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 JUÍZO DE RETRATAÇÃO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2020. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Voto

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação, interposta contra sentença proferida pela MM.ª Juíza da Vara da Fazenda Pública e Autarquias Estaduais da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos da "Ação de Repetição de Indébito", julgou improcedente o pedido inicial. Condenou a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R$5.000,00 (cinco mil reais), suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita.

Em razões recursais de f. 64/73, a apelante alega que os valores pagos indevidamente a título de contribuição da saúde para o IPSEMG devem ser restituídos em razão da inconstitucionalidade do art. 85 da LC nº 64/02; que o simples fato de estar disponível aos autores o serviço de assistência médica não é capaz de retirar a inconstitucionalidade da contribuição; que não usufruiu dos serviços médicos.

Expõe suas razões, pugnando pela reforma da r. sentença. Ausente o preparo recursal, eis que a apelante litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Contrarrazões apresentadas à f. 75/80-v.

Assim, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, o recurso foi conhecido.

Proferido acórdão, foi interposto Recurso Especial.

Inicialmente, o Primeiro Vice-Presidente proferiu decisão determinando o sobrestamento do feito até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça nos autos do RESP nº 1.348.679/MG e do RESP nº 1.351.329/MG, selecionados no Tribunal ad quem como representativos da controvérsia debatida neste feito, sendo que, posteriormente, determinou a remessa dos autos ao Relator para o juízo de retratação, considerando a modulação temporal definida no âmbito da ADI 3.106/MG.

Vieram-me os autos conclusos.

Em cumprimento à decisão exarada pela Primeira Vice-Presidência desse Tribunal, passo à análise do caso de acordo com o entendimento do STF e do STJ sobre a questão, como já vinha fazendo nos votos mais recentes de minha Relatoria.

Cinge-se a controvérsia dos autos na possibilidade de restituição das parcelas descontadas a título de contribuição previdenciária para custeio da assistência à saúde, à base de 3,2% (três inteiros

e dois décimos por cento), instituída no Estado de Minas Gerais, pelo art. 85, da Lei Complementar nº 64/02.

Antes da edição da EC 41/03, a CF/88 contemplava a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a instituição de contribuições para a manutenção de sistema de previdência e assistência social para seus servidores públicos. Pela nova redação do § 1º, do art. 149, a competência tributária dos Estados para a instituição de contribuições sociais para a assistência social foi abolida, prevendo como única finalidade na sua instituição a manutenção do sistema de previdência.

A contribuição previdenciária é paga por tempo necessário ao implemento dos requisitos para concessão da aposentadoria, enquanto a contribuição destinada à saúde tem como garantia a prestação de serviços médicos, farmacêuticos ou odontológicos. Assim, verifica-se que as referidas contribuições são motivadas por princípios e finalidades totalmente distintos.

A partir da reforma supracitada, passou a competir apenas à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas.

Segundo segura lição de Werther Botelho Spagnol,:

> Importante destacar que, no tocante à instituição de contribuições sociais, o alcance da competência tributária de Estados e Municípios é reduzido em relação ao da União. Enquanto esta pode tributar toda a sociedade, como seja, empregador, empresa, empregados e autônomos (art. 195), para o financiamento da seguridade social geral, aqueles tributam apenas para o financiamento de sistemas próprios, fechados para seus servidores, de sistemas de assistência e previdência. É palmar, portanto, que falece aos Estados competência para tributar, por meio de contribuição social, seus servidores para o financiamento do direito à saúde destes (SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de Direito Tributário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004).

A competência tributária dos entes políticos encontra-se bem delineada e articulada na CF/88, o que exige que todo comportamento legiferante esteja em estrita conformidade com as normas constitucionais regentes, sob pena de invasão da competência tributária e violação ao princípio da autonomia dos entes políticos.

Logo, não tendo a contribuição compulsória, instituída pela LC nº 64/02, fundamentação constitucional após a modificação do art. 149, § 1º, da CR/88, pela EC nº 41/03, não devem prevalecer os descontos efetivados nos proventos da parte autora. Acrescente-se que a contribuição previdenciária é cobrada de forma única para custear todos os benefícios oferecidos pelo Instituto de Previdência.

O art. 149, § 1º, da CF/88 dispõe que, aos Estados, é permitida apenas a instituição de contribuição previdenciária para custeio do sistema previdenciário previsto no art. 40, da CF/88, bem como que a mesma se destina, também, ao custeio dos serviços de saúde.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou no julgamento da ADI 3106, que declarou inconstitucional a compulsoriedade da contribuição para o custeio saúde, *in verbis*:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 79 e 85 da lei complementar nº 64, de 25 de março de 2002, do estado de minas gerais. Impugnação da redação original e da redação conferida pela Lei Complementar nº 70, de 30 de julho de 2003, aos preceitos. Ipsemg. Regime próprio de previdência e assistência social dos servidores do estado de minas gerais. Benefícios previdenciários e aposentadoria assegurados a servidores não-titulares de cargo efetivo. Alegação de violação do disposto no § 13 do art. 40 e no § 1º do art. 149 da constituição do brasil. Ação direta julgada parcialmente procedente. - Art. 85, *caput*, da LC nº 64 estabelece que "o IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar e odontológica, bem como social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 3º e aos servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva a seus dependentes". A Constituição de 1988 - art. 149, § 1º - define que "os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefícios destes, de sistemas de previdência e assistência social". O preceito viola o texto da Constituição de 1988 ao instituir contribuição compulsória. Apenas os servidores públicos titulares de cargos efetivos podem estar compulsoriamente filiados aos regimes próprios de previdência. Inconstitucionalidade da expressão "definidos no art. 79" contida no art. 85, *caput*, da LC nº 64/02. - Os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica. O benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir. - O art. 85 da lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde "plano de saúde complementar". Contribuição voluntária. Inconstitucionalidade do vocábulo "compulsoriamente" contido no § 4º e no § 5º do art. 85 da LC nº 64/02, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica. - Reconhecida a perda de objeto superveniente em relação ao art. 79 da LC nº 64/02, na redação conferida LC nº 70/03, ambas do Estado de Minas Gerais. A Lei Complementar 100, de 5 de novembro de 2007, do Estado de Minas Gerais - "Art. 14. Fica revogado o art. 79 da Lei Complementar nº 64, de 2002". - Pedido julgado parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade: [I] da expressão "definidos no art. 79" - art. 85, *caput*, da LC nº 64/02 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC nº 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais. [II] do vocábulo "compulsoriamente" - § 4º e § 5º do art. 85 [tanto na redação original quanto na redação conferida pela LC nº 70/03], ambas do Estado de Minas Gerais (ADI 3106 - Rel. Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. j. em 14.04.2010).
>
> Nesses termos, entendia ser indevida a cobrança compulsória para o custeio saúde, devendo ser restituído os valores indevidamente descontados da parte autora, respeitada a prescrição quinquenal e a data da Instrução Normativa SCAP 02/2010 (05.05.2010), quando a cobrança deixou de ser obrigatória.

Entretanto, o STF julgou os Embargos de Declaração que estavam pendentes na ADI 3106 e decidiu que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fossem conferidos apenas a partir da data da conclusão do julgamento do mérito da ação, ou seja, 14.04.2010. Confira-se:

> Embargos de declaração na ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 79 e 85 da Lei Complementar nº 64, de 25 de março de 2002, do estado de minas gerais. Redação alterada pela Lei Complementar nº 70, de 30 de julho de 2003. Regime próprio de previdência privada e assistência social dos servidores do estado de minas gerais. Aposentadoria e benefícios assegurados a servidores não-titulares de cargo efetivo.

> Alegada violação aos arts. 40, § 13, e 149, § 1º, da constituição federal. Ação direta julgada parcialmente procedente, declarando-se inconstitucionais as expressões "compulsoriamente" e "definidos no art. 79". Inexistência de "perda de objeto" pela revogação da norma objeto de controle. Pretensão de modulação de efeitos. Procedência. Embargos de declaração acolhidos parcialmente. [...] - Embargos de declaração acolhidos parcialmente para (I) rejeitar a alegação de contradição do acórdão embargado, uma vez que a revogação parcial do ato normativo impugnado na ação direta não prejudica o pedido original; (II) conferir efeitos prospectivos (eficácia *ex nunc*) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data (ADI nº 3106 ED/MG. Min. Luiz Fux. *DJe* de 20.05.2015).

Em razão disso, a restituição deveria se limitar ao período de 14.04.2010 (início dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da contribuição) a 05.05.2010 (data da Instrução Normativa SCAP 02/2010, que pôs fim à obrigatoriedade da contribuição).

Ressalte-se que, a meu juízo, o fato de o serviço à saúde estar disponível aos servidores antes do ajuizamento da presente ação em nada impediria a sua restituição, posto que o desconto é indevido, independentemente da utilização dos serviços de assistência médica ou não.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp. nº 1.348.679/MG, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, entendeu que o STF, no julgamento da ADI 3106/MG, não declarou a inconstitucionalidade de tributo e sim fixou a natureza da relação jurídica como não tributária (não compulsória), afastando-se a imposição irrestrita de repetição de indébito amparada pelos arts. 165 a 168 do CTN.

Veja-se a íntegra da decisão:

> Administrativo e tributário. Recurso representativo de controvérsia. Art. 543-c do cpc/1973 (atual 1.036 do cpc/2015) e resolução stj 8/2008. Contribuição para custeio de serviço de saúde aos servidores públicos. Instituto de previdência do estado de minas gerais. Compulsoriedade afastada pelo stf na adi 3.106/mg. Alteração da jurisprudência do stj. Repetição de indébito por inconstitucionalidade do tributo afastada. Interpretação do julgamento da adi. Formação de relação jurídica contratual entre servidor e Ipsemg. Possibilidade. Constatação dos requisitos. Necessidade de exame de legislação estadual. Vedação. Súmula nº 280/STF. Manifestação de vontade do servidor. Averiguação. Atribuição das instâncias ordinárias. Revisão em exame de recurso especial vedado pela Súmula nº 7/STJ. Identificação da controvérsia e posição jurisprudencial do STJ - Trata-se de Recurso Especial de servidor público do Estado de Minas Gerais com intuito de obter a devolução dos valores pagos a título de contraprestação pelos serviços de saúde (custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica) instituída pela Lei Complementar Estadual nº 64/2002, sob o fundamento de que a denominada contribuição teria sido declarada inconstitucional pelo STF na ADI 3.106/MG. [...] 6. É que o STF, no julgamento da ADI 3.106/MG (Relator Ministro Eros Grau, DJ de 24.09.2010), somente afastou a compulsoriedade da denominada "contribuição" para a saúde, o que torna possível a materialização de relação jurídico-administrativa de fornecimento de serviços de saúde aos servidores, mesmo após a decisão final da ADI, mediante comprovação da adesão ao serviço oferecido. [...] - A denominada contribuição, portanto, continua a

existir juridicamente, e tão somente a expressão "compulsoriamente" foi abstraída do texto legal, o que leva à conclusão de que é possível a formação da relação jurídica contratual de prestação de serviços de saúde (custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica) entre o Estado e o servidor público. [...] - Vale registrar que o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em Embargos de Declaração nos seguintes termos: "(II) conferir efeitos prospectivos (eficácia *ex nunc*) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data" (ADI nº 3106 ED, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, *DJe* de 13.08.2015). Resolução da controvérsia submetida ao regime do art. 543, *c*, do CPC/1973 (atual 1036 e seguintes do CPC/2015) - Constatado que o STF não declarou a inconstitucionalidade de tributo (ADI nº 3.106/MG), e sim fixou a natureza da relação jurídica como não tributária (não compulsória), afasta-se a imposição irrestrita da repetição de indébito amparada pelos arts. 165 a 168 do CTN. - Observadas as características da boa-fé, da voluntariedade e o aspecto sinalagmático dos contratos, a manifestação de vontade do servidor em aderir ao serviço ofertado pelo Estado ou o usufruto da respectiva prestação de saúde geram, em regra, automático direito à contraprestação pecuniária, assim como à repetição de indébito das cobranças nos períodos em que não haja manifestação de vontade do servidor. - Considerando a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade exarada pelo STF, até 14.04.2010 a cobrança pelos serviços de saúde é legítima pelo IPSEMG com base na lei estadual, devendo o entendimento aqui exarado incidir a partir do citado marco temporal, quando a manifestação de vontade ou o usufruto dos serviços pelo servidor será requisito para a cobrança. - De modo geral, a constatação da formação da relação jurídico-contratual entre o servidor e o Estado de Minas Gerais é tarefa das instâncias ordinárias, já que necessário interpretar a legislação estadual (Súmula nº 280/STF) e analisar o contexto fático-probatório dos autos (Súmula nº 7/STJ). Caso concreto - Na hipótese, o recorrente restringe sua pretensão recursal na defesa da tese de inconstitucionalidade do tributo para fundamentar a repetição de indébito, independentemente da utilização dos serviços de saúde, o que, de acordo com as razões acima, está prejudicado frente à decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade. - Aliado a isso, o Tribunal a quo constatou, pela prova dos autos e pela inicial, que o ora recorrente manifestou a intenção de usufruir dos serviços de saúde, o que, pelas conclusões acima, autoriza a cobrança da contraprestação respectiva. - Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e da Resolução STJ 8/2008 (Resp. nº 1.348.679/MG, Rel. Herman Benjamim, *DJe* de 29.05.2017).

Com efeito, em aplicação do entendimento do STJ, somente fará jus a devolução dos valores a partir de 14.04.2010 o servidor que não manifeste vontade de usufruir dos serviços colocados à sua disposição.

Embora já tenha entendido, em casos análogos, que a manifestação do servidor, no sentido de possuir interesse em permanecer usufruindo dos serviços de saúde prestados pelo IPSEMG, deveria vir expressa e lançada na peça de ingresso, na parte destinada aos pedidos, de uma análise acurada do que restou decidido no julgamento do Resp. nº 1.348.679/MG, verifica-se que tal manifestação não precisa constar, necessariamente, da exordial ou do capítulo "dos Pedidos".

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, se, pelas provas constantes dos autos, restar demonstrada a intenção do servidor de continuar usufruindo dos referidos serviços de saúde, ficará autorizada a cobrança pela contraprestação.

No caso dos autos, a despeito de a parte requerente não ter declarado, expressamente, na petição inicial, eventual intenção de usufruir dos serviços de saúde que o Ipsemg coloca à sua disposição, além de inexistir em todo o processado prova da efetiva utilização desses serviços no período questionado, pelo contracheque acostado, vê-se que, após maio de 2010, momento em que foi concedida ao servidor a faculdade de optar por continuar usufruindo dos serviços, a parte requerente aderiu à relação contratual com a dita autarquia, vez que descontados os valores referentes a esses serviços.

Diante disso, tendo o servidor permanecido, voluntariamente, conveniado ao IPSEMG, no tocante aos serviços de saúde por ele oferecidos, nada há o que ser restituído.

Ante o exposto, nos termos do art. 1.030, II do CPC, EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Súmula - EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação anulatória de multa administrativa - Prática de infração consumerista - Maternidade que não oferece plantão 24h da equipe médica - Aplicação de multa - Cabimento.

- Nos termos da Resolução nº 2.056/2013, do Conselho Federal de Medicina, a presença de médico obstetra, anestesista e pediatra é obrigatória em maternidades onde se façam partos normais, de risco e cirúrgicos. Reconhecida a prática de infração às normas previstas no CDC, a imposição de multa administrativa encontra amparo no art. 57, da referida legislação e, por isso, não pode ser considerada desarrazoada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.036915-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Instituto de Clínicas e Cirurgia de Juiz de Fora Ltda. - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WILSON BENEVIDES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2021. - *Wilson Benevides* - Relator.

Voto

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de recurso de apelação, interposto contra a sentença de Ordem 60, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública e Autarquias Estaduais da Comarca de Juiz de Fora, que nos autos da Ação Anulatória de Multa Administrativa movida pelo Instituto de Clínicas e Cirurgia de Juiz de Fora Ltda. (Hospital Monte Sinai) em face do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial.

Inconformada, a autora sustenta, nas razões recursais de Ordem 65, nulidade da sentença, pois, o pedido de prova pericial e testemunhal foi indeferido, ao argumento de que a questão tratada na demanda é exclusivamente de direito.

Diz que os serviços prestados não violam o postulado de proteção à vida, saúde e segurança, mesmo porque não podem ser considerados perigosos ou nocivos.

Salienta que os serviços médicos não padecem de falha de informação, que não exigiu e nem exige dos consumidores vantagem manifestamente excessiva, tampouco disponibiliza no mercado serviços em descordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes.

Pontua que o fato de não manter plantão presencial (24 horas, 7 dias por semana) de médicos obstetras, não desrespeita a legislação pátria.

Aduz que a Resolução CFM nº 2.056/2013, ao determinar a organização interna dos hospitais públicos ou privados, extrapola a competência legalmente atribuída ao aludido Conselho Profissional.

Afirma que inexistindo no ordenamento jurídico norma legal que obrigue o recorrente a manter um plantão nos moldes pretendidos pela decisão administrativa, a multa aplicada carece de pertinência objetiva, merecendo ser anulada, com as consequências daí decorrentes.

Salienta que embora não disponibilize o plantão por todo o período de funcionamento, garante a presença contínua de médicos para prestar os primeiros atendimentos de urgência/emergência demandados por gestantes, garantindo a saúde da paciente.

Nesses termos, espera o provimento do recurso para que a sentença seja reformada e o pedido inicial seja julgado procedente.

Preparo regular, à Ordem 66/67.

Contrarrazões ofertadas à Ordem 70, pretendendo, em suma, o desprovimento do Apelo.

É, em breve síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço em seus regulares efeitos.

Preliminar de nulidade da sentença.

Alega a apelante que a sentença recorrida é nula, pois o pedido de prova pericial e testemunhal foi indeferido, ao argumento de que a questão tratada na demanda é exclusivamente de direito.

Aduz que a peça de decisão viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo importante a prova testemunhal para comprovar que a ausência de plantão médico presencial na especialidade de obstetrícia, em tempo integral, não teria causado dano aos pacientes.

Nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição da República, é assegurado, a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Lado outro, por ser o destinatário da prova, na instrução probatória é reconhecido amplos poderes ao juiz, competindo-lhe, nos termos do art. 370 do CPC, dirigir o processo velando pela rápida solução do litígio, podendo, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Na espécie versada, mostra-se desnecessária a produção de prova testemunhal para apurar se a ausência de médico obstetra plantonista, em período integral, prejudicou alguma gestante que procurou atendimento médico, tendo em vista que a multa administrativa foi aplicada em razão de descumprimento de determinação legal.

Feitas tais ponderações, afasto a preliminar arguida.

Mérito.

Extrai-se do caderno processual que foi aplicado à demandante multa administrativa no valor de R$33.040,80 (trinta e três mil e quarenta reais e oitenta centavos), pela prática de infração consumerista, consistente em defeito na prestação do serviço, por não disponibilizar plantão médico presencial, na especialidade de obstetrícia, de forma contínua.

A apelante afirma que os serviços prestados não violam o postulado de proteção à vida, saúde e segurança, pois o fato de não manter plantão presencial (24 horas, 7 dias por semana) de médicos obstetras, não desrespeita a legislação pátria.

Ressalta que embora não disponibilize o plantão por todo o período de funcionamento, garante a presença contínua de médicos para prestar os primeiros atendimentos de urgência/emergência demandados por gestantes, garantindo a saúde da paciente.

Aduz que a Resolução CFM n. 2.056/2013, ao determinar a organização interna dos hospitais públicos ou privados, extrapola a competência legalmente atribuída ao aludido Conselho Profissional.

Acerca da temática, a Lei nº 8.078/90, que contém o Código de Defesa do Consumidor, estabelece, em seu art. 56, que as infrações das normas previstas no referido Codex sujeitam o responsável às sanções administrativas ali arroladas, dentre as quais se inclui a de multa (inciso I).

O art. 57, por sua vez, dispõe que a penalidade de multa será graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. Além, o parágrafo único, do mesmo dispositivo legal, assenta que a multa será em montante não inferior a 200 (duzentos) e não superior a 3.000.000,00 (três milhões) de vezes o valor da UFIR ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

Confira-se:

> 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. (Redação dada pela Lei nº 8.656, de 21.05.1993).
>
> 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.

A matéria é também disciplinada pelo Decreto nº 2.181/97, o qual, dentre outros assuntos, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078/90. Veja-se o que preveem os arts. 24 a 28:

> Art. 24. Para a imposição da pena e sua gradação, serão considerados: I - as circunstâncias atenuantes e agravantes;

> II - os antecedentes do infrator, nos termos do art. 28 deste Decreto. Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes:
>
> I - a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato; II - ser o infrator primário;
>
> III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo.
>
> Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes:
>
> I - ser o infrator reincidente;
>
> II - ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas;
>
> III - trazer a prática infrativa conseqüências danosas à saúde ou à segurança do consumidor;
>
> IV - deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas conseqüências;
>
> V - ter o infrator agido com dolo;
>
> VI - ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo;
>
> VII - ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interditadas ou não;
>
> VIII - dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade;
>
> IX - ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade.
>
> Art. 27. Considera-se reincidência a repetição de prática infrativa, de qualquer natureza, às normas de defesa do consumidor, punida por decisão administrativa irrecorrível.
>
> Parágrafo único. Para efeito de reincidência, não prevalece a sanção anterior, se entre a data da decisão administrativa definitiva e aquela da prática posterior houver decorrido período de tempo superior a cinco anos.
>
> Art. 28. Observado o disposto no art. 24 deste Decreto pela autoridade competente, a pena de multa será fixada considerando-se a gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator, respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078, de 1990.

Na espécie versada, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais considerou que a conduta da apelante em não manter médicos obstetras em plantão de 24 horas viola o art. 6º, I, art. 39, V e VIII, todos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que assim disciplina:

> Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
>
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
>
> [...]
>
> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
>
> [...]

> V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [...]
>
> VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

Segundo consta na decisão administrativa (Ordem 42/44), restou comprovado no processo administrativo que a apelante está em desacordo com a norma estabelecida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.056/2013, que estabelece critérios para autorização de funcionamento dos serviços médicos. Vejamos:

> Art. 27. A depender da natureza e da finalidade do estabelecimento que realiza assistência em regime de internação, parcial ou integral, além dos requisitos descritos no art. anterior são também condições mínimas para o exercício da Medicina:
>
> I - entro cirúrgico com infraestrutura adequada aos procedimentos a serem aplicados;
>
> II - sala de parto normal e cirúrgico, em caso de maternidade.
>
> a) É obrigatória a presença de médico obstetra, anestesista e pediatra ou neonatologista nas maternidades onde e façam partos normais, de risco e cirúrgicos.

Acrescente-se que o Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais - CRM/MG, em Parecer Técnico de Ordem 37, enfatiza que

> a evolução de um trabalho de parto, mesmo que a princípio possa sugerir baixo risco, deve ser conduzido como de urgência, podendo se configurar como emergência a qualquer momento em que a presença de uma equipe completa composta de obstetra, pediatra e anestesista possa ser imprescindível no atendimento do binômio materno/fetal.

In casu, não há dúvidas de que a apelante oferece o serviço de maternidade sem o plantão presencial da equipe médica em período ininterrupto, posto que afirmado nas razões recursais que "*embora não disponibilize o plantão por todo o período de funcionamento, garante a presença contínua de médicos para prestar os primeiros atendimentos de urgência/emergência demandados por gestantes, garantindo a saúde da paciente*".

Uma vez reconhecida a prática de infração às normas prevista no CDC, diante da oferta do serviço de maternidade desprovido de equipe médica obstetrícia em regime de plantão 24h, desobedecendo a Resolução nº 2.056/2013, do Conselho Federal de Medicina, a imposição de multa administrativa encontra amparo no art. 57 do CDC e, por isso, não pode ser considerada descabida e desarrazoada.

Deixo de manifestar quanto ao valor da multa arbitrada, por ausência de impugnação por parte da apelante nas razões recursais.

Isso posto, nego provimento ao recurso, de modo que prevalece a sentença objurgada. Por conseguinte, majoro os honorários sucumbenciais para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Custas pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ALICE BIRCHAL e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Responsabilidade civil - Ação de indenizatória - Assalto na rodovia - Responsabilidade da concessionária - Não configurada - Nexo de causalidade - Rompido - Fortuito externo - Obrigação de ressarcimento - Inexistente - Recurso não provido.

- Em se tratando de ato imputado à pessoa jurídica de Direito Privado, prestadora de serviço público, por omissão ou falta de serviço, o dever de indenizar é analisado sob o prisma da teoria da responsabilidade subjetiva, exigindo uma conduta dolosa ou culposa, o dano e o respectivo nexo de causalidade.

- É dever da concessionária zelar pelas condições adequadas e tráfego na rodovia por ela administrada, mantendo-a em condições adequadas e seguras de utilização pelos consumidores, o que não se confunde com o exercício de atividade eminentemente policial, que é atribuição exclusiva do Poder Público, conforme art. 144 da CF.

- Assalto à mão armada que configura fato de terceiro - fortuito externo e força maior - que não guarda qualquer relação com a atividade da concessionária demandada, sendo impossível reconhecer o dever de indenizar, ante ao rompimento do nexo causal, nos termos do art. 393 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.042203-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Rodrigo Maciel - Apelado: Chubb do Brasil Companhia de Seguros, Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio. Relator: DES. AMORIM SIQUEIRA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2021. - *Amorim Siqueira* - Relator.

Voto

DES. AMORIM SIQUEIRA - Rodrigo Maciel interpôs apelação, pleiteando a reforma da sentença do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que julgou improcedente o pedido inicial formulado na ação indenizatória, movida em face de Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio e outro, condenando o autor, na lide principal, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade em face da assistência judiciária deferida. Já na lide secundária, determinou que o denunciante arcasse com a verba honorária de R$2.000,00 (dois mil reais).

O apelante alegou que as concessionárias se sub-rogam nos deveres e obrigações do Estado ao explorarem rodovias, tendo como obrigação oferecer ao cidadão estradas seguras. Asseverou que levou um tiro, teve sua motocicleta roubada e, em seguida, fora atropelado. Manifestou-se no sentido de que, se houve iluminação devida no local, a chance dele ser atropelado seria reduzida. Informou que a apelada não autuou de forma incisiva no combate à violência. Pugnou pelo reconhecimento da responsabilidade civil da ré e consequente condenação desta ao pagamento dos danos materiais, morais e estéticos oriundos do evento danoso. Requereu o provimento do recurso.

Sem preparo, dada a assistência judiciária deferida.

Contrarrazões apresentadas (ordem 99).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

É incontroverso nos autos que o autor foi vítima de assalto, quando conduzia sua motocicleta na data de 22.02.2017, na altura do km 785, da rodovia BR040, administrada pela ré, quando foi alvejado por um tiro caindo no asfalto, sendo atropelado em seguida e a motocicleta subtraída.

Destacou que fatos como esse são corriqueiros na rodovia. Afirmou que o local não possui a iluminação devida. Sustentou que a concessionária tem o dever de fornecer serviço adequado, seguro e eficiente. Pediu indenização por danos materiais, lucros cessantes, danos morais e estéticos.

O magistrado de origem julgou a demanda improcedente.

De início, cumpre destacar que a responsabilidade civil do Estado está prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual define que as pessoas jurídicas de Direito Público e as pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, deverão responder objetivamente pelos danos que os seus agentes causarem a terceiros.

Todavia, em se tratando de responsabilidade decorrente de omissão do ente público ou falta de serviço, o entendimento prevalente é no sentido da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Tal posição defende a necessidade de prova da culpa da pessoa jurídica de Direito Público, ou pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público.

A respeito do tema, preleciona Sérgio Cavalieri Filho:

> [...] a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados - fatos de terceiros e fenômenos da Natureza - determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente (*Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259).

Logo, o nexo se manifestou:

> Recurso especial. Responsabilidade civil. Empresa concessionária de rodovia. Roubo e sequestro ocorridos em dependência de suporte ao usuário, mantido pela concessionária. Fortuito externo. Excludente de responsabilidade. 1. Ação ajuizada em 20.09.2011. Recurso especial interposto em 16.09.2016 e distribuído ao Gabinete em 04.04.2018. 2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de rodovia deve ser responsabilizada por roubo e sequestro ocorridos nas dependências de estabelecimento por ela mantido para a utilização de usuários (Serviço de Atendimento ao Usuário). 3. "A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado" (STF - RE 591874, Repercussão Geral). 4. O fato de terceiro pode romper o nexo de causalidade, exceto nas circunstâncias que guardar conexidade com as atividades desenvolvidas pela concessionária de serviço público. 5. Na hipótese dos autos, é impossível afirmar que a ocorrência do dano sofrido pelos recorridos guarda conexidade com as atividades desenvolvidas pela recorrente. 6. A ocorrência de roubo e sequestro, com emprego de arma de fogo, é evento capaz e suficiente para romper com a existência de nexo causal, afastando-se, assim, a responsabilidade da recorrente. 7. Recurso especial provido. (REsp 1749941/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 04.12.2018, *DJe* de 07.12.2018).

No mesmo diapasão, jurisprudência deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Roubo, com arma de fogo, às margens da rodovia. Subtração de um trator do autor utilizado para reforma da rodovia. Pretensão de reparação dos danos materiais. Fato de terceiro. Caso fortuito ou força maior. Excludente de responsabilidade. Rompimento do nexo causal. Ausência de legítma expectativa de serviço de segurança patrimonial. Dever de indenizar afastado. Sentença mantida. Se no caso concreto, está consubstanciado o fato de terceiro, equiparável à força maior ou caso fortuito, com ruptura do nexo causal, deve ser afastado o dever de indenizar (Rel. Des. Pedro Bernardes de Oliveira, j. em 18.07.2017, p. da súmula: 07.08.2017).

Por fim, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) do valor da causa, por força do § 11 do art. 85 do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença em todos os seus termos.

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador Pedro Bernardes de Oliveira e o Juiz de Direito convocado Fausto Bawden de Castro Silva.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Responsabilidade civil - Ação de indenizatória - Assalto na rodovia - Responsabilidade da concessionária - Não configurada - Nexo de causalidade - Rompido - Fortuito externo - Obrigação de ressarcimento - Inexistente - Recurso não provido.

- Em se tratando de ato imputado à pessoa jurídica de Direito Privado, prestadora de serviço público, por omissão ou falta de serviço, o dever de indenizar é analisado sob o prisma da teoria da responsabilidade subjetiva, exigindo uma conduta dolosa ou culposa, o dano e o respectivo nexo de causalidade.

- É dever da concessionária zelar pelas condições adequadas e tráfego na rodovia por ela administrada, mantendo-a em condições adequadas e seguras de utilização pelos consumidores, o que não se confunde com o exercício de atividade eminentemente policial, que é atribuição exclusiva do Poder Público, conforme art. 144 da CF.

- Assalto à mão armada que configura fato de terceiro - fortuito externo e força maior - que não guarda qualquer relação com a atividade da concessionária demandada, sendo impossível reconhecer o dever de indenizar, ante ao rompimento do nexo causal, nos termos do art. 393 do Código Civil.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.042203-6/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Rodrigo Maciel - Apelado: Chubb do Brasil Companhia de Seguros, Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio. Relator: DES. AMORIM SIQUEIRA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de maio de 2021. - *Amorim Siqueira* - Relator.

Voto

DES. AMORIM SIQUEIRA - Rodrigo Maciel interpôs apelação, pleiteando a reforma da sentença do MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que julgou improcedente o pedido inicial formulado na ação indenizatória, movida em face de Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora - Rio e outro, condenando o autor, na lide principal, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes no importe de 10% (dez por cento) do valor da causa, suspensa a exigibilidade em face da assistência judiciária deferida. Já na lide secundária, determinou que o denunciante arcasse com a verba honorária de R$2.000,00 (dois mil reais).

O apelante alegou que as concessionárias se sub-rogam nos deveres e obrigações do Estado ao explorarem rodovias, tendo como obrigação oferecer ao cidadão estradas seguras. Asseverou que levou um tiro, teve sua motocicleta roubada e, em seguida, fora atropelado. Manifestou-se no sentido de que, se houve iluminação devida no local, a chance dele ser atropelado seria reduzida. Informou que a apelada não autuou de forma incisiva no combate à violência. Pugnou pelo reconhecimento da responsabilidade civil da ré e consequente condenação desta ao pagamento dos danos materiais, morais e estéticos oriundos do evento danoso. Requereu o provimento do recurso.

Sem preparo, dada a assistência judiciária deferida.

Contrarrazões apresentadas (ordem 99).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

É incontroverso nos autos que o autor foi vítima de assalto, quando conduzia sua motocicleta na data de 22.02.2017, na altura do km 785, da rodovia BR040, administrada pela ré, quando foi alvejado por um tiro caindo no asfalto, sendo atropelado em seguida e a motocicleta subtraída.

Destacou que fatos como esse são corriqueiros na rodovia. Afirmou que o local não possui a iluminação devida. Sustentou que a concessionária tem o dever de fornecer serviço adequado, seguro e eficiente. Pediu indenização por danos materiais, lucros cessantes, danos morais e estéticos.

O magistrado de origem julgou a demanda improcedente.

De início, cumpre destacar que a responsabilidade civil do Estado está prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual define que as pessoas jurídicas de Direito Público e as pessoas jurídicas de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, deverão responder objetivamente pelos danos que os seus agentes causarem a terceiros.

Todavia, em se tratando de responsabilidade decorrente de omissão do ente público ou falta de serviço, o entendimento prevalente é no sentido da aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Tal posição defende a necessidade de prova da culpa da pessoa jurídica de Direito Público, ou pessoa jurídica de Direito Privado prestadora de serviço público.

A respeito do tema, preleciona Sérgio Cavalieri Filho:

> [...] a responsabilidade subjetiva do Estado não foi de todo banida da nossa ordem jurídica. A regra é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, sempre que o dano for causado por agentes do Estado, nessa qualidade; sempre que houver direta relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e o dano. Resta, ainda, espaço, todavia, para a responsabilidade subjetiva nos casos acima examinados - fatos de terceiros e fenômenos da Natureza - determinando-se, então, a responsabilidade da Administração, com base na culpa anônima ou falta de serviço, seja porque este não funcionou, quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou funcionou tardiamente (*Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259).

Logo, o nexo causal entre a omissão ou a falha no serviço e os danos alegados pelo administrado, é ônus que incumbe a este, nos moldes do art. 373, I, do Código de Processo Civil.

No caso concreto, a responsabilidade civil imputada pelo autor à concessionária demandada decorre de conduta omissiva, pois consiste em suposta falha na prestação do serviço, pela concessionária que deixou de prestar a segurança devida na rodovia, fato que culminou com o assalto a mão armada.

Entretanto, como sabido, o dever da requerida Concer é zelar pelas condições adequadas e tráfego na própria rodovia, mantendo-a em condições adequadas e seguras de utilização pelos consumidores, o que não se confunde com o exercício de atividade eminentemente policial, que é obrigação exclusiva do Poder Público, conforme art. 144 da CF.

Cumpre salientar que a parte autora não comprovou que no local não havia iluminação devida, fato este que teria ensejado o assalto e consequente atropelamento. Trata-se de meras alegações desprovidas de fundamento.

Se, por um lado, mostra-se ausente a falha na prestação do serviço por parte da concessionária demandada, por outro está presente, na hipótese, a causa de exclusão do nexo causal, qual seja, fato de terceiro, sendo forçoso o reconhecimento das excludentes de caso fortuito ou força maior, na forma do art. 393 do Código Civil.

Certo é que, embora a ação dos meliantes tenha ocorrido em rodovia administrada pela concessionária ré, tal ocorrência não torna latente a obrigação desta de indenizar, levando-se em conta, especialmente, a forma como foi causado o infortúnio: assalto à mão armada, culminando com o disparo de arma de fogo.

Com efeito, a responsabilidade pelo roubo não pode ser atribuída à ré, sobretudo porque o dever de prestar a segurança pública, como visto acima, é do Estado. Assim, cuida-se de ação que sequer se insere na órbita de previsibilidade da demandada, uma vez que não guarda qualquer relação com a atividade que desenvolve.

Repete-se, o dano suportado pela parte autora decorreu de fato de terceiro - fortuito externo, de força maior - não estando relacionado com a conduta da demandada, o que denota a ausência de liame causal, ilidindo o dever de ressarcimento.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> Recurso especial. Responsabilidade civil. Empresa concessionária de rodovia. Roubo e sequestro ocorridos em dependência de suporte ao usuário, mantido pela concessionária. Fortuito externo. Excludente de responsabilidade. 1. Ação ajuizada em 20.09.2011. Recurso especial interposto em 16.09.2016 e distribuído ao Gabinete em 04.04.2018. 2. O propósito recursal consiste em definir se a concessionária de rodovia deve ser responsabilizada por roubo e sequestro ocorridos nas dependências de estabelecimento por ela mantido para a utilização de usuários (Serviço de Atendimento ao Usuário). 3. "A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica

> de direito privado" (STF - RE 591874, Repercussão Geral). 4. O fato de terceiro pode romper o nexo de causalidade, exceto nas circunstâncias que guardar conexidade com as atividades desenvolvidas pela concessionária de serviço público. 5. Na hipótese dos autos, é impossível afirmar que a ocorrência do dano sofrido pelos recorridos guarda conexidade com as atividades desenvolvidas pela recorrente. 6. A ocorrência de roubo e sequestro, com emprego de arma de fogo, é evento capaz e suficiente para romper com a existência de nexo causal, afastando-se, assim, a responsabilidade da recorrente. 7. Recurso especial provido. (REsp 1749941/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 04.12.2018, *DJe* de 07.12.2018).

No mesmo diapasão, jurisprudência deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação indenizatória. Roubo, com arma de fogo, às margens da rodovia. Subtração de um trator do autor utilizado para reforma da rodovia. Pretensão de reparação dos danos materiais. Fato de terceiro. Caso fortuito ou força maior. Excludente de responsabilidade. Rompimento do nexo causal. Ausência de legítma expectativa de serviço de segurança patrimonial. Dever de indenizar afastado. Sentença mantida. Se no caso concreto, está consubstanciado o fato de terceiro, equiparável à força maior ou caso fortuito, com ruptura do nexo causal, deve ser afastado o dever de indenizar (Rel. Des. Pedro Bernardes de Oliveira, j. em 18.07.2017, p. da súmula: 07.08.2017).

Por fim, majoro os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) do valor da causa, por força do § 11 do art. 85 do CPC.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença em todos os seus termos.

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador Pedro Bernardes de Oliveira e o Juiz de Direito convocado Fausto Bawden de Castro Silva.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de reintegração de posse - Grupo de pessoas não identificadas - Emenda à inicial - Qualificação réus - Desnecessidade - Area identificada - Requerimento- Diligência por oficial de justiça.

- Nos casos em que não é possível ao autor identificar e qualificar os réus, o ordenamento jurídico autoriza o ajuizamento de demanda com o requerimento de diligências para tanto, vedando, ainda, o indeferimento da inicial quando possível a citação do réu, mesmo que não qualificado, já que devidamente identificada a área supostamente esbulhada (art. 319, §§ 1º e 2º do CPC).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.046450-9/001 - Comarca de Lavras - Apelante: Ferrovia Centro Atlantica S.A. - Apelado: Grupo de pessoas não identificadas. Relator: DES. ESTEVÃO LUCCHESI.

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, 27 de maio de 2021. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Voto

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de recurso de apelação, interposto por Ferrovia Centro Atlântica S.A. na ação de reintegração de posse que move contra "Grupo de pessoas não identificadas", em face da sentença proferida pelo Juízo 1ª Vara Cível da Comarca de Lavras, que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 321, parágrafo único c.c. art. 485, I, do CPC.

Em suas razões, a apelante sustenta, em síntese, que, na qualidade de concessionária de serviço público relativo ao transporte ferroviário, é legítima possuidora e administradora da malha ferroviária objeto de discussão no feito.

Sustenta que ajuizou a presente demanda possessória em face de "grupo de pessoas não identificadas", pois no momento de distribuição do feito não lhe era possível identificar os indivíduos específicos responsáveis pelo esbulho, razão pela qual requereu a realização de diligência judicial no local para identificação e posterior individualização do polo passivo. Aduz que, por se tratar de invasão de área por grupo de pessoas, o indeferimento da inicial por ausência de qualificação dos réus representa negativa de tutela jurisdicional, mormente porque foi devidamente individualizada a área objeto da ocupação irregular.

Não foram apresentadas contrarrazões.

É o Relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na espécie, verifica-se que a apelante ajuizou ação de reintegração de posse contra "Grupo de pessoas não identificadas", ao fundamento de que é concessionária de serviço público de transporte ferroviário, sendo legítima possuidora da faixa de domínio da respectiva ferrovia. Contudo, afirma que os réus vêm ocupando indevidamente a área especificamente destinada à exploração do transporte ferroviário.

Argumentou a impossibilidade de identificar cada um dos indivíduos invasores, requerendo, assim, a citação no local onde alega ter ocorrido o esbulho para, posteriormente, completar e aditar a inicial, compondo integralmente o polo passivo da lide.

Por sua vez, o Juízo de origem determinou a emenda da inicial para que a recorrente restringisse a causa de pedir da ação a apenas um imóvel, supostamente invasor, qualificando corretamente o seu possuidor. Destarte, diante do não cumprimento da determinação de emenda, foi indeferida a petição inicial.

Pois bem.

Como se sabe, para deduzir sua pretensão em Juízo, o autor tem de apresentar peça processual que preencha determinados requisitos formais, dentre os quais se inclui a qualificação do réu. Nesse sentido é o disposto no art. 319, II, do CPC, vejamos:

> Art. 319. A petição inicial indicará:
>
> [...]
>
> II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

Com efeito, a exigência de qualificação das partes possui o escopo de individualizá-las, na medida em que a sentença proferida irá criar obrigações jurídicas em face das mesmas. Nesse sentido é o escólio de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, senão vejamos:

> Nome e qualificação das partes. A individualização das partes é necessária na petição inicial, entre outras coisas, para que a sentença possa obrigar certas pessoas. [...]. (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 550)

Entretanto, muito embora seja de todo recomendável a precisa qualificação das partes, não se pode ignorar a existência de casos nos quais esta tarefa se torna praticamente impossível de ser cumprida pelo autor, sendo que a própria legislação processual civil expressamente possibilita ao requerente

solicitar diligências judiciais para tanto, vedando, ainda, o indeferimento da inicial quando possível a citação do réu mesmo que não qualificado.

Confira-se o disposto no art. 319, §§ 1º e 2º do CPC a respeito do tema:

> § 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.
>
> § 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

In casu, a apelante indicou a área em que ocorreu o suposto esbulho, informando o respectivo endereço e suas coordenadas geográficas, sendo que o Memorial Descritivo colacionado aos documentos n. 04-07 PJE, apresenta a indicação precisa dos imóveis que supostamente estão invadindo a área objeto do exercício de sua posse, logo, plenamente possível determinar-se a citação dos réus para, posteriormente, qualificá-los.

Ademais, ainda que seja possível identificar especificamente quais imóveis representariam o alegado esbulho, é cediço que, tratando-se de ação possessória, é muito provável que os eventuais invasores do local se recusem a fornecer informações, dificultando ou, até mesmo, impossibilitando a sua identificação pelo legítimo possuidor, corroborando com a justificativa apresentada pela requerente em suas alegações, não se revelando plausível, assim, o indeferimento da inicial por ausência de qualificação do polo passivo.

Nesse sentido, em situações semelhantes a dos autos, já se manifestou a jurisprudência pátria, inclusive deste Tribunal de Justiça:

> Apelação cível. Ação reivindicatória. Pluralidade e indeterminação dos réus. Polo passivo multitudinário flutuante. Especificação e qualificação de cada réu. Desnecessidade. Citação por oficial de justiça dos réus encontrados e por edital daqueles incertos ou desconhecidos. Inteligência dos arts. 319, §§ 1°, 2° e 3°, e 554, § 1°, do CPC. Indeferimento da inicial. Não cabimento. Nas ações possessórias ou reivindicatórias cujo ato de esbulho é imputado a número indeterminado e desconhecido de pessoas, envolvendo, assim, polo passivo multitudinário flutuante, com visível dificuldade de identificação dos invasores do imóvel, não é exigível da parte autora a especificação e a qualificação completa dos réus, até porque, segundo a inteligência do art. 319, §§ 1°, 2° e 3° e, sobretudo, do art. 554, § 1°, ambos do CPC, em tal situação é plenamente lícita a citação por oficial de justiça dos réus encontrados no imóvel e, por edital, daqueles não localizados, incertos ou desconhecidos. Nesse contexto, reputa-se descabida a ordem de emenda à inicial, para a especificação e a qualificação dos réus, o que impõe a cassação da sentença e o regular prosseguimento do feito (TJMG. Apelação Cível n° 1.0148.19.001093-1/001, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, j. em 09.02.0021, p. da súmula em 10.02.2021).
>
> Processual civil. Ação de reintegração de posse. Invasores desconhecidos. Determinação de emenda da inicial para identificação e qualificação dos requeridos. Impossibilidade de cumprimento. Requerimento de diligência. Vedação legal do indeferimento da inicial. - É vedado ao juiz indeferir a inicial por descumprimento da ordem de emenda para a identificação e qualificação dos requeridos, quando a parte,

> demonstrando não ser possível cumprir a obrigação e requerer que seja realizada diligência judicial, para identificar os invasores do imóvel objeto da ação de reintegração de posse. Inteligência da disposição do artigo 319, §§ 1º e 3º, do Código de Processo Civil (TJMG. Apelação Cível nº 1.0148.18.005001-2/001, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, j. em 11.07.2019, p. da súmula em 19.07.2019).
>
> Apelação cível. Ação de reintegração de posse. Indeferimento da inicial. Ausência de qualificação dos ocupantes. Extinção do feito. Nas ações possessórias, nem sempre é possível a identificação e qualificação dos demandados, devido ao grande número de ocupantes e sua recusa em fornecer informações, razão pela qual é inviável o indeferimento da inicial com fundamento na desobediência ao art. 319, inciso II, do CPC/2015. No caso concreto, cabe ao Oficial de Justiça, no endereço designado na petição inicial, identificar por diligência os ocupantes, citando-os; ou, diante da certidão negativa do oficial, deve-se realizar a citação por edital, conforme o art. 554, § 1º do CPC. Sentença desconstituída. Apelação provida (TJRS. Apelação Cível nº 70074787730, 19ª Câmara Cível, Rel. JD. Convocada Mylene Maria Michel, j. em 09.11.2017).

Dessa forma, não há que se falar em indeferimento da inicial por ausência de individualização e qualificação das partes, razão pela qual a sentença deve ser anulada para que seja realizada diligência no local do suposto esbulho e, consequentemente, o Oficial de Justiça proceda à identificação para composição do polo passivo e, eventualmente, a citação dos respectivos réus.

Com esses fundamentos, dou provimento ao recurso para anular a sentença e, por conseguinte, determino o retorno dos autos ao Juízo *a quo* para prosseguimento regular do feito com a prévia realização da diligência por Oficial de Justiça, para identificação dos réus, nos termos da fundamentação supra.

Custas recursais ao final.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Marco Aurelio Ferenzini e Valdez Leite Machado.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Ação pauliana - Fraude contra credores - Requisitos - Ausência.

- São três os requisitos para que se configure a fraude contra credores, quais sejam: dívida anterior ao ato fraudulento; prática de ato que torne o devedor insolvente ou praticado quando este já se encontrava em estado de insolvência; ciência do adquirente de que o ato é fraudulento e causará prejuízo a credor.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.048074-3/003 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Banco Mercantil do Brasil S.A. - Apelados: André Luiz Moreira, Fernanda Coutinho Mendonça, Maria Geralda Coutinho. Relatora: DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de maio de 2021. - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

Voto

DES.ª EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de ação pauliana, proposta pelo apelante, ao fundamento de ser credor da importância de R$1.168.692,61 (um milhão, cento e sessenta e oito mil, seiscentos e noventa e dois reais e sessenta e um centavos) e que ajuizou execução contra os recorridos.

O apelante alegou que celebrou dois contratos de empréstimo com a empresa FCM Veículos LTDA., figurando os apelados André Luiz Moreira e Fernanda Coutinho Mendonça como devedores solidários.

Sustentou que, intimados para responderem às ações de execução, os apelados André Luiz Moreira e Fernanda Coutinho Mendonça informaram que os três imóveis encontrados pela instituição financeira foram vendidos para a apelada Maria Geralda Coutinho, omitindo ser ela tia da segunda apelada.

Enfatizou ser evidente a manobra intencional utilizada pelo primeiro apelado, com o intuito de se escusar do pagamento de suas dívidas, ao abdicar de seus bens passíveis de constrição judicial.

Salientou que o conluio com terceiro não é exigível para configuração de fraude a credores.

Colacionou jurisprudência.

Requereu a declaração de nulidade do negócio jurídico, celebrado entre os apelados em 09 de novembro de 2012, especificamente em relação à matrícula nº 11829.

Requereu a procedência do pedido para se reconhecer a fraude a credores, tornando sem efeito o registro 10 da matrícula nº 11.829, no Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Mateus Leme.

A apelada Maria Geralda Coutinho apresentou contestação, arguindo prejudicial de decadência.

No mérito, alegou ser legítima a compra do imóvel objeto da lide.

Salientou que a escritura foi lavrada em 09 de novembro de 2012, sendo que a primeira ação de execução foi proposta em outubro de 2013.

Enfatizou que jamais teve conhecimento das dívidas existentes em nome dos apelados André Luiz Moreira e Fernanda Coutinho Mendonça, e que adquiriu o imóvel de boa-fé.

Requereu o provimento do recurso.

Os apelados André Luiz Moreira e Fernanda Coutinho Mendonça apresentaram contestação, arguindo prejudicial de decadência do direito do autor.

No mérito, alegaram que eram sócios em três empresas que atuavam no comércio de veículos importados chineses das marcas Effa, Lifan e Chery.

Afirmaram que, em dezembro de 2011, com o aumento de 30% (trinta porcento) do IPI sobre veículos importados, as empresas foram afetadas, iniciando um ciclo de endividamento, que ensejou seu fechamento.

Salientaram que, em 2012, tiveram que vender seus bens para saldar as dívidas, realizando os pagamentos dos compromissos até setembro de 2013, quando não conseguiram mais pagar aos bancos.

Sustentaram que não há fraude contra credores, uma vez que a venda dos imóveis foi feita em novembro de 2012 e os devedores ficaram inadimplentes em outubro de 2013.

Requereram a improcedência dos pedidos.

A decisão de doc. 129 julgou improcedente o pedido, revogando a tutela de urgência e condenando o apelante ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze porcento) sobre o valor da causa.

O apelante pretende a reforma do julgado, reiterando os fatos narrados na inicial.

Afirma que, para que seja configurada a fraude contra credores, basta que o devedor seja insolvente, ou esteja na iminência de se tornar, e que pratique atos suscetíveis de diminuir seu patrimônio.

Salienta que, em 04 de dezembro de 2012, os apelados André Luiz Moreira e Fernanda Coutinho Mendonça prestaram aval em contrato bancário firmado por sua empresa, mesmo sabendo que não possuíam bens suficientes para arcar com os débitos assumidos.

Ressalta que a apelada Maria Geralda afirma que comprou o imóvel, pois foi vendido por valor abaixo do mercado.

Aduz que a declaração de imposto de renda da apelada Maria Geralda não comprova sua capacidade para aquisição do referido imóvel.

Requereu o provimento do recurso.

Os apelados apresentaram contrarrazões em doc. 151.

O apelante foi intimado da sentença em 23 de novembro de 2020, vindo a apelação em 07 de dezembro, no prazo legal e acompanhada do devido preparo.

Estão presentes, portanto, os requisitos para conhecimento do recurso, que recebo apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 1.012, § 1º, V, do CPC.

Os artigos 158 e 159 do Código Civil dispõem que:

> Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.
>
> Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

Assim, são três os requisitos para que se configure a fraude contra credores, quais sejam: dívida anterior ao ato fraudulento; prática de ato que torne o devedor insolvente ou praticado quando este já se encontrava em estado de insolvência; ciência do adquirente de que o ato é fraudulento e causará prejuízo a credor.

Pertinente ao tema leciona Cândido Rangel Dinarmarco:

> A fraude de execução consiste na realização de um ato de disposição ou oneração de coisa ou direito depois de instaurado um processo cujo resultado poderá ser impossível sem lançar mão desse bem. Essa fraude ocorre em duas situações bem distintas entre si, consistentes em: a) alienar ou gravar com ônus real o bem sobre o qual "pender ação real" (CPC, art. 593, inc. I); b) dispor de bens ou créditos, reduzindo-se à insolvência, também a partir da pendência de um processo (art. 593, inc. II) (*Instituições de Direito Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. 4. p. 389).

Ressalte-se que, de acordo com o entendimento majoritário do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como também dos colendos Tribunais Superiores, para a configuração da fraude contra credores deve haver prova do elemento subjetivo do *consilium fraudis*, ou seja, da má-fé do adquirente do bem.

Conveniente ainda a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> Não é apenas a doação típica que provoca a fraude contra credores. Qualquer ato que desfalque ou reduza, por ação ou omissão, a garantia atual dos credores deve caracterizar o *eventus damni* (*Comentários ao Novo Código Civil*: dos fatos jurídicos, do negócio jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 336).

Duas são as hipóteses de fraude contra credores. A primeira quando há alienação a título gratuito, prevista no art. 158 do Código Civil, na qual não se exige a ciência do adquirente de que o alienante tem dívidas, pois há evidente redução do patrimônio. A segunda, prevista no art. 159 do Código Civil, na qual é exigida a prova do *consilium fraudis*, já que, em princípio, não haveria redução do patrimônio do devedor, que receberia a contraprestação pela venda.

O caso dos autos enquadra-se no art. 159 do Código Civil, por ter havido venda de imóvel com suposta contraprestação, sendo exigida a ciência da existência da dívida pelo adquirente.

Entretanto, não há provas de que a alienação do imóvel objeto da lide tenha ocorrido após o vencimento da obrigação ou após o ajuizamento da ação de execução.

Ao contrário, está evidenciado que a escritura foi lavrada em 09 de novembro de 2012 (doc. 84), antes da contratação com o Banco ora apelante, quando os devedores não se encontravam em estado de insolvência.

Tampouco há provas de que a alienação do referido imóvel tenha ocasionado a insolvência dos apelados.

Embora o apelante alegue a existência de conluio, a alienação ocorreu em novembro de 2012, sendo a venda anterior ao vencimento do débito, como é confirmado pela instituição financeira.

Ressalte-se que, intimado para especificar as provas que pretendia produzir, o apelante pugnou pelo julgamento antecipado da lide (doc. 106), não se desincumbido do ônus *probandi* que lhe competia para comprovar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do art. 373 do CPC.

Logo, não estão comprovados os requisitos para o reconhecimento da fraude a credores, devendo ser mantida a decisão recorrida.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso apresentado por Banco Mercantil do Brasil S.A., mantendo íntegra a sentença recorrida.

Custas recursais e honorários da sucumbência, os quais majoro para 20% (vinte porcento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85 do CPC, pelo apelante.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Cláudia Maia e Estevão Lucchesi.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória de inexistência de débito - Gratuidade judiciária - Benefício concedido anteriormente - Revogação de ofício pelo juiz - Ausência de prova de inexistência ou do desaparecimento dos requisitos essenciais e de manifestação da parte interessada - Impossibilidade - Negativação indevida - Fato negativo - Ônus da prova do réu - Art. 373, II, CPC - Desincumbência - Improcedência do pedido - Litigância de má-fé - Requisitos preenchidos.

- O STJ já firmou entendimento no sentido de ser possível a revogação dos benefícios da justiça gratuita de ofício pelo juiz, desde que ouvida a parte interessada e comprovada, nos autos, a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais para a concessão da justiça gratuita.

- Negando a parte autora a existência de negócio jurídico entre as partes, compete à parte ré, nos termos do art. 373, II, do CPC, provar a existência tanto do negócio jurídico, quanto do débito cobrado, dele originado, que deu ensejo à negativação do nome daquela, de modo a legitimar a sua conduta e eximir-se da obrigação de indenizar eventuais danos daí decorrentes. Desincumbindo-se a parte ré desse ônus probatório, não se há de falar em irregularidade daquela negativação.

- Restando demonstrado que a parte autora alterou a verdade dos fatos a fim de se locupletar indevidamente, deve ser mantida a sua condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos do art. 80, II, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.18.048434-7/003 - Comarca de Varginha - Apelante: Valeria Dias da Silva - Apelado: Financial Administradora de Cartões de Crédito LTDA. Relator: DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de fevereiro de 2021. - *José de Carvalho Barbosa* - Relator.

Voto

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Valeria Dias da Silva, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c.c. indenização por da-

nos morais, movida eletronicamente em face de Financial Administradora de Cartões de Crédito LTDA., perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Varginha, tendo em vista a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo improcedente o pedido principal e, via de consequência, julgo extinto o processo, com resolução de mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil. Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez porcento) do valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade em razão dos benefícios da justiça gratuita concedidos em grau de recurso. Condeno a parte autora, ainda, em litigância de má-fé em multa de 02 (dois) salários-mínimos, uma vez que o valor da causa é irrisório (art. 81, § 2º, do Código de Processo Civil). Revogo os benefícios da justiça gratuita concedidos a parte autora.

Em suas razões recursais, alega a autora que não houve alteração na sua capacidade financeira que justificasse a revogação dos benefícios da gratuidade judiciária.

Reafirma não possuir condições de arcar com as custas do processo sem prejuízo ao sustento próprio ou de seus familiares.

Salienta que seus advogados ajuízam diversas ações declaratórias de inexistência de débito porque as empresas não respeitam os direitos dos consumidores, isso que não justifica o fato de o juiz proferir sentença idêntica para todos os casos, sempre julgando improcedentes todas as ações e condenando a parte autora ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Afirma que seus advogados atuam de forma honesta.

Diz que nunca negou a existência de relação jurídica entre as partes, tendo apenas "requerido a sua comprovação".

Aduz que apenas exerceu o seu "direito de petição", não havendo justificativas para condená-la ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Tece diversas considerações sobre o tema, defendendo não ser cabível a aplicação de multa por litigância de má-fé.

Sem preparo.

Contrarrazões apresentadas (doc. nº 95).

É o relatório. Conheço do recurso.

Pretende a autora/apelante a reforma da sentença que revogou, de ofício, a gratuidade judiciária a ela anteriormente concedida e julgou improcedente seu pedido inicial, condenando-a, ainda, nas penas por litigância de má-fé.

Iniciando o exame da controvérsia pela possibilidade de revogação dos benefícios da justiça gratuita, registre-se que pode a benesse ser revogada de ofício pelo juiz, mas, para tanto, deve ser

constatada a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão e ouvida a parte interessada.

Nesse sentido é o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça:

> Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Sentença que estendeu implicitamente o benefício da gratuidade judiciária para os herdeiros. Ausência de requerimento expresso. Acórdão que não conheceu da apelação por considerá-la deserta. Impossibilitada a manifestação da parte interessada. Decisão monocrática mantida. Agravo regimental improvido. 1. Os herdeiros, após sua habilitação no processo, praticaram diversos atos processuais com o gozo do benefício da assistência judiciária gratuita sem qualquer impugnação da parte contrária, o que gerou expectativa quanto a manutenção do benefício. A sentença, não obstante, legitimou tal expectativa ao estender-lhes implicitamente a gratuidade judiciária. 2. Além do mais, o não conhecimento da apelação por deserção significou, na verdade, a revogação do benefício, realizada de ofício pelo Tribunal de origem. Entretanto, conforme a reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça - "Verificada a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais a concessão da assistência judiciária gratuita, admite-se a sua revogação, *ex offício*, pelo juiz, mas desde que ouvida a parte interessada, possibilitando-se a regularização do preparo, o que não ocorreu [...]" (REsp n° 811485/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. em 16.03.2006, *DJ* de 10.04.2006, p. 228). 3. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag n° 1097654/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 04.03.2010, *DJe* de 22.03.2010).

In casu, observa-se que o MM. Juiz *a quo* revogou, de ofício, o benefício da gratuidade judiciária deferido anteriormente à autora/apelante, sem a sua prévia manifestação, bem como sem se pautar na inexistência ou no desaparecimento dos requisitos essenciais para o deferimento do benefício.

Na verdade, não há nos autos qualquer prova de alteração da condição econômica da parte autora beneficiária da gratuidade judiciária que justifique a revogação do benefício.

Acrescente-se que o fato de a parte autora ser condenada ao pagamento de multa por litigância de má-fé, só por si, não se presta para que o benefício da gratuidade judiciária seja revogado.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

> Apelação cível. Ação de reparação por danos morais por inclusão indevida c.c. declaração de extinção de débito. Revogação do benefício da justiça gratuita em razão da condenação da parte por litigância de má-fé. Impossibilidade. Inexistência de ato ilícito. Dano moral não configurado. Negativação. Notificação prévia. Obrigação do órgão mantenedor do cadastro. Litigância de má-fé. Requisitos presentes. Condenação manutenção. - Não pode ser mantida a revogação do benefício da justiça gratuita pelo simples fato de a parte beneficiária ter sido condenada ao pagamento de multa por litigância de má-fé, devendo ser mantido o dever de pagar a multa, conforme estabelece o art. 98, § 4º, do novo CPC [...] (TJMG. Apelação Cível nº 1.0000.20.043750-7/001, Rel. Des. Pedro Bernardes, 9ª Câmara Cível, j. em 12.08.2020, p. da súmula em 17.08.2020).

Deve, portanto, ser reformada a sentença nesse particular para restabelecer referido benefício.

Passo, portanto, à análise dos demais pedidos.

Extrai-se dos autos que a autora ajuizou a presente ação alegando que a ré negativou indevidamente seu nome em razão de um débito, aduzindo que não reconhece a dívida como sua, desconhecendo a origem desse débito.

Pois bem.

É cediço que em casos como o dos autos, em que a parte autora alega fato negativo, qual seja a inexistência de negócio jurídico entre as partes, e, por conseguinte, do débito que deu origem à negativação do seu nome, compete à parte ré, nos termos do art. 373, II, do CPC, provar a existência de tal relação, de modo a legitimar a sua conduta e eximir-se da obrigação de indenizar eventuais danos daí decorrentes.

A respeito do ônus da prova nessas hipóteses:

> Danos morais. Inscrição indevida. Alegação inexistência débito. Ônus da prova do réu. Instrução probatória. Liame e débito comprovados. Pedido improcedente - Quando o autor alega a inexistência de débito que gera a inserção em cadastro de inadimplentes, por se tratar de prova de fato negativo, compete ao réu, pretenso credor, o ônus prova acerca da existência do inadimplemento (Apelação Cível nº 1.0145.11.008841-9/001, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, j. em 30.08.2012, p. da súmula em 05.09.2012).
>
> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Cheque devolvido por insuficiência de fundos em razão de descontos indevidos de valores na conta corrente do autor. Ausência de comprovação do estado de inadimplência. Ônus do credor (CPC, art. 333, II). Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório. Critérios de fixação. - Na ação declaratória de inexistência de débito, o ônus da prova recai sobre o réu, porque o autor não alega fato constitutivo de direito seu, mas negativo do direito do requerido, ou seja, cabe a este demonstrar a existência do débito [...] (Apelação Cível nº 1.0433.09.307917-9/001, Rel. Des. Tarcisio Martins Costa, 9ª Câmara Cível, j. em 28.02.2012, p. da súmula em 19.03.2012).
>
> Agravo de instrumento. Decisão que determinou à parte requerida a apresentação de documentos que comprovassem a celebração de negócio jurídico, por ela alegado. Validade. O ônus da prova, nas ações declaratórias negativas, ou naquelas em que se alega um fato negativo, não se distribui na forma prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, pois o autor pode apenas negar o ato ou fato cuja inexistência pretende declarar, cumprindo à parte adversa a comprovação de sua existência, como fato constitutivo do direito atacado. Nestas ações, portanto, quem faz prova do fato constitutivo do direito é o réu, e não o autor, como de praxe; Recurso não provido (Agravo de Instrumento Cv nº 1.0720.10.006108-7/001, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, j. em 03.08.2011, p. da súmula em 12.08.2011).

Assim sendo, considerando que a autora alega que não reconhece o débito apontado, tem-se que compete à parte ré comprovar a existência tanto do negócio jurídico quanto do suposto débito, dele originado, de forma a tornar legítima a inscrição do nome do autor nos cadastros de restrição de crédito em razão daquele débito.

E observo, no caso dos autos, que desse ônus a ré se desincumbiu satisfatoriamente.

De se ver que ela, ré, trouxe aos autos cópia do contrato de cartão de crédito celebrado entre as partes, devidamente assinado pela autora, bem como cópia dos documentos pessoais da autora que foram por ela apresentados no momento da contratação (doc. nº 58/62).

E a autora não nega a autenticidade desses documentos, dizendo apenas que "que nunca foi negada a relação jurídica com a requerida, apenas requereu a sua comprovação".

Tem-se, portanto, que a parte ré se desincumbiu, repetindo, do seu onus probandi, de tal arte devendo ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Também não assiste razão a autora/apelante ao pedir o afastamento da sua condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Segundo o art. 80 do CPC/15, reputa-se litigante de má-fé aquele que:

> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - alterar a verdade dos fatos;
>
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> Vl - provocar incidentes manifestamente infundados;
>
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

No caso dos autos, restou demonstrado, às escâncaras, que a autora sempre soube a origem do débito, mas, mesmo assim, ajuizou a presente ação dizendo desconhecer a origem dessa dívida, continuando a negar o débito mesmo após a apresentação, pela ré, dos documentos já citados, alterando a verdade dos fatos a fim de se locupletar indevidamente e gerar dano à parte contrária.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

> Apelação cível. Gratuidade de justiça. Revogação do benefício. Prova da mudança das circunstâncias. Inexistência. Ação de reparação civil. Negativação cadastro restritivo. Dívida. Origem demonstrada. Contrato de prestação de serviços. Assinatura do contratante. Cheque emitido. Devolução por falta de fundos. Inadimplemento. Cobrança legítima. Inscrição. Exercício regular do direito. Improcedência do pedido. [...] Reconhecendo-se que a parte deliberadamente tentou alterar a verdade dos fatos visando obter vantagem ilícita, impõe-se o reconhecimento da litigância de má-fé, com aplicação de multa. Advirta-se que o valor da condenação por litigância de má-fé não é abarcado pela gratuidade judiciária, dado o caráter inibitório da penalidade (STJ. REsp n° 1637876/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 01.12.2016, DJe de 15.12.2016) (TJMG. Apelação Cível nº 1.0000.20.005270-2/001, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais, 20ª Câmara Cível, j. em 22.04.2020, p. da súmula em 24.04.2020).

Por todo o exposto, dou parcial provimento à apelação apenas para restabelecer os benefícios da gratuidade judiciária deferidos à autora a princípio.

Considerando o acolhimento mínimo da pretensão recursal, condeno a autora/apelante ao pagamento da integralidade das custas recursais (parágrafo único do art. 86 do CPC), e deixo de majorar os honorários sucumbenciais, tendo em vista que foram fixados em primeiro grau no percentual máximo permitido em lei, ficando suspensa a exigibilidade do pagamento de tais verbas, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC.

Saliente-se que a gratuidade judiciária não abarca o valor da condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé, nos termos do disposto no art. 98, § 4º, do CPC.

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

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Concurso público - Estado de Minas Gerais - Preliminares rejeitadas - Correção de prova da primeira fase do certame - Anulação de questão de prova objetiva pelo poder judiciário - Hipótese excepcional - Flagrante ilegalidade - Recurso parcialmente provido.

- Tendo havido o enfrentamento do mérito do litígio pelo juízo de primeiro grau, com a adoção de entendimento contrário às teses defendidas pela parte autora, patente a prestação da atividade jurisdicional, não podendo se cogitar desrespeito ao princípio constitucional insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Maior de 1.988.

- Nos termos do art. 370 do Código de Processo Civil de 2.015, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito, indeferindo, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

- Consoante pacificado entendimento jurisprudencial, em casos excepcionais, em que houver flagrante ilegalidade da questão objetiva, como também quando não forem observadas as regras editalícias, seria possível a anulação de questão de concurso público pelo Poder Judiciário, ao fundamento de caracterização de ofensa aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital.

- Não pode o Poder Judiciário substituir a banca examinadora do concurso, interferindo no mérito administrativo, porquanto os critérios de avaliação e a própria correção técnica das questões da prova são matérias que não estão afetas à análise judicial.

- Existindo, na espécie, flagrante ilegalidade em relação a uma das questões da prova objetiva (questão de nº 58 do Caderno B), a sua anulação é medida que se impõe, principalmente quando a resposta considerada pelo gabarito oficial se pautou em matéria não inserida no conteúdo programático do concurso.

V.V.- Considerando a jurisprudência consolidada no STF e no STJ, haverá anulação de questão de concurso público somente em caso de flagrante ilegalidade ou inobservância das regras editalícias, de modo que o erro deve ser evidente, a dispensar a realização de prova pericial.

- Não cabe ao Poder Judiciário apreciar subjetivamente questões de prova de concurso público, cumprindo-lhe verificar a ocorrência de erro conceitual ou material na prova, sob pena de ofensa ao princípio de inafastabilidade da jurisdição.

- Eventual erro somente pode ser analisado se a questão se enquadrar na conceituação jurídica. Não cabe ao Poder Judiciário indicar à Comissão de Concurso a melhor doutrina aplicável espécie.

- O candidato interessado deve fazer prova do erro grosseiro.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.053976-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Bruno Flávio Pereira Cordeiro - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relatora. DES.ª ANA PAULA CAIXETA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, na forma do art. 942 do Código de Processo Civil, por maioria, em REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 07 de maio de 2020. - *Ana Paula Caixeta* - Relatora.

Voto

DES.ª ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de recurso de apelação, interposto contra a sentença encartada no documento de Ordem 13, proferida pela MM.ª Juíza de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, Dr.ª Renata Bomfim Pacheco, que, nos autos da ação ordinária de anulação de ato administrativo ajuizada por Bruno Flávio Pereira Cordeiro em desfavor do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial. O autor foi condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, arbitrados em R$1.000,00 (mil reais), restando suspensa a exigibilidade de recolhimento de ditas verbas, por estar amparado pelos benefícios da Justiça Gratuita.

Em suas razões recursais, o autor, doravante denominado apelante, arguiu, preliminarmente, a nulidade da sentença e a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa. No mérito, afirmou ter participado de concurso público, para preenchimento de uma das vagas do cargo de perito criminal, regido pelo Edital nº 02/2013, não tendo obtido êxito em sua aprovação; que o ato administrativo que o eliminou do certame seria nulo, vez que sua nota "justa e correta" alcançaria 45 (quarenta e cinco) pontos na prova objetiva, já que *"quatro das questões que ele errou, quais sejam, 03, 30. 43 e 58, tiveram pareceres de especialistas renomados como Ives Gandra da SIlva Martins e Alberi Espindula, dentre outros, os quais afirmam com veemência a correção incorreta dessas questões"*.

Aduziu que

> o concurso [...] foi marcado pela desorganização, pois das sessenta questões que a prova continha, sete delas foram anuladas e um gabarito foi alterado, ou seja, mais de 10% (dez por cento) de anulações

que

> a banca organizadora anulou questões sem critério e que deixou de anular questões que estavam erradas, prejudicando ainda mais os candidatos, o que causou grande revolta em todos, sendo que diversos recorreram ao judiciário e apresentaram reclamações ao Ministério Público.

Disse que o Excelso Supremo Tribunal Federal

> já se manifestou sobre o tema (RE nº 632.853/CE) e reconheceu que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário, salvo no caso de comprovada ilegalidade ou de desrespeito a princípio constitucional.

Colacionou jurisprudências que subsidiariam as suas teses e apontou as razões que reputava devidas para a anulação das questões de nº 03, 30, 43 e 58.

Regularmente intimado, o réu, doravante denominado apelado, apresentou contrarrazões recursais.

Desnecessária a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça. Conheço do recurso de apelação, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Das preliminares.

Como primeira preliminar, arguiu o apelante a nulidade da sentença, "*tendo em vista a inquestionável violação a princípios constitucionais*". Ponderou que as questões apontadas na petição inicial, em relação às alternativas tidas por corretas, apresentariam erros, "*já que obteve pareceres importantíssimos acerca da correção errada feita pela banca examinadora*"; que a sentença, tal como proferida, representaria verdadeiro afastamento do Poder Judiciário de sua função primordial institucional.

Da atenta leitura da sentença, constata-se que a douta magistrada, em momento algum, infringiu o art. 5º, inciso XXXV, da Carta Maior de 1.988. Após a apreciação da matéria e do acervo probatório, concluiu a ilustre juíza de primeiro grau que não seria possível a revisão das respostas tidas por corretas pela Banca Examinadora, sob pena de violação do mérito administrativo (conveniência e oportunidade), registrando que o controle exercido pelo Poder Judiciário estaria adstrito ao aspecto da legalidade.

Tem-se, assim, que houve o enfretamento do mérito da demanda, com a adoção de posicionamento divergente daquele pretendido pelo apelante, o que, por si só, não acarreta a nulidade da sentença ou, ainda, configura afastamento do Poder Judiciário do exercício de suas atribuições e competências.

Rejeito, pois, a primeira preliminar.

Ainda em preliminar, defendeu o apelante a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa, por não lhe ter sido possibilitada a produção de prova pericial.

A produção de provas é orientada à demonstração dos fatos alegados pelas partes no processo. Consiste em ferramenta destinada ao Juiz, com finalidade precípua de propiciar a formação de seu convencimento para a devida solução da controvérsia deduzida em juízo, conforme dispõe o art. 370 do Código de Processo Civil de 2.015, *in verbis*:

> Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

> Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Não obstante se reconheça a prerrogativa das partes de produzirem provas para a comprovação de suas alegações, cumpre ressalvar que o exercício de tal direito não é absoluto, sendo limitado aos meios de prova admitidos em lei, bem como aos momentos adequados para o requerimento e sua produção.

In casu, ao contrário do posicionamento do apelante, o litígio envolvia matéria exclusivamente de direito, alusiva à correção de questões de prova objetiva de concurso público, o que não demandava a produção de qualquer outra prova para a solução da controvérsia, principalmente a de natureza técnica (pericial).

Rejeito, uma vez mais, a preliminar suscitada.

Do mérito recursal.

Emerge dos autos que o apelante participou de concurso público regido pelo Edital nº 02/2013, para o preenchimento de vagas do cargo de perito criminal da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, não tendo obtido êxito em sua aprovação, vez que desclassificado na primeira fase do certame (prova objetiva de conhecimentos).

Narrou o apelante em sua peça de ingresso que o ato administrativo que o excluiu do concurso seria nulo, uma vez que sua nota, na primeira fase do certame, alcançaria 45 (quarenta e cinco) pontos. Alegou, para tanto, que as questões de nº 03, 30, 43 e 58 apresentariam respostas tidas por corretas como equivocadas, conforme pareceres de especialistas e que o erro da banca examinadora seria grosseiro, o que permitiria o controle e intervenção do Poder Judiciário.

Pois bem. O Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de que, em casos excepcionais, em que houver flagrante ilegalidade da questão objetiva, como também quando não forem observadas as regras editalícias, seria possível a anulação de questão de concurso público pelo Poder Judiciário, ao fundamento de que existiria ofensa aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital. Confira-se:

> Recurso especial. Concurso público para provimento do cargo de delegado de polícia do estado de minas gerais. Possibilidade de anulação pelo poder judiciário de questão objetiva maculada com vício de ilegalidade. Precedentes desta corte superior de justiça. O tribunal de origem, amparado no contexto fático e probatório dos autos, concluiu não haver ilegalidade na elaboração das questões objetivas. Agravo regimental desprovido. - Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, em regra, não compete ao Poder Judiciário apreciar critérios na formulação e correção das provas, tendo em vista que, em respeito ao princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal, é da banca examinadora desses certames a responsabilidade pelo seu exame (EREsp nº 338.055/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 15.12.2003). - Excepcionalmente, contudo, havendo flagrante ilegalidade de questão objetiva de prova de concurso público, bem como ausência de observância às regras previstas no edital, tem-se admitido sua anulação pelo Judiciário por ofensa ao princípio da legalidade e

> da vinculação ao edital. - *In casu*, o Tribunal de origem, ao analisar as questões objetivas impugnadas, entendeu não ter havido ilegalidade na sua elaboração. - Da existência dos erros formais de digitação em algumas palavras não decorre necessariamente a nulidade das questões com a consequente atribuição dos pontos respectivos, uma vez que tais enganos de digitação são incapazes de dificultar a compreensão das questões, não tendo causado nenhum prejuízo ao candidato. - Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp nº 1472506/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, j. em 09.12.2014, *DJe* de 19.12.2014).

Em idêntico sentido, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 632.853 - CE, analisado sob a ótica do art. 543, *a,* do Código de Processo Civil de 1.973, então vigente (repercussão geral):

> - Recurso extraordinário com repercussão geral. - Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. - Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. - Recurso extraordinário provido (RE nº 632853, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 23.04.2015, DJe de 26.06.2015, p. em 29.06.2015).

Com efeito, com espeque no princípio constitucional da separação dos poderes, ao Poder Judiciário é defeso se imiscuir no mérito de ato administrativo do Poder Executivo, restringindo-se a sua apreciação, tão somente, ao estrito critério da legalidade.

Cumpre, pois, verificar se as respostas tidas por corretas pela Banca Organizadora do concurso público prestado pelo apelante afiguram-se flagrantemente ilegais ou, do contrário, se inserem no âmbito da discricionariedade administrativa. Aqui, é preciso que se destaque que o apelante fundamentou as suas razões recursais na existência de erro grosseiro no gabarito oficial.

A questão de nº 03, inserida no Caderno B, foi assim redigida:

> QUESTÃO 03
>
> Todas as vezes que ocorre um crime a provocar grande comoção nacional, parte da sociedade brasileira - capitaneada por um discurso minimalista e conservador, com repercussão imediata na grande mídia - clama por leis draconianas como lenitivo para diminuir a criminalidade violenta.
>
> A alternativa cujo sinônimo da palavra em destaque NÃO contribui para a produção de sentido do período acima destacado é:
>
> (A) Comoção: agitação social, forte emoção.
>
> (B) Draconianas: código de leis atribuído a Dracon, legislador ateniense.
>
> (C) Lenitivo: que mitiga dores.
>
> (D) Minimalista: que defende a redução de funções e poderes de organizações políticas.

Para a referida questão, o gabarito oficial apontou como correta a alternativa "B". Nisso, não há qualquer ilegalidade, uma vez que o fato de a Banca Examinadora não estar buscando o significado etimológico do vocábulo "draconianas", mas o seu sentido por extensão ("o que é excessivamente rigoroso ou drástico"), não conduz à existência de erro grosseiro. Cuidando-se de mérito administrativo, resta obstada a ingerência do Poder Judiciário.

Quanto à questão de nº 30, defendeu o apelante que sua nulidade consistiria em sua repetição na nova prova aplicada no concurso público, o que acarretaria desrespeito ao princípio da isonomia entre os candidatos.

Como relatado pelo próprio apelante, após a comunicação da anulação da primeira prova, um dos cadernos não foi devolvido aos fiscais que se encontravam em sala, tendo sido disponibilizado, posteriormente, na internet.

Nesse contexto, o simples fato de uma das questões ter sido repetida na nova prova aplicada não acarreta, por si só, desrespeito ao referido vetor axiológico, não havendo, nos autos, qualquer prova que aponte em sentido contrário.

A respeito do tema, a eminente Des.ª Áurea Brasil, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0024.14.005510-4/002 pontuou que:

> Considerando que a reincidência de questões aplicadas em certames é prática usual em concursos públicos, penso que a garantia de isonomia entre os candidatos parte, primordialmente, do próprio instrumento convocatório, que torna públicos os conteúdos a serem objeto de avaliação no certame.

Referencialmente à alternativa eleita pela banca examinadora como correta (letra "b"), as argumentações tecidas pelo apelante se voltam contra o critério interpretativo, envolvendo, assim, o mérito do ato administrativo.

Já a questão nº 43 do Caderno B foi assim apresentada:

> QUESTÃO 43
>
> A Técnica de Auditoria denominada Exame da Documentação Original é um procedimento voltado para a comprovação das transações que, por exigências legais, comerciais ou de controle, são evidenciadas por documentos comprobatórios dessas transações. Assim, o exame realizado pelo auditor sobre tais documentos deve atender às seguintes condições, EXCETO:
>
> (A) Aprovação - verificação de que a operação e os documentos foram aprovados por pessoa autorizada.
>
> (B) Autenticidade - constatação de que a documentação seja fidedigna e merecedora de crédito.
>
> (C) Inspeção - exame de registros, documentos e de ativos tangíveis.
>
> (D) Normalidade - constatação de que a transação se refere a operação normal e de acordo com os objetivos da empresa.

Para a questão, o gabarito apresentou como correta a alternativa "C". Segundo o apelante, a questão não teria resposta correta.

Não demonstrou o apelante, no entanto, que a nova disciplina trazida pela Resolução CFC nº 1.203/09 seria distinta das normas previstas nas resoluções por ela revogadas, não sendo possível extrair do parecer dita conclusão.

Por fim, tem-se a questão de nº 58:

> QUESTÃO 58
>
> Juan Suaréz Silva nasceu na Espanha, filho de mãe espanhola e de pai brasileiro que não estava (na Espanha) a serviço da República Federativa do Brasil. Considerando que Juan foi registrado em repartição brasileira competente e o que dispõe a Constituição brasileira de 1988, é CORRETO afirmar que:
>
> (A) a repartição brasileira competente se equivocou ao emitir a certidão de nascimento para Juan, uma vez que seu pai, embora brasileiro, não estava a serviço da República Federativa do Brasil.
>
> (B) Juan é brasileiro nato e, caso venha a residir no Brasil, não precisará de nenhum ato para consolidar a nacionalidade brasileira.
>
> (C) Juan é brasileiro nato; mas, se vier a residir no Brasil, deverá transcrever a certidão consular no cartório do local onde fixar a sua residência.
>
> (D) Juan será considerado brasileiro nato se vier a residir no território da República Federativa do Brasil, sendo que a certidão consular facilita a aquisição definitiva da nacionalidade brasileira.

O gabarito oficial apontou, como correta, a alternativa "C"; no entanto, no entender do apelante, *"tendo o indivíduo nascido em país estrangeiro, mas com pai brasileiro ou mãe brasileira, o mero registro na repartição competente é suficiente para que a nacionalidade brasileira seja obtida"* e, portanto, a opção "B" seria a correta.

A questão, à luz da Constituição de 1.988 e do Edital regulamentador do concurso público, apresenta erro grosseiro e merece ser anulada. Isso, porque de acordo com a Carta Maior de nº 1.988 (única legislação apontada pela questão de nº 58 para que o candidato a respondesse), em seu art. 12, alínea *c*, primeira parte, o registro de Juan Suaréz Silva perante repartição brasileira competente já lhe garantiria a nacionalidade brasileira.

Ainda que outras legislações apontassem a necessidade da prática de outros atos para a obtenção da nacionalidade brasileira, o edital não as incluiu no conteúdo programático e, portanto, não poderiam ser cobradas do candidato. Assim, tomando, apenas, a Constituição de 1.988, Juan Suaréz da Silva seria brasileiro nato, não sendo necessária a prática de qualquer outro ato para consolidar a nacionalidade brasileira. A resposta correta seria, assim, a alternativa "B", não considerada pelo gabarito oficial, impondo-se, pois, a sua anulação, tendo em vista o erro grosseiro.

Por fim, é preciso que se registre não ser possível o acolhimento do principal pedido formulado pelo apelante, alusivo à declaração de nulidade do ato administrativo que o eliminou do certame e

nem mesmo daquele apresentado no item 03 de sua peça de ingresso ("garantir o ingresso do autor em um próximo certame para provimento de vagas no Cargo de Perito Criminal da Polícia Civil de Minas Gerais em inteira igualdade com os demais candidatos"), já que não há elementos suficientes nos autos que atestem que a anulação de uma única questão do concurso público acarretaria os efeitos antes descritos.

A prova do referido fato (constitutivo do direito autoral) competia ao apelante, que não observou, contudo, o ônus processual que lhe era atribuído pelo art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015.

Diante do exposto, rejeito as preliminares arguidas e dou parcial provimento ao recurso, para reformar parcialmente a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, tão somente para anular a questão de nº 58 do Caderno B do concurso público prestado pelo apelante, regido pelo Edital nº 02/2.013.

Condeno as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro, já considerando a atuação recursal, em R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) - art. 85, § 2º, § 8º e 11, do Código de Processo Civil de 2015 - cabendo ao apelante o recolhimento de 80% (oitenta por cento) dessas verbas e, ao apelado, 20% (vinte por cento).

O apelado está isento do recolhimento das custas processuais - art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 14.939/03. Fica, para o apelante, suspensa a exigibilidade do pagamento das verbas de sucumbência, vez que amparado pelos benefícios da Justiça Gratuita.

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de apelação, interposta por Bruno Flávio Pereira Cordeiro contra sentença que julgou improcedente o pedido que formulou em face do Estado de Minas Gerais na ação anulatória de ato administrativo.

A e. Relatora rejeitou as preliminares de nulidade da sentença e de cerceamento de defesa e, no mérito, deu parcial provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença, julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais, apenas para anular a questão nº 58 do Caderno B da prova do concurso público para Perito Criminal da Polícia Civil de Minas Gerais, regido pelo Edital 02/2013.

Peço vênia para divergir parcialmente do entendimento adotado. Isso, porque já me manifestei acerca do referido concurso, no sentido de que a questão nº 58 da prova B não apresenta erro grosseiro, versando sobre matéria prevista no Edital.

Com relação à anulação de questão de prova e de critérios de correção de prova em concurso público - assim como assentado no voto da e. Relatora -, o STF, em repercussão geral, fixou tese, baseada em jurisprudência antiga, de que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Veja-se:

> Recurso extraordinário com repercussão geral. - Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. - Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. - Recurso extraordinário provido. (RE nº 632853/CE-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Tema nº 485, *DJe* de 29.06.2015).

Tese - Os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário.

Portanto, considerando a jurisprudência consolidada do STF, extrai-se que a anulação de questão de concurso público somente se justifica em caso de flagrante ilegalidade ou inobservância das regras editalícias. Vale dizer, o erro deve ser evidente.

Pode-se considerar que, em certa medida, a análise deve recair sobre a validade e a legalidade do ato administrativo.

No presente caso, a e. Relatora anulou a questão nº 58.

Reitero o entendimento adotado na relatoria da Apelação Cível nº 1.0024.14.051300-3/003 e no vocalato da Apelação Cível nº 1.0024.14.054025-3/002, DJe 22/08/2019, que também tratava do concurso público para o cargo de Perito Criminal da Polícia Civil de Minas Gerais, Edital nº 02/2013, nos seguintes termos:

A questão nº 58 do Caderno "B" da prova para Perito Criminal da Polícia Civil de Minas Gerais, concurso público regido pelo Edital 02/2013, tem o seguinte teor (JPe nº 3, f. 36):

> QUESTÃO 58
>
> Juan Suaréz Silva nasceu na Espanha, filho de mãe espanhola e de pai brasileiro que não estava (na Espanha) a serviço da República Federativa do Brasil. Considerando que Juan foi registrado em repartição brasileira competente e o que dispõe a Constituição brasileira de 1988, é CORRETO afirmar que:
>
> (A) a repartição brasileira competente se equivocou ao emitir a certidão de nascimento para Juan, uma vez que seu pai, embora brasileiro, não estava a serviço da República Federativa do Brasil.
>
> (B) Juan é brasileiro nato e, caso venha a residir no Brasil, não precisará de nenhum ato para consolidar a nacionalidade brasileira.
>
> (C) Juan é brasileiro nato; mas, se vier a residir no Brasil, deverá transcrever a certidão consular no cartório do local onde fixar a sua residência.
>
> (D) Juan será considerado brasileiro nato se vier a residir no território da República Federativa do Brasil, sendo que a certidão consular facilita a aquisição definitiva da nacionalidade brasileira.

A banca examinadora indicou como correta a letra "C", enquanto a apelante aponta resposta diversa daquela indicada pela banca, reputando correta a resposta na legra "B",

Todavia, verifica-se que se trata de conteúdo previsto no Programa de Direitos Humanos do Edital (Anexo I, item 2). Conforme o Edital, a questão da "nacionalidade" (item 2.5.3) deve ser lida não apenas à luz da Constituição Federal/88, mas também dos Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos (item 2.1) e do "sistema internacional de Proteção dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil" (item 2.3).

Portanto, não vislumbro violação ao Edital ou erro grosseiro a justificar a anulação da questão.

Assim considerando, reitero o pedido de vênia à e. Relatora para, divergindo parcialmente do posicionamento adotado, negar provimento ao recurso e manter os termos da sentença.

É como voto.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Peço vênia à eminente Desembargadora Relatora para acompanhar a divergência instaurada pelo ilustre Des. Renato Dresch.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ E KILDARE CARVALHO.

Súmula - NA FORMA DO ART. 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, POR MAIORIA, REJEITARAM AS PRELIMINARES ARGUIDAS E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível – Sucessões - Ação anulatória de doação inoficiosa e escritura pública de testamento - Atos realizados em 1998 - Vigência do Código Civil de 1916 - Prazo antigo de 20 anos - Código Civil de 2002 - Art. 205 - Redução do prazo para dez anos - Regra de transição do art. 2.028 - Prazo novo a partir da entrada em vigor - Pretensão prescrita em 2013 - Ação ajuizada em 2018 - Sentença mantida.

- O prazo prescricional para a anulação de doação inoficiosa é contado da data em que esta foi realizada.

- O Código Civil de 1916 previa o prazo prescricional de 20 anos (art.177), que foi reduzido para 10 anos pelo art. 205 do Código Civil de 2002.

- Conforme a regra de transição estabelecida no art. 2.028 do Novo Código, se, na data de sua entrada em vigor, não houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, aplica- se o novo prazo, a partir de então.

- Considerando que o ato que se pretende anular foi realizado em 1998, o prazo prescricional de 10 anos teve início em 2003, tendo se encerrado em 2013. A ação foi ajuizada apenas em 2018, quando a pretensão já se encontrava prescrita.

Apelação Cível nº 1.0000.21.056211-2/001 - Comarca de Itaúna - Apelante: Noara Santos Drumond Leal - Apelados: Andreia Antunes, Breno Antunes, Haidee Maria Antunes. – Relator: Des. Wagner Wilson Ferreira.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Wagner Wilson Ferreira*. – Relator.

Voto

DES. WAGNER WILSON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Noara Santos Drumond Leal, contra sentença proferida pelo Juízo da Vara de Família e Sucessões da Comarca de Itaúna, que, nos autos da ação ordinária ajuizada contra Andreia Antunes e outros, pronunciou a prescrição da pretensão posta nos autos, com fulcro no art. 487, II, do CPC e condenou a parte

autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa. A exigibilidade de tais verbas foi suspensa, em razão da gratuidade da justiça.

A apelante alega à ordem nº 71 que, como o caso refere-se à nulidade de doação e ineficácia de testamento, aplica-se o prazo prescricional/decadencial da lei vigente quando da sua realização (1998), ou seja, o prazo geral de 20 (vinte) anos previsto no art.177 do Código Civil de 1916.

Acrescenta que, à época da doação e do testamento, em 1998, os beneficiários Breno e Andrea contavam com 10 (dez) e 17 (dezessete) anos respectivamente, razão pela qual o prazo prescricional ficou suspenso por força do disposto no art. 169, I, do CC/16.

Pede o provimento do recurso.

Contrarrazões no documento de ordem nº 75, pela manutenção da sentença.

É o Relatório.

Decido.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação anulatória de doação inoficiosa e escritura pública de testamento. A autora narra, na inicial, que Dêlcio Antunes Drumond, por meio de escritura pública, realizou doação desrespeitando a legítima que cabia aos herdeiros necessários. Requer a declaração de ineficácia do negócio jurídico na parte que excedeu a legítima.

Conforme se depreende dos autos, a doação foi realizada na data de 27 de novembro de 1998 (docs. nº 04/05). Na ocasião, estava em vigor o Código Civil de 1916, que previa o prazo prescricional geral de 20 (vinte) anos. Confira-se: "Art.177. As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais em dez entre presentes e entre ausentes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas".

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o prazo foi reduzido para 10 (dez) anos, nos termos do art. 205: "Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

E foi estabelecida a seguinte regra de transição: "Art. 2.028. 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 lei revogada".

Ou seja, como em 2003, data da entrada em vigor do Novo Código Civil, não havia, no caso dos autos, transcorrido mais da metade do prazo estabelecido no Código Civil de 1916, passou-se a aplicar o prazo do Novo Código (dez anos) a partir de sua entrada em vigor. A presente ação só foi ajuizada em 2018, 5 (cinco) anos após a ocorrência da prescrição, que se deu no ano de 2013

É certo que, segundo o art. 169 do Código Civil de 1916 e o art.198 do Código Civil de 2002, não corre a prescrição contra os incapazes. Porém, não é o caso da autora, já que ela não era incapaz.

A sentença deve ser mantida, portanto. Neste sentido:

> Direito Civil e Processual Civil. Ação anulatória de doação inoficiosa de ascendente a descendente. Nulidade. Prescrição. Prazo de 10 anos. Marco inicial. Data da liberalidade. - É cediço que o prazo prescricional para a anulação de doação inoficiosa no Código Civil de 1916 era de 20 anos, seguindo, pois, a regra geral das ações pessoais do art. 177 do referido diploma legal; sendo que tal prazo foi reduzido para 10 anos pelo art. 205 do Código Civil de 2002. - E conforme a pacífica jurisprudência do STJ e deste TJMG, o prazo prescricional para a ação de anulação de doação inoficiosa é contado da data do negócio jurídico que se busca anular (TJMG - Apelação Cível 1.0035.14.019396-8/002, Relator: Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 17.07.2019, p. em 26.07.2019).
>
> Apelação cível. Ação anulatória. Doação inoficiosa. Prescrição. Prazo decenal. Data do negócio jurídico. Menor incapaz. Data da aquisição da capacidade civil. - A ação anulatória que tem como objeto a doação inoficiosa, prescreve em 10 anos, conforme o art. 205 do CC, sendo o termo inicial para a contagem a data em que formalizado o negócio jurídico. Em desfavor do menor incapaz não corre a prescrição, conforme o art. 198 do CC, passando a ser computado o prazo prescricional no momento em que ele atingir sua capacidade civil (TJMG - Apelação Cível 1.0000.20.021287-6/001, Relator: Des. Fernando Caldeira Brant, 20ª Câmara Cível, j. em 15.04.2020, p. em 17.04.2020).

"Apelação cível. Ação anulatória. Doação inoficiosa. Prazo prescricional. Decenal. Ocorrência. - O prazo prescricional para nulificação da doação inoficiosa é de 10 anos (TJMG - Apelação Cível 1.0210.18.003705-8/001, Relator: Des. Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, j. em 14.08.2019, p. em 22.08.2019)".

Conclusão

Mediante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela apelante. Majoro os honorários advocatícios arbitrados na origem em 5% (cinco por cento), na forma do art. 85, § 11, do CPC.

Fica suspensa a exigibilidade de tais verbas em razão da gratuidade de justiça.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Bitencourt Marcondes e Leite Praça.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização - clínica odontológica - Responsabilidade objetiva - Art. 14, *caput*, do CDC - Falha na prestação dos serviços - Dever de indenizar configurado - Danos morais e materiais comprovados - *Quantum* - Critérios de fixação para o dano moral - Ônus sucumbenciais - Sentença mantida.

- A responsabilidade civil da clínica, pelos serviços odontológicos que presta, é objetiva, a teor do art. 14, *caput*, do CDC.

- Provado o nexo de causalidade entre o evento danoso e os prejuízos sofridos pela parte autora, é cabível indenização tanto pelos danos morais como pelos materiais comprovados.

- De acordo com a corrente majoritária contemporânea, a quantificação do dano moral se submete à equidade do magistrado, o qual arbitrará o valor da indenização com base em critérios razoavelmente objetivos, analisados caso a caso, tais como a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima, a culpabilidade do agente, a possível culpa concorrente do ofendido, a condição econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima etc., devendo observar também os patamares adotados pelo Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

- Nos termos da Súmula nº 326 do STJ: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.058433-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Clidel Barreiro - Apelado: Elena Maria de Oliveira Alvino. Relator: DES. MARCOS LINCOLN.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 17 de junho de 2021. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Voto

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de apelação, interposta por Clidel Barreiro à sentença retratada no DE 81, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por Elena Maria de Oliveira Alvino, pela qual o MM. Juiz de Direito decidiu:

> Diante de todo o exposto, julgo procedente a pretensão inicial para condenar a requerida a restituir à autora o valor de R$620,00 (seiscentos e vinte reais), quantia que deverá ser acrescida de correção monetária, pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, bem como de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos desde a data do desembolso (setembro de 2016), tudo até o efetivo pagamento.

> Condeno a requerida, ainda, a indenizar a autora, a título de danos morais, no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), montante que deverá ser acrescido de correção monetária pela Tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da data de prolação desta sentença, bem como juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, estes últimos desde a data do evento danoso (setembro de 2016), tudo até o efetivo pagamento.
>
> Condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e honorários de sucumbência em favor dos advogados da autora, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação" (sic).

Nas razões recursais (DE 84), a clínica ré, ora apelante, sustentou que não praticou ato ilícito indenizável, uma vez que "desde o início houve a advertência acerca da existência de perda óssea, que poderia resultar na ineficácia do tratamento" (sic); que mesmo após prestar todas as informações, a autora optou, livremente, em realizar a extração do dente de n° 21. Asseverou ainda que a culpa seria exclusiva da autora, pois não observou as orientações que lhe foram passadas; que "durante a extração, o profissional percebeu a mobilidade do dente '11'" (sic), a qual seria decorrente de perda óssea, observada também no caso do dente "21". Pela eventualidade, afirmou que "se o intuito do legislador brasileiro é a reparação, o máximo que poderia fazer, se atendidas as determinações legais, seria condenar a recorrente a proceder com os tratamentos necessários para se reestabelecer o *status quo antem* em relação aos dentes da recorrida, supostamente afetados" (sic). Ao final, pugnou pela redução do valor arbitrado a título de danos morais e pela redistribuição da sucumbência.

Contrarrazões (DE 89).

É o relatório.

Passa-se à decisão.

Colhe-se dos autos que Elena Maria de Oliveira Alvino ajuizou ação de indenização contra Clidel Barreiro, à alegação de que procurou a clínica ré, objetivando a realização de "uma obturação em seu dente incisivo central superior esquerdo (dente n° 21)" (sic). Todavia, "a obturação não se fixou ao dente e a requerente procurou novamente a clínica para que fosse refeito o procedimento" (sic).

Segundo a autora, "foi informada por um dos dentistas que a atendeu que seria necessário que fizesse um canal no dente n° 21, já que não teria outra solução informada pelos profissionais da requerida para fixar a obturação" (sic); que "feito o canal no dente da requerente, foi colocado um dente provisório no lugar do dente n° 21" (sic).

Narrou ainda que, ao retirar o mencionado "dente provisório", o preposto da clínica ré exerceu força excessiva, o que provocou abalo no dente de número 11 e sua consequente extração.

À vista disso, ao fundamento de que houve falha na prestação do serviço, pediu indenização por danos morais e materiais.

Citada, a clínica contestou (DE 28), arguindo preliminar de inépcia da inicial. No mérito, enfatizou não ter praticado ato ilícito indenizável, uma vez que "o procedimento de canal foi opção da autora, contudo, desde o início houve a advertência por parte da ré acerca da existência de perda óssea, que poderia resultar na ineficácia do tratamento" (sic); que "Devidamente informada e ciente de

tudo, conforme se extrai da ficha de atendimento da autora, ela entendeu toda a situação e optou pela exodontia, ou seja, pela extração do dente '21'" (sic); que "durante a extração, o profissional percebeu a mobilidade do dente '11'. A mobilidade é decorrente principalmente pela perda óssea, já observada no caso do dente '21'. Cumprindo o seu dever de informar, o dentista advertiu a autora que poderia futuramente perder o dente '11', pelas mesmas razões do que houvera ocorrido com o dente '21'" (sic).

Impugnada a contestação e instruído o feito, sobreveio a sentença recorrida, pela qual, como relatado, o MM. Juiz de Primeiro Grau julgou procedentes os pedidos iniciais.

Esses são os fatos.

Pois bem.

De início, cumpre salientar que as disposições do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à espécie, pois a autora apelada contratou a clínica apelante para realizar serviços odontológicos (CDC, art. 2º).

Portanto, aplica-se a regra da responsabilidade civil objetiva, que independe da existência de culpa do prestador de serviços, consoante preceitua o art. 14 do Diploma Consumerista, a saber:

> 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.

Com efeito, citado artigo, além de estabelecer a responsabilidade objetiva do prestador de serviços, prevê o dever de reparar os danos causados aos consumidores, por falhas relativas ao fornecimento desses serviços, independentemente de comprovação de culpa, exigindo apenas a prova do dano e o nexo causal com o serviço defeituoso.

Feitas essas considerações, analisando cuidadosamente todo o instrumento processual, constatou-se que a autora apelada comprovou satisfatoriamente que a clínica ré falhou ao prestar os serviços contratados.

Isso porque, extrai-se do prontuário odontológico anexado ao DE 30, que os prepostos da clínica ré realizaram a extração dos dentes números "11" e "21" no dia 13 de setembro de 2016, embora todos os procedimentos anteriores (obturação e endodontia) estivessem restritos ao dente número "21".

Ademais, de acordo com o laudo pericial emitido pela Polícia Civil de Minas Gerais (DE 09), vê-se que o ilustre expert apurou que a extração do dente "21" não era radiologicamente indicada; que houve agravamento da debilidade pré-existente (ausência de vários dentes superiores); que houve mudança no tratamento odontológico da autora já que constava apenas no orçamento "uma obturação luz halógena R$70,00 (setenta reais) e 'blocos' R$540,00 (quinhentos de quarenta reais)" (sic).

Por outro lado, tem-se que a clínica ré não se desincumbiu de seu desiderato disposto no art. 373, II, do NCPC, eis que não comprovou que a extração dos dentes "11" e "21" seria o melhor procedimento a ser adotado à época, mormente considerando a desistência da prova pericial (DE 75).

Além do mais, como bem asseverou o Magistrado:

> [...] A própria requerida noticia que a "mobilidade" do dente nº 11 foi percebida pelo profissional somente durante o procedimento de extração do dente nº 21. Ademais, a paciente (requerente) teria sido informada de que "futuramente" poderia perder o dente nº 11, mas ficou sem este dente (nº 11) durante o próprio procedimento de extração do dente nº 21. Nestas circunstâncias, parecem evidentes os danos causados pela requerida à autora que, ao contratar serviços odontológicos para o dente nº 21, perdeu o dente nº 11" (sic).

E, ao contrário do que fora sustentado pela ré, na verdade, a autora é que não tem condições de provar que não fora cientificada de todas as recomendações necessárias após o procedimento de obturação do dente "21", pois não existe o ônus de fazer prova negativa no direito processual brasileiro.

Dessa maneira, considerando que a autorização da autora para extração do dente "21" pautou-se exclusivamente na confiança depositada no suposto conhecimento técnico especializado da clínica ré e que esta (apelante) não poderá se eximir da responsabilidade legal que possui em casos de danos causados a seus consumidores, revela-se configurado o dever de indenizar.

Reconhecida, destarte, a responsabilidade objetiva da ré pela extração indevida dos dentes "11" e "21" pertencentes à autora, passa-se à análise das indenizações pretendidas.

Dano moral.

Em relação ao dano moral, sabe-se que o direito à indenização exsurge sempre que for atingido o ofendido como pessoa, não se cogitando de lesão ao seu patrimônio, razão pela qual dispensa prova em concreto, existindo *in re ipsa*, tratando-se de presunção absoluta.

É lesão que integra os direitos da personalidade, tal como vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, imagem, identificação pessoal, integridade física e psíquica, etc. Enfim, a dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional da República Federativa Brasileira, é que pode, mas não necessariamente, acarretar à vítima dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Configura dano moral aquele que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar.

E, analisando os autos, é inegável que a extração indevida dos dois dentes da frente que se localizam na arcada superior, quais sejam, números "11" e "21", realizada pelos prepostos da ré em seu estabelecimento comercial, supera os meros aborrecimentos, causando-lhes intensa tristeza e dor pela deformidade.

Por conseguinte, inconteste o dano moral, mister analisar o *quantum* indenizatório fixado.

Como sabido, a função essencial da responsabilidade civil é ressarcir o ofendido da maneira mais completa quanto possível, tornando-o indene à ofensa causada por outrem.

Em se tratando de prejuízos extrapatrimoniais, nos quais estão incluídos os danos morais, as dificuldades para estabelecer a justa indenização são evidentes, uma vez que os bens jurídicos extrapatrimoniais muitas vezes não comportam a reparação *in natura*, mas apenas em pecúnia.

Desse modo, impõe-se a adoção de certos critérios de balizamento para o *quantum* indenizatório, pois não há como mensurar, objetivamente, o valor em dinheiro dos direitos inerentes à personalidade humana, tanto que o Supremo Tribunal Federal rechaça o arbitramento prévio das indenizações por dano moral:

> Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual CR. (Supremo Tribunal Federal - RE nº 447.584, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 16.03.2007).

Nessa seara, o entendimento majoritário da atualidade, tanto da doutrina, quanto da jurisprudência, é no sentido de que o arbitramento equitativo do juiz é aquele que melhor atende à quantificação da indenização, porque o montante será alcançado mediante a ponderação das circunstâncias e das peculiaridades do caso concreto.

A corrente tradicional (clássica) do arbitramento por equidade defende que a reparação por danos morais deve observar dois caracteres: um compensatório para a vítima e outro punitivo para o ofensor.

Nesse sentido, os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

> "A - de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia [...]; B - de outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é *pretium dolores*, porém uma ensancha de reparação da afronta [...] (*Instituições de Direito Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. V, II. p. 242).

Nada obstante, a corrente doutrinária contemporânea, resultante de novas discussões, elenca outros elementos relevantes para o arbitramento equitativo da indenização, tais como: a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima, a culpabilidade do agente, a possível culpa concorrente do ofendido, a condição econômica do ofensor, as condições pessoais da vítima etc.

Nessa linha de ideias, o Superior Tribunal de Justiça, em alguns casos específicos, tem aplicado o chamado "método bifásico" para quantificar o dano moral, pelo qual, primeiro, "arbitra-se o valor básico da indenização, considerando o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria".

Feitas essas considerações, da doutrina e da jurisprudência, conclui-se que o tema da quantificação do dano moral se encontra em permanente discussão e evolução, sendo certo que, hodiernamente, prevalece o critério da equidade do magistrado, o qual arbitrará o valor da indenização com base nos critérios acima citados, razoavelmente objetivos, devendo também se atentar aos patamares adotados pelo Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, atento ao princípio da prudência e às peculiaridades do caso sub judice já apontadas, ausente o critério objetivo de fixação da verba indenizatória por danos morais e levando-se em conta outros julgamentos já proferidos por esta Câmara, inclusive, em processos que relatei, versando sobre a justa quantificação dos danos morais, hei por bem manter a indenização em R$10.000,00 (dez mil reais), quantia que não configura uma premiação, nem mesmo uma importância insuficiente para concretizar a pretendida reparação civil.

Dano material.

Já em relação aos danos materiais, segundo a boa doutrina, a indenização deve atingir a integralidade do prejuízo experimentado pela vítima. Ou seja, são indenizáveis os danos emergentes e os lucros cessantes, como se depreende da leitura do art. 402 do Código Civil, que dispõe, *in verbis*:

> 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.

Para o deferimento da indenização é indispensável que haja prova objetiva de sua ocorrência, não bastando mera expectativa, pois não se trata de dano hipotético, pelo que devem ter bases seguras.

Em nota à norma, Rui Stoco ensina:

> A expressão "perdas e danos", na terminologia técnica do Direito, evidencia e traduz os prejuízos de uma pessoa tenha causado a outrem, por ato próprio ou alheio, mas de sua responsabilidade. [...] O "dano emergente" é o que consiste na perda efetivamente sofrida. É o prejuízo real ou aquilo que se perdeu, em virtude do ato praticado ou do fato ocorrido, ou, nas palavras de João Casillo, "aquele que surge, direta e imediatamente; o que aparece, desde logo, identificável através de valores objetivos" (Dano à pessoa e sua identificação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.71) (*Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1220-1221).

No caso concreto, a autora pretende receber o valor de R$620,00 (seiscentos e vinte reais) que desembolsou para a realização do procedimento odontológico.

Do cotejo probatório, embora a autora não tenha comprovado o efetivo desembolso, vê-se que a clínica ré sequer impugnou especificamente a quantia pretendida, limitando-se a afirmar que não praticou ato ilícito indenizável.

Logo, a teor das disposições do art. 344 do NCPC, comprovado o gasto, bem como o nexo causal entre ele e o fato, a sentença deve ser mantida nesse tocante.

De mais a mais, nas razões recursais, a ré afirmou que

> "o máximo que poderia fazer, se atendidas as determinações legais, seria condenar a recorrente a proceder os tratamentos necessários para se reestabelecer o *status quo antem* em relação aos dentes da recorrida, supostamente afetados".

Acontece que não houve pedido formulado pela autora nesse sentido, de modo o apelo não merece ser provido, pois, como se sabe, pelo princípio da congruência deve o Julgador solucionar a lide dentro dos limites estabelecidos pelas pretensões das partes, sendo-lhe vedado decidir aquém ou além das questões submetidas a sua apreciação ou examinar questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Vale dizer, o limite objetivo da sentença é o pedido do autor, objeto do processo, devendo existir uma correspondência fiel entre o que foi requerido na petição inicial e o que será decidido, sob pena de nulidade da decisão, caso não seja possível adequá-la à situação fática e jurídica debatida.

Por fim, quanto à distribuição da sucumbência, saliente-se que, não obstante a pretensão da parte autora fosse receber a quantia de R$100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, não há que se falar em sucumbência recíproca, à vista do disposto na Súmula nº 326 do STJ, cujo teor é o seguinte:

"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Desse modo, deverá a ré apelante arcar com as custas processuais e honorários advocatícios de forma exclusiva.

Conclusão.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante. Majoram-se os honorários advocatícios para 15% (quinze por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC.

Votaram de acordo com o Relator as Desembargadoras Mônica Libânio Rocha Bretas e Shirley Fenzi Bertão.

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Publicação em jornal - Reportagem de relacionamento extraconjugal - Terceiros estranhos ao processo – Danos morais não configurados.

- A responsabilidade civil por danos morais nasce quando o "texto publicado extrapola os limites da informação, evidenciando a intenção de injuriar, difamar e caluniar terceiro" (REsp 1390560/SP).

- A liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, uma vez que pode ferir a honra e imagem dos cidadãos e/ou das instituições comerciais envolvidas.

- Não verificado o excesso e/ou informação falsa na publicidade, não há como se reconhecer o dever de indenizar, mormente quando a publicação se refere a fatos ocorridos com terceiros estranhos ao processo.

Apelação Cível nº 1.0702.15.058692-4/005 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Denise Aparecida Pereira - Apelados: Wellington Salgado de Oliveira, Edivânio Aparecido da Silva, Oldair Moreira de Sousa, Rede Vitoriosa Comunicacao Ltda. – Relator: Des. José Américo Martins da Costa.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2021. - *José Américo Martins da Costa*. – Relator.

Voto

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Denise Aparecida Pereira apela da sentença (ordem 27) que, nos autos de ação de indenização por danos morais e obrigação de fazer, ajuizada em desfavor de Rede Vitoriosa de Televisão Uberlândia e outros, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em suas razões recursais (ordem 27), a apelante alega que a reportagem veiculada no programa de televisão "Chumbo Grosso" e também na internet causou-lhe abalos morais.

Defende que a reportagem contém informações mentirosas, desairosa e desabonadora sobre a empresa, seus dirigentes e suas funcionárias.

Salienta que

> [...] devido à veiculação da reportagem, a apelante foi vítima de dano moral, pois passou a sofrer piadas no seio da sociedade e local de trabalho, além da enorme vergonha diante de amigos e familiares, já que foi informado na reportagem que toda mulher que trabalha na empresa Banana Boa tem que manter relações sexuais com o gerente de nome Zequinha (f. 3 da ordem 27).

Transcreve jurisprudência que corrobora com seu direito. Pede o conhecimento e provimento do recurso.

Recurso dispensado do recolhimento do preparo em razão da concessão da gratuidade da justiça.

Apresentadas as contrarrazões à ordem 32. Ato seguinte, os autos foram remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o Relatório no necessário. Decide-se.

Juízo de admissibilidade

Considerando-se que a sentença foi proferida em 27 de agosto de 2019, a admissibilidade do recurso deve ser analisada com base na Lei Processual Civil de 2015, com respaldo no enunciado 54 do Fórum de Debates e Enunciados sobre o NCPC deste e. TJMG: "A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos".

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

> Processual civil. Administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Argumentos insuficientes para desconstituir a decisão atacada. Ação civil pública. Serviço de telefonia móvel. Recurso especial contra acórdão que defere ou indefere medida liminar ou antecipação dos efeitos da tutela. Não cabimento. Incidência, por analogia, da Súmula nº 735/STF. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 ao julgamento deste Agravo Interno. II - Não cabe recurso especial contra acórdão que defere ou indefere medida liminar ou antecipação dos efeitos da tutela, haja vista a natureza precária da decisão. Incidência, por analogia, da Súmula nº 735/STF. III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV - Agravo Interno improvido (AgInt no AREsp 235.368/MA, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 16.02.2017, DJe 23.02.2017).

Fixada esta premissa e tendo-se em vista que foram satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Mérito

Insurge-se a apelante contra a decisão de primeiro grau que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Dos autos extrai-se que o jornal de propriedade da primeira ré publicou entrevista com o marido de uma funcionária, a qual teria se envolvido em relacionamento amoroso extraconjugal com um preposto da empresa Comercial Melory Ltda.

A apelante, na qualidade de funcionária da empresa, aduz que se sentiu ofendida com o conteúdo da publicação e, ainda, que "[...] teve uma repercussão muito negativa para as funcionárias da empresa, assim como, para seus familiares, colocando todas em situações constrangedoras".

Em razão desse contexto, requereu a compensação por danos morais. Pois bem!

Cinge-se a controvérsia no reconhecimento da Responsabilidade Civil e, por conseguinte, seu dever de indenizar.

A responsabilidade civil designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo em consequência da ofensa a um direito alheio. Nas palavras de Flávio Tartuce (2015, p. 383) "a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida" (TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015).

Para caracterização da responsabilidade civil (art. 927, CC), necessário observar que o art. 186 do Código Civil consagra a regra de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Analisando o dispositivo acima transcrito, evidencia-se a presença de quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

No caso em exame, verifica-se que os fatos narrados não foram capazes de causar ofensa ao direito de personalidade da apelante.

A matéria transcrita às f. 5/7, revela que os fatos não ocorreram com a apelante. A reportagem apenas faz referência ao nome da empresa em que a apelante trabalhava e narra um caso de relacionamento extraconjugal entre outras pessoas.

Como bem mencionado pelo magistrado *a quo*

> [...] verifico que em nenhum momento houve menção ao nome da parte autora ou qualquer outra indicação direcionada a esta. Pelo contrário, nem mesmo a palavra "funcionárias" foi utilizada, visto que se utilizou termo ainda mais abrangente "mulheres que estão lá".

"Neste sentido, inúmeras mulheres poderiam se sentir ofendidas, porque, ainda que não fossem empregadas do local, estariam abarcadas pela mensagem do autor se passassem próximo ao local dos fatos" (f. 4 da ordem 27).

Pelos fatos constantes nos autos, entende-se que a publicação da matéria jornalística, envolvendo pessoas estranhas ao feito, não causou ofensa ao direito da personalidade da parte autora.

Dessa forma, impõe-se a manutenção da sentença de improcedência dos pedidos iniciais.

Dispositivo

Diante do exposto e observada a determinação do art. 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a decisão recorrida.

Condena-se a parte apelante ao pagamento das custas recursais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, majorados, com fulcro no art. 85, § 11, do CPC/15, para 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa. Suspensa a exigibilidade da cobrança em razão da concessão da gratuidade da justiça.

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

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Execução fiscal - Desistência da ação após exceção de pré-executividade - Honorários sucumbenciais devidos - Principio da causalidade - Fixação por apreciação equitativa. - Recurso provido.

- Considerando que foi homologado o pedido de desistência da execução fiscal, depois de apresentada exceção de pré-executividade pelos executados, aplica-se o art. 90 do CPC, de modo que se impõe a condenação do exequente (parte que desistiu) ao pagamento dos honorários de sucumbência, pelo princípio de causalidade.

- Se os honorários fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa se revela excessivo, ante a homologação da desistência da execução, com curto tempo de tramitação do feito e a baixa complexidade da causa, justifica-se a sua redução, por apreciação equitativa, com fulcro no art. 85 § 8º do CPC, em conformidade com a jurisprudência do col. STJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.062008-4/001 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Município de Pouso Alegre - Apelado: Carlos Henrique Donega Aidar, Kinea Renda Imobiliária Fundo de Investimento Imobiliário - FII - Relatora: DES.ª YEDA ATHIAS.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2021. - *Yeda Athias* - Relatora.

Voto

DES.ª YEDA ATHIAS - Trata-se de apelação cível, interposta contra a sentença de Ordem 29, integrada à decisão de Ordem 38, proferida pelo MM Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Pouso Alegre, que nos autos da execução fiscal proposta pelo Município de Pouso Alegre em face de Carlos Henrique Donega Aidar e Kinea Renda Imobiliária Fundo de Investimento Imobiliário - FII, homologou o pedido de desistência formulado pelo ora apelante, julgando extinto o processo nos termos do art. 485, VIII do CPC e, em sede de aclaratórios, fixou os honorários sucumbenciais no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da execução.

Inconformado, apela o Município de Pouso Alegre (Ordem 40), afirmando que "a execução fiscal, distribuída a 10.09.2019, tem como valor R$459.625,19 (quatrocentos e cinquenta e nove mil seiscentos e vinte e cinco reais e dezenove centavos). Portanto, a título de honorários advocatícios, 10% (dez por cento) sobre seu valor é uma quantia extremamente exorbitante". Ao final, pugna

pela reforma da sentença em relação à "condenação aos honorários advocatícios, extinguindo-os ou fixando-os em um valor menor, sob pena de enriquecimento ilícito".

Contrarrazões à Ordem 45 pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Emerge dos autos que o Município de Pouso Alegre, ora apelante, ajuizou execução fiscal em face dos apelados, visando a satisfação do crédito tributário relativo ao IPTU, no valor de R$459.625,19 (quatrocentos e cinquenta e nove mil seiscentos e vinte e cinco reais e dezenove centavos), referentes aos exercícios de 2015, 2016 e 2018 (Ordem 3).

Não obstante, os executados apresentaram exceção de pré-executividade pleiteando que

> a presente execução fiscal seja extinta com julgamento de mérito, ante a ausência de legitimidade passiva ad causam por parte da executada, ora Excipiente, devendo, ainda, o Município de Pouso Alegre se abster de exigir da Excipiente qualquer recolhimento de IPTU sobre ao Imóvel relativo aos exercícios contemplados pela isenção tributária concedida em 23 de dezembro de 2013 (Ordem 09).

Em seguida, o exequente requereu a desistência da ação (Ordem 26) que foi devidamente homologada, com a extinção do feito nos termos do art. 485, VIII do CPC (Ordem 29), deixando, no entanto, de condenar o recorrido em honorários sucumbenciais.

Opostos Embargos de Declaração pelos executados (Ordem 32), o douto magistrado a quo acolheu para fixar os honorários no montante de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (Ordem 38), sendo esta a razão do inconformismo do ora apelante.

Consiste a controvérsia em verificar se é cabível a condenação do exequente, ora apelante, ao pagamento dos honorários advocatícios sucumbenciais, já que homologada a desistência da execução, porém depois de apresentada exceção de pré-executividade pelos executados ou, subsidiariamente, se devem ser reduzidos os honorário, por apreciação equitativa.

Pois bem. Sobre a fixação de honorários advocatícios, quando proferida sentença de desistência, o art. 90 do Código de Processo Civil dispõe o seguinte:

Art. 90. Proferida a sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou o reconheceu.

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, extrai-se que a desistência da ação, em regra, dá ensejo a condenação da parte que desistiu ao pagamento das despesas e dos honorários advocatícios.

Assim, o autor que desiste do feito sucumbe na demanda, da mesma forma como o réu que reconhece a procedência do pedido inicial.

Por tal razão, o citado dispositivo legal, impõe ao que desiste ou àquele que reconhece a procedência do pedido, a sucumbência da causa, assim justificada por Chiovenda: a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva, por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão (Instituições, tradução J. G. Menegale, Notas de Liebmann, v. II, 2ª ed., 1965, p. 207).

A respeito do tema, Nelson Nery Júnior já se pronunciou no sentido de que *"O desistente (credor) deverá arcar com o pagamento das custas e honorários de advogado"* (JÚNIOR, Nelson Nery. Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 15.03.2002. 6 ed. ver. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

Neste sentido é o entendimento desta 6ª Câmara Cível:

> Ação ordinária. Desistência da ação. Honorários advocatícios devidos. Sentença reformada. Pedido de desistência do direito de fundo da ação, pela parte autora não a exime de arcar com os honorários advocatícios, conforme preconizado no art. 26 do CPC (Apelação Cível nº 1.0024.07.461460-3/001, Rel. Des.ª Selma Marques, *DJe* de 07.10.2014).

Nesse contexto, considerando que houve homologação do pedido de desistência da execução fiscal, formulado depois de apresentada exceção de pré-executividade pelos executados, aplica-se o art. 90 do CPC, de modo que se impõe a condenação do exequente (parte que desistiu) ao pagamento dos honorários de sucumbência, pelo principio da causalidade.

Lado outro, no tocante ao pedido de redução dos honorários advocatícios, é cediço que nas causas em que a Fazenda Pública é parte deve-se observar o art. 85, *caput*, e § 2º, § 3º do CPC, *verbis*:

> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
>
> [...]
>
> § 2o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:
>
> I - o grau de zelo do profissional;
>
> II - o lugar de prestação do serviço;
>
> III - a natureza e a importância da causa;
>
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> § 3o Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2o e os seguintes percentuais:
>
> I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;
>
> II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos;

> III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos;
>
> IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos;
>
> V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários- mínimos.
>
> Todavia, há possibilidade de fixação dos honorários por apreciação equitativa, consoante §8º do art. 85 do CPC:
>
> Art. 85 - [...]
>
> § 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.

Acerca da matéria, destaco precedente do col. STJ, admitindo o arbitramento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, quando o proveito econômico obtido for inestimável, ou ainda quando for excessiva a verba honorária, como é o caso dos autos, *verbis*:

> Processual civil. Honorários advocatícios excessivos. Fornecimento de medicamentos. Valor inestimável. Equidade. Art. 85, §8º, CPC. - Na hipótese dos autos, à luz do disposto no art. 85, § 8º, do CPC/2015, "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". - Nas ações em que se busca o fornecimento de medicação gratuita e de forma contínua pelo Estado, para fins de tratamento de saúde, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o arbitramento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, tendo em vista que o proveito econômico obtido, em regra, é inestimável. - Ocorre, por outro lado, que o juízo de equitatividade, fundado no art. 85, § 8º, do CPC, também não pode franquear uma interpretação tal que importe a diminuição exagerada da verba honorária, de forma a torná-la efetivamente irrisória, se considerados os patamares legais estabelecidos no novo Código de Processo Civil, obliterando o art. 85, § 3º, do referido codex. - *In casu*, extrai-se do acórdão vergastado que a intervenção do patrono contribuiu para o fornecimento dos medicamentos orçados em R$189.000,00 (cento e oitenta e nove mil reais). - Dessarte, utilizando-se como baliza o disposto no art. 85, § 8º, e verificando-se como excessivo o valor dos honorários estabelecidos, o recurso deve ser parcialmente provido, diminuindo-se a verba honorária para R$15.000,00 (quinze mil reais). - Recurso Especial parcialmente provido (REsp nº 1799841/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 14.05.2019, *DJe* de 02.08.2019).
>
> Processual civil. Recurso especial. Honorários advocatícios. Equidade. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. - O Plenário do STJ decidiu que, "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" (Enunciado Administrativo nº 3). - À luz do disposto no art. 85, § 8º, do CPC/2015, "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" - Nas ações em que se busca o fornecimento de medicação gratuita e de forma continua pelo Estado, para fins de tratamento de saúde, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o arbitramento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa, tendo

> em vista que o proveito econômico obtido, em regra, é inestimável. - Na instância especial, a revisão do juízo de equidade para a fixação da verba honorária somente é admitida nos casos em que o valor arbitrado é irrisório ou exorbitante, circunstância que não se vislumbra nos autos. - Agravo interno desprovido (AgInt no AREsp nº 1234388/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma, j. em 04.12.2018, *DJe* de 05.02.2019).

Com efeito, no caso dos autos, os honorários advocatícios foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R$459.625,19 - quatrocentos e cinquenta e nove mil seiscentos e vinte e cinco reais e dezenove centavos), o que corresponde a R$45.962,19 (quarenta e cinco mil novecentos e sessenta e dois reais e dezenove centavos) e se revela excessivo, ante o pleito de desistência do processo, o curto tempo de tramitação do processo e a baixa complexidade da causa, de modo que se justifica sua redução para R$5.000,00 (cinco mil reais), por apreciação equitativa, a teor do art. 85 § 8º do CPC, nos termos do entendimento do col. STJ.

A propósito, cito jurisprudência desta col. 6ª Câmara em processo de minha relatoria:

> Apelação cível. Direito processual civil. Ação cominatória. Fornecimento de medicamento. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Mero erro material. Perda superveniente do objeto da ação. Extinção sem resolução do mérito. Honorários de sucumbência. Princípio da causalidade. Parte que deu causa à propositura da ação. Recurso provido. - A sentença não é nula quando eivada de mero erro material. Demonstrada a impossibilidade da parte autora em arcar com as custas do processo, sem prejuízo do seu próprio sustento ou de sua família, impõe-se o deferimento do pedido de justiça gratuita. - Considerando que o ente estatal opôs resistência à pretensão da autora, dando causa ao ajuizamento da demanda que foi extinta sem resolução do mérito, ante a perda do objeto, pelo princípio da causalidade, nos termos do art. 85, § 10º do CPC, impõe-se a condenação do réu ao pagamento dos honorários de sucumbência por apreciação equitativa a teor do § 8º do art. 85 do CPC, mormente diante do curto tempo de tramitação do processo e da baixa complexidade da causa (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.040899-9/002, Rel.ª Des.ª Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, j. em 30.07.2019, p. em 07.08.2019).

Com tais considerações, dou provimento ao recurso, para reduzir os honorários advocatícios à quantia de R$5.000,00 (cinco mil reais), por apreciação equitativa, com fulcro no § 8º do art. 85 do CPC.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDILSON OLÍMPIO FERNANDES E JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Ação indenizatória - Litispedência - Danos distintos - Preliminar rejeitada - Responsabilidade civil consumerista - Responsabilidade objetiva - Lucros cessantes comprovados - Negativa genérica do réu - Danos morais - Pessoa jurídica - Ofensa à honra objetiva não demonstrada - Indenização descabida.

- Não há litispendência entre ações nas quais se pleiteia indenização por danos de naturezas distintas, ainda que provenientes do mesmo fato.

- No âmbito do direito consumerista impera a responsabilidade objetiva, razão pela qual a responsabilidade de indenizar o dano sofrido pelo consumidor poderá ser imputada ao fornecedor, mesmo que não tenha agido culposamente e tampouco tenha se excedido no exercício de seus direitos, bastando, para tanto, que a atividade por ele desenvolvida tenha exposto o consumidor ao risco do dano que veio a se concretizar.

- Negativa genérica do réu não tem o condão de desconstituir a prova dos lucros cessantes produzida pela parte autora, sobretudo se a documentação apresentada para comprovar o prejuízo financeiro nem sequer é impugnada.

- Pessoa jurídica pode sofrer dano moral (STJ, Súmula nº 227) nas hipóteses em que o ato ilícito ofende sua honra objetiva, isto é, deprecia sua imagem e credibilidade perante seus clientes, fornecedores e o meio social no qual atua.

- Ausente a prova de repercussão negativa do fato sobre a reputação da pessoa jurídica, esta não faz jus a indenização por danos morais.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.064828-5/001 - Comarca de Governador Valadares - Apelante: Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. - Apelado: José Luiz de Souza – ME. 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho e 2020. - *Adriano de Mesquita Carneiro* - Relator.

Voto

DES. ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - Trata-se apelação cível, interposta por Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S.A., contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Governador Valadares, nos autos da ação indenizatória movida por José Luiz de Souza – ME, em face da apelante.

A sentença (ordem nº 70) julgou parcialmente procedentes os pedidos da inicial, nos seguintes termos:

> Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a requerida ao pagamento de danos morais que fixo em R$8.000,00 (oito mil reais), acrescido de correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais desde a prolação da sentença e juros de mora de 1% (um por cento) a.m., desde a citação.
>
> Condeno ainda a requerida a pagar ao autor, a título de lucros cessantes, a quantia que vier a ser estabelecida em liquidação de sentença, levando-se em conta as datas e os valores estabelecidos na fundamentação, corrigidos monetariamente segundo os índices da CGJMG, mês a mês, bem como juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data da citação.
>
> Em face da sucumbência recíproca, cada parte arcará com 50% (cinquenta por cento) das custas processuais. Os honorários sucumbenciais, de 10%, (dez por cento) serão devidos aos advogados das partes. O advogado do autor receberá sobre o valor atualizado da condenação ora imposta. O advogado da financeira, sobre o valor atualizado do que o autor deixou de receber (com base nos pedidos de itens III e V da petição inicial).
>
> Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

No recurso (ordem nº 76) a instituição financeira ré (apelante) suscita preliminar de "inadequação da via eleita", sob a alegação de que é incabível o ajuizamento da presente ação, na qual a empresa autora (apelada) pleiteia indenização que será paga nos autos da antecessora ação de busca e apreensão que ainda está em curso.

No que diz respeito ao mérito da demanda, insurge-se contra a condenação que lhe foi imposta alegando que não praticou qualquer ato ilícito que dê ensejo à responsabilização civil.

Aduz que os meros aborrecimentos sofridos pela apelada não configuram dano moral e, portanto, não são passíveis de indenização. Caso assim não se entenda, argumenta que o valor fixado a título de indenização por danos morais é excessivo e reclama redução.

Alega, ainda, que os lucros cessantes não restaram comprovados.

Ao fim, requer a reforma da sentença para que todos os pedidos da inicial sejam julgados improcedentes ou, subsidiariamente, para reduzir-se o valor da indenização.

Em contrarrazões (ordem nº 79) a apelada impugna as alegações recursais e roga pelo desprovimento do apelo.

Do necessário, é o relatório.

Juízo de admissibilidade.

A apelação é cabível, foi interposta tempestivamente, a petição cumpre as exigências legais e o preparo foi devidamente recolhido. Destarte, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso em seus regulares efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos dos art. 1012 e 1013, do CPC.

Preliminar.

Ab initio, impende-se registrar que a tese aventada em sede de preliminar é nitidamente de litispendência, não de "inadequação da via eleita", pois a alegação da apelante é de que a indenização pleiteada nesta ação será paga no bojo da ação de busca e apreensão que ainda está em curso.

A despeito da inadequação do *nomen iuris*, a alegação em si é inoportuna, porquanto os danos cuja reparação a apelada pleiteia na presente demanda são distintos dos que serão reparados no bojo da ação de busca e apreensão.

Com efeito, o depósito feito na ação de busca e apreensão refere-se ao valor do veículo que deveria ter sido restituído à apelada após a revogação da liminar, mas não pode ser devolvido por ter sido precocemente alienado pela apelante no curso do processo. Já na presente ação, a apelada pleiteia a restituição das parcelas pagas na vigência do contrato de financiamento, reparação do prejuízo advindo da privação do uso do veículo e compensação do dano moral que alega ter sofrido.

Como se vê, trata-se de danos distintos, cuja reparação pode ser pleiteada em demandas separadas sem que reste caracterizada a litispendência ou a coisa julgada.

Isso posto, rejeito a preliminar.

Mérito.

Colhe-se dos autos que em 24.07.2013 a empresa apelada celebrou com a instituição financeira apelante contrato de financiamento para aquisição de veículo, garantido pela alienação fiduciária do bem financiado.

Em 09.12.2015 a apelante ajuizou ação de busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente, com fundamento no inadimplemento das parcelas do contrato vencidas a partir de 24.08.2015.

O pedido liminar foi deferido em 1010.2015 e o mandado de busca e apreensão do veículo foi cumprido em 05.01.2016.

Ato contínuo, a apelada efetuou o pagamento das parcelas em atraso e requereu ao Juízo a purgação da mora.

Em 15.01.2016 o pedido de purgação da mora foi deferido e, por conseguinte, a apelante foi intimada para restituir o veículo à apelada.

Todavia, ao tomar ciência da revogação da liminar, a apelante informou que a restituição já não era mais possível porque o veículo fora alienado a terceiro através de leilão extrajudicial em 01.02.2016.

Diante disso, a apelada ajuizou a presente ação indenizatória, alegando que a situação narrada lhe causou prejuízos de ordem material (danos emergentes e lucros cessantes) e moral.

Após regular processamento, sobreveio a sentença ora impugnada, que rechaçou o pedido de indenização dos danos emergentes, mas acolheu a pretensão indenizatória em relação aos lucros cessantes e aos danos morais, com o que não se conforma a apelante.

Pois bem.

É cediço que o reconhecimento da obrigação de indenizar depende de comprovação da presença, no caso concreto, dos três pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, conduta, dano e nexo causal.

No âmbito do direito civil, por força do art. 927 do Código Civil, a conduta passível de gerar o dever de indenizar é, em regra, aquela proveniente da prática de um ato ilícito, o qual, consoante o disposto nos art. 186 e 187 do mesmo Código, é caracterizado pela ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viola direito e causa dano a terceiro (ato culposo), bem como pelo exercício abusivo de um direito (ato emulativo).

Já no âmbito do direito consumerista, por força dos arts. 12 e 14 do CDC, impera a responsabilidade objetiva, que prescinde, para sua concretização, da análise de culpa. Nessa espécie de responsabilidade civil, o ato ilícito (culposo ou emulativo) é excluído do rol de requisitos do dever de indenizar, dando lugar ao risco da atividade. Significa dizer que a responsabilidade por indenizar o dano sofrido pelo consumidor poderá ser imputada ao fornecedor, mesmo que não tenha agido culposamente e tampouco tenha se excedido no exercício de seus direitos, bastando, para tanto, que a atividade por ele desenvolvida tenha exposto o consumidor ao risco do dano que veio a se concretizar.

À luz dessas considerações, sem maiores delongas, pode-se rechaçar a alegação da apelante de que a ausência de ato ilícito desconstitui a obrigação de indenizar, pois, como visto, no âmbito consumerista impera a responsabilidade objetiva.

Inobstante a opção da apelante por alienar o veículo no curso do processo tenha respaldo legal, o fato é que tal conduta causou danos à apelada, na medida em que impossibilitou de forma definitiva e incontornável a reversão dos efeitos da liminar revogada.

Assim, tendo a apelada sido exposta aos riscos inerentes às práticas comerciais da apelante, exsurge para esta o dever de indenizar os danos por aquela sofridos, conjuntura em que se denota impertinente a perquirição da culpa.

Adentrando na análise dos danos, no que diz respeito aos lucros cessantes, a sentença foi assim fundamentada:

Por outro lado, em relação ao pedido de "lucros cessantes" - que compreendem aquilo que a vítima razoavelmente deixou de auferir em função do ilícito praticado - o autor juntou aos autos contratos

de locação referentes aos 6 (seis) meses anteriores à apreensão, que revelam o uso comercial do veículo (ID's 43359156, 43359880, 43861296 e 43861660) e são suficientes para aferir a média mensal de lucro que o autor ficou privado com a não devolução do veículo a tempo e modo.

Esse período em que o autor ficou privado da utilização do veículo é aquele que vai da intimação da requerida para a sua pronta devolução (25.02.2016 - conforme petição de f. 66 juntada nos autos físicos em apenso) até a futura data do efetivo pagamento do valor cheio do veículo (de acordo com a Tabela Fipe), pois o valor parcial depositado não seria suficiente para a aquisição de veículo semelhante.

Este valor dos lucros cessantes, portanto, por depender de evento futuro, dependerá de liquidação posterior.

E quanto ao valor mensal médio que o autor auferia com o aluguel do referido veículo - valor este que consta dos contratos de aluguel de ID's 43359156, 43359880, 43861296, 43861660, etc., não contestados pela requerida, nem acoimados de falsidade - o mesmo é de R$1.678,00 (mil seiscentos e setenta e oito reais). Todavia, neste ponto, o valor médio ficará limitado ao que foi pedido na inicial, ou seja, R$1.200,00 (mil e duzentos reais).

Com efeito, da análise da documentação coligida nos autos (ordem nº 46 a 59), possível constatar que a apelada comprovou que locava o veículo em questão a terceiros, auferindo lucro, inclusive porque sua atividade empresarial é exatamente a locação de veículos.

Nada obstante, no presente recurso, adotando a mesma estratégia temerária da contestação, a apelante limitou-se a alegar genericamente que os lucros cessantes não foram comprovados, sem nem sequer negar os fatos arguidos pela apelada ou mencionar os documentos que lhes dão respaldo. Frise-se que absolutamente nada foi dito pela apelante sobre a destinação econômica que a apelada dava ao veículo.

Ora, a negativa genérica dos lucros cessantes não tem o condão de desconstituir a prova produzida pela apelada, sobretudo porque, como ressaltado, os documentos nem chegaram ser impugnados.

Portanto, estando suficientemente comprovado o prejuízo patrimonial, e considerando que a apelante não se insurgiu contra o valor da indenização dos lucros cessantes, nesse ponto a sentença não reclama reparos.

No que concerne ao dano extrapatrimonial indenizável, nos termos da Súmula n° 227, do STJ, "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral", tendo direito à indenização se sua honra for afrontada.

Nada obstante, por ser a pessoa jurídica desprovida de honra subjetiva, o dano moral somente se configura pela afronta a sua honra objetiva, que diz respeito ao seu bom nome, credibilidade e imagem.

A propósito do tema, convém trazer à baila a elucidativa lição de Felipe Braga Netto:

> Embora na doutrina o tema seja polêmico - mais no passado do que atualmente, na verdade -, a jurisprudência sempre aceitou com tranquilidade que a pessoa jurídica possa sofrer dano moral. O STJ, por sua Súmula n° 227, definiu há tempos: "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Argumenta-se: "A

> evolução do pensamento jurídico, no qual convergiam jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses como violadores da sua honra objetiva" (STJ, REsp nº 134.993). Em tais casos, a honra, supostamente atingida, será a honra objetiva, traduzida na depreciação da imagem. Jamais a honra subjetiva, cuja noção não é obviamente aplicável às pessoas jurídicas (autoestima, autoimagem, etc). [...] O STJ tem recentemente afirmado que "na pessoa jurídica, o dano moral não se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno muito distinto daquele relacionado à pessoa natural. É, contudo, possível a utilização de presunções e regras de experiência no julgamento (STJ, REsp nº 1.564.955) (BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo Manual de Responsabilidade Civil* . Salvador: JusPodivm, 2019. p. 225-226).

No caso em apreço, não vislumbro do cotejo probatório os requisitos necessários para a responsabilização civil da apelada, pois, a despeito da incontroversa perda do veículo, não há qualquer indicativo de que esse fato tenha abalado a imagem da apelada.

Extrai-se da inicial que o pleito foi embasado em alegação de angústia, desespero e aflição, sentimentos e sensações que são próprios e exclusivos das pessoas naturais. Nada foi dito - e menos ainda comprovado - sobre possível violação à honra objetiva.

Ademais, não há como dar guarida ao argumento de que a indenização pleiteada visa, sobretudo, atingir à finalidade punitiva. Isso porque a responsabilidade civil tem escopo eminentemente reparatório ou compensatório, razão pela qual é indissociável do dano. Assim, para que a função pedagógica da indenização seja levada em consideração, é preciso que haja um dano moral a ser indenizado, o que não ocorre *in casu*.

Destarte, não tendo a apelada se desincumbido do ônus de comprovar a ofensa à sua honra objetiva, isto é, a repercussão negativa à sua reputação no âmbito social onde desenvolve suas atividades, não há que se falar dano moral indenizável.

É nesse sentido a maioria dos precedentes do TJMG, a exemplo dos seguintes:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Estornos indevidos em conta-corrente. Operações de antecipação de crédito. Art. 373, II, do CPC. Ausência de comprovação de valores creditados em duplicidade. Restituição devida. Danos morais e lucros cessantes. Pessoa jurídica. Ausência de comprovação. Não configuração do dever de indenizar. [...] O cabimento de indenização por danos morais no caso de pessoas jurídicas, já sumulado pelo STJ (Súmula nº 227), ocorre quando a conduta antijurídica afeta a boa imagem da empresa ou abala seu crédito no mercado, sendo imprescindível, também neste quesito, a prova do prejuízo sofrido. Inexistindo relação causal entre o estorno indevido e o apontamento do nome da pessoa jurídica no cadastro de inadimplentes, não se configura o dever de indenizar (Apelação Cível nº 1.0245.09.176865-6/001, Rel. Des. Mônica Libâni, j. em 22.05.2019, p. da súmula em 28.05.2019).
>
> Apelação cível. Ação de dano moral. Assistência judiciária gratuita. Pessoa jurídica. Responsabilidade civil. Ausência de ofensa ou lesão à honra. Pessoa jurídica. De acordo com entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, a pessoa jurídica que comprovar a impossibilidade de arcar com custas processuais tem direito à gratuidade da justiça, nas formas da lei. Nos termos da Súmula nº 227 do STJ,

> "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral", desde que comprove que sua honra objetiva foi maculada. De acordo com o disposto no art. 373, incisos I e II, do CPC, incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, cabendo ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ausente a comprovação, pela pessoa jurídica, de repercussão que o fato implique ofensa à sua reputação que goza no âmbito social onde desenvolve suas atividades, impõe-se a improcedência do pedido reparatório (Apelação Cível nº 1.072.14.087775-5/001, Rel. Des. Newton Teixeira Carvalho, j. em 14.03.2019, p. da súmula 22.03.2019).

Destarte, a sentença deve ser reformada no ponto em que julgou procedente o pedido de indenização por danos morais.

Dispostivo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso e reformo a sentença para julgar improcedente o pedido de indenização por danos morais. No mais, a sentença prevalece nos termos em que lançada.

Haja vista a sucumbência recursal recíproca, condeno cada parte ao pagamento de metade das custas da apelação.

Atendendo ao disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) o percentual dos honorários advocatícios, mantidas as bases de cálculo estabelecidas na sentença, já que não houve insurgência das partes quanto a isso.

É como voto.

Juíza de Direito convocada Maria das Graças Rocha Santos - De acordo com o Relator.

Des. Marcos Lincoln - No caso concreto, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, Desembargador Adriano de Mesquita Carneiro, esclarecendo que, para a contagem do termo final dos lucros cessantes, eventual saldo devedor, a ser apurado nos autos da ação de busca e apreensão em apenso, deverá ser abatido do "valor cheio do veículo (de acordo com a Tabela Fipe)", sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da empresa autora.

Isso porque, a despeito do Magistrado singular ter reconhecido a purga da mora, da análise de toda a documentação colacionada, vê-se que a empresa autora apenas depositou as parcelas vencidas à época, cujo quantum seria inferior ao pretendido na inicial.

É como voto.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação - Representação comercial - *Supressio* - Ausência do exercício do direito - Legítima expectativa daparte adversa - Boa-fé objetiva.

- Não há que se falar em pagamento de diferenças a título de comissão de representação quando o beneficiário deixa, por mais de quinze anos, de exercer o seu direito, haja vista a legítima expectativa criada na parte adversa quanto à consolidação da relação, tratando-se o caso do típico instituto jurídico da *supressio*, prestigiado pelo princípio da boa-fé objetiva, o qual possui especial relevância com a constitucionalização do direito civil.

Apelação Cível nº 1.0000.21.065462-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Bagatini Representacoes Ltda - EPP, Haco Etiquetas Ltda - Apelados: Bagatini Representacoes Ltda - EPP, Haco Etiquetas Ltda. – Relator: Des. Antônio Bispo.

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 a prejudicial de mérito. dar provimento ao primeiro apelo e negar provimento ao segundo apelo.

Belo Horizonte, 10 de junho de 2021. - *Antônio Bispo*. – Relator.

Voto

DES. ANTÔNIO BISPO - Haco Etiquetas Ltda e Bagatini Representações Ltda - EPP, apelaram da sentença proferida nos autos do processo que contendem entre si.

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais para reconhecer o direito à comissão no patamar de 13% (treze por cento), quanto ao produto "cadarços em geral", a partir de 2014, haja vista o acolhimento da prejudicial de mérito da prescrição, não entendendo o juízo que houvesse justa causa para a rescisão contratual que justificasse o pagamento da indenização prevista no art. 34 c/c 27, "j" da lei de representação comercial, pois a redução ocorrera em 2001, ou seja, a situação já tinha se consolidado no tempo, momento que declarou a rescisão apenas por vontade da representante.

Das razões da primeira apelação extrai-se, em síntese, que a redução do percentual da comissão para os produtos "cadarços em geral", deu-se desde 2001, de modo que a situação também teria se consolidado no tempo e, pelo instituto jurídico da *supressio*, impossível a reclamação das diferenças 17 (dezessete) anos após a alteração.

Alega que não há exigência legal de aditivo contratual escrito, quando se pode realizar o próprio contrato de representação de forma verbal.

Reforça que a ausência de insurgência pelo decurso do tempo torna clara a aceitação tácita da parte quanto à redução.

Requer a reforma da sentença para que seja elidida a diferença.

Das razões da segunda apelação extrai-se, em prejudicial de mérito, que a notificação extrajudicial da requerente contra a requerida expondo os débitos existentes é causa interruptiva da prescrição, logo, o marco temporal deveria ser o de setembro/2018, a contar 5 (cinco) anos para trás, não da data de distribuição da ação em fevereiro/2019.

No mérito, aduz que a redução do percentual das comissões são ilícitos que se renovam a cada mês, de modo que não haveria que se falar em consolidação da relação, mas de perpetuação da atuação culposa da parte que dá ensejo a rescisão contratual por justa causa e com a devida indenização.

Reforçou suas teses e pugnou pela reforma da decisão.

Intimada, a primeira apelada apresentou contrarrazões às f. 3.100/3.107.

Intimada, a segunda apelada apresentou contrarrazões às f. 3.091/3.095.

É o Relatório.

Prejudicial de mérito

Da prejudicial de mérito da prescrição.

Alega a segunda apelante, autora, que a notificação extrajudicial enviada para a segunda apelada, ré, é causa interruptiva da prescrição, logo, o termo seria a data de setembro/2018, a contar os cinco anos anteriores, não a data de fevereiro/2019, quando da propositura da ação.

É fato incontroverso que houve a notificação na data de setembro de 2018, portanto aplicável o previsto no art. 374, III do CPC.

O art. 202 do CC, prevê as hipóteses de interrupção da prescrição, de modo que, por não conter em nenhum dos seus incisos a notificação extrajudicial como forma interruptiva, deve ser aplicado o previsto o inciso I c/c o art. 240, § 1º do CPC.

Ante o exposto, rejeito a preliminar.

Mérito

Compulsando detidamente os autos, observa-se que o ponto de inconformismo cinge, exclusivamente, quanto à caracterização de justa causa para a rescisão contratual quando da redução do percentual pago a título de comissão pelo produto denominado "cadarços em geral", o que ensejaria no

dever de indenizar, além do pagamento das diferenças, ou, doutro lado, se pelo decurso do tempo nem mesmo as diferenças seriam devidas, haja vista a aplicação da *supressio*.

A constitucionalização do direito civil trouxe algumas cláusulas abertas que concedeu a doutrina o dever de esmiuçar determinados institutos jurídicos dela provenientes.

Dentre as cláusulas abertas da constitucionalização, encontra-se a da boa- fé objetiva e da função social do contrato, nos termos do arts. 421 e 422 do CC.

Em relação à boa-fé objetiva, que ora nos interessa, enraizaram-se alguns institutos jurídicos com peculiaridades próprias e determinantes, entre os quais se encontram a *supressio*, *surrectio*, *tu quoque e venire* contra *factum proprium*.

Restringindo ao instituto da *supressio*, invocado pelo primeiro apelante, réu, tem-se que tal instituto se confere com a supressão do direito pelo seu não exercício, sempre que a inércia se dê de forma protraída no tempo e que cause a contra parte a legítima expectativa de que não mais o exercerá, consolidando, portanto, a situação posta.

O mencionado instituto tem especial relevância no campo das relações empresariais em que, com maior grau de importância, colocam-se os usos e os costumes, pedra fundamental a confiança entre os agentes.

In casu, por ser fato também incontroverso que a redução do percentual das comissões questionadas deu-se ainda no ano de 2001, e a propositura da ação deu-se somente em 2019, resta amplamente caracterizada, de forma até clássica à academia, o instituto da *supressio*, haja vista a legítima expectativa criada no representado comercial de aceitação por parte do representante quanto à diminuição do montante devido a título de comissão, de modo que, pelo princípio da boa-fé objetiva, nada deve o réu ao autor.

Assim, por inexistir nem sequer a obrigação de pagar as diferenças, muito menos razão há na alegação de justa causa para a rescisão com a reflexa indenização.

Ante o exposto, dou provimento ao primeiro apelo e nego provimento ao segundo apelo.

Diante da total improcedência dos pedidos autorais, redistribuo as custas processuais à parte autora, que deverá arcar com os honorários sucumbenciais em favor do patrono do réu, no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Acompanho o voto do em. Relator, Desembargador Antônio Bispo, para dar provimento ao primeiro recurso interposto por Haco Etiquetas, acrescentando os seguintes fundamentos.

Conforme contrato de ordem 9, as partes: Bagatini Comércio e Representações Ltda e Fábrica de Cadarços e Bordados Haco Ltda firmaram contrato de representação comercial em 14 de fevereiro de 1996, estabelecendo o percentual de pagamento para o produto "cadarços em geral" de 7% (sete por cento).

O segundo aditivo contratual, ordem 11, majorou o valor da comissão do produto "cadarços em geral" de 7% (sete por cento) para 13% (treze por cento), em 10 de maio de 1999.

Em sua petição inicial, o autor narrou que o descumprimento contratual caracterizado pelo pagamento a menor do percentual da comissão teve início a partir de setembro de 2002, f. 5 da ordem 1.

A ré, por sua vez, relatou que não houve inadimplemento do contrato, porquanto o percentual de 13% (treze por cento) somente foi pago durante o período em que o autor, além de represente comercial, também se tornou distribuidor das mercadorias da ré.

Vê-se que, desde o suposto inadimplemento da ré (setembro de 2002) até 21 de novembro de 2018 (data da notificação para pagamento da comissão no valor correto, ordem 14), não houve nenhuma manifestação do autor quanto aos supostos pagamentos com valores menores.

Nesse ponto, registre-se que o autor acostou aos autos inúmeras notas fiscais e em nenhuma delas há qualquer ressalva quanto ao pagamento em valor incorreto.

Não perece crível que, durante estes 16 (dezesseis) anos de relação contratual, o autor não teve ciência de que o pagamento estava ocorrendo em porcentagem equivocada.

Dessa forma, tem-se que os argumentos apresentados pelo réu encontram correlação no contexto probatório dos autos.

Ademais, ainda que, de fato, os pagamentos estivessem ocorrendo a menor, *in casu*, aplica-se a tese da *supressio*, segundo a qual

> A supressio indica possibilidade de redimensionamento da obrigação pela inércia qualificada de uma das partes, durante a execução contratual, em exercer direito, criando para a outra parte a legítima expectativa de ter havido a renúncia a tal direito. Precedentes (AgInt nos EDcl no AREsp 1294253/MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 07.05.2019, DJe 10.05.2019).

No mesmo raciocínio:

> Embargos de declaração no agravo em recurso especial. Recurso recebido como agravo regimental. Contrato. Promessa de compra e venda de combustíveis e derivados. Quantidade mínima de produtos. Inobservância no curso da relação contratual. Tolerância do credor. Cláusula penal. Inaplicabilidade. Princípio da boa-fé objetiva. Instituto da *suppressio*. Incidência. Revisão. Súmulas nºs 5 e 7/STJ. [...] 2. Segundo o instituto da *suppressio*, o não exercício de direito por seu titular, no curso da relação contratual, gera para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação, presente a possível deslealdade no seu exercício posterior. 3. Hipótese em que a revisão do entendimento do tribunal de origem quanto ao preenchimento dos requisitos para a incidência do instituto da *suppressio* demandaria a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame de provas, providências vedadas pelas Súmulas nºs 5 e 7/STJ. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 5. Agravo regimental não provido (EDcl no AREsp 309.569/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 17.05.2016, DJe 23.05.2016).

Com os fundamentos acima, acompanho o voto do em. Relator, Desembargador Antônio Bispo, para dar provimento ao primeiro recurso para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

DES. OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PREJUDICIAL DE MÉRITO. DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO.

Ação ordinária - Fornecimento de medicamento - Responsabilidade solidária entre os entes - Tese nº 793 - Inclusão da união no polo passivo - Necessidade - Princípio da inércia da jurisdição - Intimação da parte autora - Regularização da relação processual - remessa dos autos à justiça federal - Atos anteriores - Conservação dos efeitos - Sentença anulada.

- O direito à saúde deve ser garantido de forma solidária por todos os entes da federação, conforme entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, firmado em sede de repercussão geral ao julgar o RE nº 855178. Não obstante, se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas, a União necessariamente comporá o polo passivo da lide, competindo à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, nos termos do entendimento consolidado pelo plenário do colendo STF no RE nº 855178 ED (Tema nº 793). Tendo em vista que a pretensão dos autos relaciona-se ao fornecimento de medicamento cuja aquisição e financiamento competem ao Ministério da Saúde e que não é padronizado pelo SUS para tratamento da doença que acomete o autor, é necessária a inclusão da União no polo passivo da lide. Pelo princípio da inércia da jurisdição, o processo começa por iniciativa da parte, ou seja, a instauração da relação processual incumbe à autora. Evidenciada a necessidade de a União figurar no polo passivo da demanda, deve ser anulada a sentença e determinada a intimação da parte autora para emendar a inicial e promover a inclusão do ente responsável precipuamente pelo fornecimento e/ou inclusão dos medicamentos pretendidos nas listas de padronização. A anulação da sentença não implica na nulidade dos atos anteriormente proferidos, notadamente da decisão concessiva da tutela provisória, cujos efeitos devem ser ressalvados e somente podem ser opostos em face do Estado até a apreciação da controvérsia pelo juízo competente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.069271-1/001 - Comarca de Aiuruoca - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Fabrício Arnaut de Carvalho - Interessado: Município de Carvalhos - RELATOR: DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ANULAR A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 16 de junho de 2021. - *Edilson Olímpio Fernandes* - Relator.

Voto

DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES - Trata-se de recurso, interposto contra a sentença proferida nos autos da ação ordinária ajuizada por Fabrício Arnaut de Carvalho em face do Estado de Minas Gerais e do Município de Carvalhos, que julgou procedente o pedido inicial para, confirmando a liminar, determinar que o Estado de Minas Gerais forneça à parte autora, o medicamento SPINRAZA® (nusinersena), conforme prescrição médica, mediante apresentação receituário atualizado trimestralmente. O réu ainda foi condenado ao pagamento de honorários de sucumbência arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa (documento nº 143).

O apelante sustenta que o medicamento pleiteado é de alto custo, padronizado para fornecimento pela União. Alega que compete à União o fornecimento/financiamento dos medicamentos do componente especializado de maior impacto financeiro (Grupo 1A), conforme arts. 48 a 51, anexo XXVIII, da Portaria Ministerial de Consolidação MS/GM nº 2/2017, em que se encontra o medicamento SPINRAZA® (nusinersena), ora pretendido. Defende que, diante da tese fixada no Tema nº 793/STF, a União deve ser incluída no processo e remetidos os autos para julgamento pela Justiça Federal. Afirma que o medicamento SPINRAZA® (nusinersena) foi incluído no Grupo 1A do componente especializado da assistência farmacêutica, que prevê o seu fornecimento para os pacientes portadores de Atrofia Muscular Espinhal 5q tipo 1, desde que atendidos diversos critérios de inclusão e exclusão. Assevera que a autora não comprova ter formulado pedido administrativo do medicamento nem demonstra que atende os critérios científicos contidos no Protocolo Cínico e Diretrizes Terapêuticas (documento nº 149).

Embora não tenha sido determinada a remessa necessária da sentença, imperioso seu conhecimento de ofício diante de condenação proferida contra o Estado de Minas Gerais no juízo de origem, nos termos do art. 496, inciso I, do Código de Processo Civil, visto consistir em condição de eficácia da sentença e requisito inarredável para o seu trânsito em julgado (Súmula nº 423/STF).

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

Versam os autos sobre Ação Ordinária visando ao fornecimento, do medicamento SPINRAZA® (nusinersena) para o tratamento do autor, portador de Amiotrofia Espinhar Progressiva Tipo 3.

O direito à saúde deve ser garantido de forma solidária por todos os entes da federação, conforme entendimento do colendo Supremo Tribunal Federal, firmado em sede de repercussão geral ao julgar o RE nº 855.178:

> Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação de jurisprudência. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (RE nº 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 05.03.2015).

Entretanto, na sessão plenária realizada em 23.05.2019, o Tribunal responsável pela guarda da Constituição julgou os Embargos de Declaração opostos nos autos do citado Recurso Extraordinário e fixou a seguinte tese de repercussão geral:

> 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 (Tema nº 793).

A propósito, cito a ementa do julgado:

> Constitucional e administrativo. Embargos de declaração em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Desenvolvimento do procedente. Possibilidade. Responsabilidade de solidária nas demandas prestacionais na área da saúde. Desprovimento dos embargos de declaração. - É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. - A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. - As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE nº 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. - Embargos de declaração desprovidos (RE nº 855178 ED, Rel. Min. Luiz Fux, Relator p/Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. em 23.05.2019, DJe de 15.04.2020, p. em 16.04.2020).

Consoante se verifica, a solidariedade entre os entes da federação para figurar em demandas que versam sobre a promoção do direito à saúde foi reafirmada, sendo garantido ao cidadão ajuizar a demanda em desfavor de quaisquer deles, mas o Tribunal Superior concluiu que compete à autoridade judicial o direcionamento do cumprimento da obrigação de fazer ao ente por ela precipuamente responsável, nos termos da legislação infraconstitucional, além da determinação de ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Com efeito, segundo concluiu o colendo Tribunal Superior, a responsabilidade solidária a que aduzem os julgados anteriores diz respeito à prestação do serviço à saúde como obrigação do Estado definida constitucionalmente.

Outrossim, conquanto a solidariedade que rege o sistema de saúde pública permita a inclusão dos demais entes como forma de garantir a prestação do serviço ao usuário, deve, necessariamente, compor a lide aquele que seja o responsável principal pela disponibilização do tratamento em questão.

O eminente Ministro Relator para o acórdão asseverou que, caso o ente legalmente responsável pelo financiamento da obrigação principal não integre o polo passivo da relação jurídico-pro-

cessual, sua inclusão deverá ser feita pelo órgão julgador, ainda que isso ocasione o deslocamento de competência.

Ademais, 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 da lide, diante da competência para inclusão de fármacos e procedimentos pelo Ministério da Saúde, valendo destacar o seguinte trecho do voto do eminente Ministro Edson Fachin, Relator para o acórdão:

> 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 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.

O Sistema Único de Saúde (SUS) baseia-se no princípio da cogestão, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo, tendo a União descentralizado seus serviços, transferindo recursos para os Estados e os Municípios, destinados à concessão de assistências médicas, hospitalares e congêneres, consoante dispõe o art. 198 da CRFB/88:

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
>
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
>
> III - participação da comunidade.

Conforme se depreende do texto constitucional, foi atribuída aos diversos entes federados a obrigação solidária de fornecer tratamento médico condizente com as necessidades dos cidadãos enfermos, sendo que a definição das prestações devidas por cada ente decorre expressamente da descentralização do sistema.

A distribuição de obrigações entre os entes da Federação, por meio de políticas públicas, acontece em observância aos critérios constitucionalmente estabelecidos, respeitando-se as atribuições e capacidades de cada um deles, observando, o ilustre Ministro Edson Fachin:

> Como decorrência, não há dúvida da acertada afirmação (na STA 175) de que todos os entes da Federação são obrigados a tornar efetivo o direito à saúde; como também é correto asseverar que a concretização de direitos melhor se efetiva quando há distribuição de papéis e previsibilidade - pela Administração e pelo Administrado - do que cada um - e em que medida - deve prestar.

Nesse sentido, a 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, regula, em âmbito nacional, as ações e os serviços de saúde a serem executados isolada ou conjuntamente, estabelecendo atribuições comuns a todos os entes no art. 15, bem como específicas, nos arts. 16, 17 e 18.

Acerca da disponibilização de assistência terapêutica integral, a Lei Orgânica do SUS assim estabelece:

> Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
>
> I - a execução de ações:
>
> [...]
>
> d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
>
> Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:
>
> I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;
>
> II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

Por seu turno, sobre a incorporação de novos medicamentos, produtos e procedimentos, dispõe a Lei Orgânica do SUS que:

> "Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica,

> são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.
>
> § 1º A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.
>
> § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:
>
> I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
>
> II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

O Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a supracitada legislação, dispõe sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, estabelecendo a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, que compreende a seleção e padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças no âmbito da rede pública (arts. 25 a 29), e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde - RENASES, que compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde (arts. 21 a 24).

Nos termos do citado ato regulamentar, o Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais e sobre os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas adotadas em âmbito nacional, que devem ser atualizados a cada 2 (dois) anos, sendo válido destacar o teor dos seus arts. 26 a 28:

> Art. 26. O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT.
>
> Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.
>
> Art. 27. O Estado, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores.
>
> Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:
>
> I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
>
> II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
>
> III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Tera-

> pêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.
>
> § 1º Os entes federativos poderão ampliar o acesso do usuário à assistência farmacêutica, desde que questões de saúde pública o justifiquem.
>
> § 2º O Ministério da Saúde poderá estabelecer regras diferenciadas de acesso a medicamentos de caráter especializado.

Na hipótese dos autos, a parte autora pretende o fornecimento de fármaco que se encontra incorporado no Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, conforme Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME 2020, para o tratamento de pacientes com Atrofia Muscular Espinhal 5q tipo 1 (documento nº 150).

Além de competir ao Ministério da Saúde a aquisição e o financiamento do medicamento incluído no Grupo 1A do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, o medicamento nusinersena não foi incorporado para o tratamento da Atrofia Muscular Espinhal (AME) do tipo 3, que acomete o autor (documento nº 142), consoante Tabela de Situações Clínicas do Componente Especializado.

Nesse caso, ainda que a demanda possa, a priori, ser também ajuizada em desfavor do Estado de Minas Gerais e Municípios, de forma a ampliar a garantia do usuário do sistema de saúde, a União deverá, obrigatoriamente, compor o polo passivo da relação processual a ser regularmente instaurada no juízo competente.

Nesse sentido, destaco, novamente, trecho do que consignou o Ministro Edson Fachin:

> 2ª espécie de pretensão: a que veicula pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas. A respeito desta espécie, constou na STA 175 uma subdivisão, nas subespécies (1), (2) e (3): "Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação." Como regra geral, nas três "subespécies" apontadas, a União comporá o polo passivo da lide. Isso, porque, segundo a lei orgânica do SUS, é o Ministério da Saúde, ouvida a CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS) que detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19, *q*, Lei nº 8.080/90). A União poderá, assim, esclarecer, entre outras questões: a) se o medicamento, tratamento, produto etc. tem ou não uso autorizado pela ANVISA; b) se está ou não registrado naquela Agência; c) se é ou não padronizado para alguma moléstia e os motivos para isso; d) se há alternativa terapêutica constante nas políticas públicas, etc. (Agravo de Instrumento nº 1.0000.20.002836-3/002, Min. Edson Fachin, j. em 28.07.2020).

Além do mais, de acordo com o eminente Ministro Relator para o acórdão, a compreensão de que qualquer cidadão pode demandar qualquer dos entes, independentemente do previsto pela legislação infraconstitucional e pelas pactuações no âmbito do SUS sobre as atribuições de cada um,

"tende a acarretar a falência do sistema universal de saúde em médio ou longo prazo". Assim sendo, *"uma vez organizado o sistema, e divididos os recursos e as responsabilidades de cada ente federativo, deve-se respeitar essa divisão, obrigando-se cada ente à consecução daquilo a que se propôs"*.

Diante desse quadro, não obstante tenha concluído ser facultado à parte autora optar pelo ente federado contra o qual deseja demandar tendo em vista a fixação de tese de repercussão geral pelo colendo Supremo Tribunal Federal, curvo-me ao entendimento firmado pelo órgão jurisdicional guardião da Constituição sobre a controvertida matéria (art. 102, da CRFB/88).

Em síntese, diante da tese firmada em sede de repercussão geral (Tema nº 793), reformulando o entendimento que sempre adotei em julgamentos anteriores, forçoso concluir pela necessidade de inclusão da União no polo passivo da relação processual instaurada na Justiça Estadual, uma vez que versa sobre medicamento cuja aquisição e financiamento compete ao Ministério da Saúde e que não é padronizado pelo SUS para tratamento da doença que acomete o autor, devendo, por isso, ser anulada a sentença proferida pelo Juízo Estadual e determinada a intimação da parte autora para, querendo, emendar a inicial, de forma a indicar o ente precipuamente responsável pelo fármaco por ela pretendido.

Pelo princípio da inércia da jurisdição, previsto no art. 2º do CPC/15, o processo começa por iniciativa da parte, ou seja, a instauração da relação processual, inclusive a sua regularização no curso do devido processo legal, incumbe ao autor, a quem compete indicar corretamente o polo passivo, isto é, com quem pretende litigar.

Sobre o citado princípio e a formação da relação processual, cito a lição doutrinária de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> O princípio da inércia da jurisdição é tradicional (*ne procedat iudex ex officio*), ainda que exista certa polêmica a respeito de sua extensão. O mais correto é limitar o princípio da inércia da jurisdição ao princípio da demanda (ação), pelo qual fica a movimentação inicial da jurisdição condicionada à provocação do interessado. Significa dizer que o juiz - representante jurisdicional - não poderá iniciar um processo de ofício, sendo tal tarefa exclusiva do interessado. Esse princípio decorre da constatação inequívoca de que o direito de ação, sendo o direito de provocar a jurisdição por meio do processo, é disponível, cabendo somente ao interessado decidir se o exercerá no caso concreto. [...] Segundo previsão do art. 2º do Novo CPC, se confirma Iegislativamente o princípio da inércia da jurisdição. Pela previsão contida no art. 492 do Novo CPC, que consagra o princípio da congruência (correlação/adstrição), nota-se que não só a jurisdição depende de provocação para se movimentar, corno o fará nos estritos limites definidos pelo objeto da demanda, que em regra é determinado pelo autor e excepcionalmente também pelo réu (reconvenção/pedido contraposto) (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil -volume único*. 9 Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 82/83).

Nesse contexto, compatibilizando o julgamento proferido pelo colendo STF nos autos dos Embargos de Declaração opostos no RE nº 855178 com as regras processuais civis em vigor, é decerto que compete ao Juiz determinar a intimação da parte autora para que essa inclua no polo passivo da

lide a União e, a seguir, caso emendada a petição inicial, cabe ao Magistrado determinar a remessa dos autos ao juízo competente.

Isso, porque a competência para processar e julgar as causas em que a União for interessada na condição de autora, ré, assistente ou oponente, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, é da Justiça Federal, consoante o art. 109, inciso I, da Constituição da República.

Outrossim, compete à Justiça Federal decidir sobre a existência do interesse jurídico da União que justifique a sua presença, nos termos da Súmula nº 150 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: *"Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas"*.

Desse modo, não cabe ao juízo da Justiça Estadual decidir sobre a inclusão ou não da União na lide, devendo o Magistrado, no entanto, por delegação desta Turma Julgadora, determinar a intimação da parte autora para requerer a inclusão do citado ente federado, determinando, a seguir, a remessa dos autos a uma das Varas Federais da Seção Judiciária de Minas Gerais, juízo competente para a efetiva inclusão da União no polo passivo da relação processual, sendo ressalvados os atos até então praticados pelo Juízo da Justiça Estadual.

De fato, anulada a sentença dos autos em decorrência do reconhecimento da necessidade de inclusão da União no polo passivo da lide, tal não implica na nulidade dos atos até então praticados, notadamente da decisão que deferiu a tutela provisória em favor do autor (documentos nº 08, 85), nos termos do que prevê o art. 64, § 4º, do CPC/15, segundo o qual:

> Art. 64. A incompetência, absoluta ou relativa, será alegada como questão preliminar de contestação.
>
> § 1º A incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício.
>
> § 2º Após manifestação da parte contrária, o juiz decidirá imediatamente a alegação de incompetência.
>
> § 3º Caso a alegação de incompetência seja acolhida, os autos serão remetidos ao juízo competente.
>
> § 4º Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos de decisão proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.

Portanto, devem ser conservados os efeitos da decisão que determinou o fornecimento do medicamento pleiteado, conforme prescrição médica atualizada, enquanto for necessário ao tratamento da paciente, até o julgamento final da demanda.

Deve ser destacado, ainda, que a medida de urgência tão somente pode ser exigida do ente público até que a questão seja novamente analisada pelo juízo competente, o que amplia a garantia de acesso à saúde do cidadão, em harmonia com o precedente do colendo STF e com as determinações do art. 64, § 4º, do CPC/15.

Forçoso concluir que evidenciada a necessidade de a União figurar no polo passivo da relação processual inicialmente instaurada no Juízo Estadual, deve ser anulada a sentença e determinada a intimação da parte autora para emendar a inicial e promover a inclusão do ente responsável precipuamente pelo fornecimento e/ou inclusão do medicamento pretendido nas listas de padronização, o que não implica na nulidade dos atos anteriormente proferidos, notadamente da decisão concessiva da tutela de urgência, cujos efeitos devem ser ressalvados e somente podem ser opostos em face do ente estadual até a apreciação da controvérsia pelo juízo competente.

Com essas considerações, anulo a sentença na remessa necessária e determino que no Juízo de origem a parte autora seja intimada a fim de promover a emenda da inicial com a regularização da relação processual na forma estabelecida no precedente vinculante do colendo STF (Tema nº 793), no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, IV do CPC/2015), ressalvados os atos praticados, notadamente a decisão que deferiu a tutela de urgência, até que outra seja proferida pelo juízo competente em razão de eventual inclusão da União no polo passivo da ação inicialmente ajuizada na Justiça Estadual.

Julgo prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais ao final, pela parte vencida, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ E SANDRA FONSECA.

Súmula - ANULARAM A SENTENÇA NA REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais, materiais e estéticos - Responsabilidade civil médica - Clínica de acupuntura - Responsabilidade subjetiva - Procedimento de ventosas – Queimaduras - Negligência médica - Ato ilícito – Comprovação - Dano moral configurado – *Quantum* - Critérios de fixação – Redução - Recurso provido em parte - Sentença parcialmente reformada.

- Discutida a responsabilidade civil por negligência supostamente ocorrida durante procedimento realizado por médico acupunturista, aplicável o regime de responsabilidade subjetiva tanto ao profissional, quanto à clínica.

- É de se considerar negligente a conduta do profissional médico que, sem previamente informar à paciente sobre os riscos e cautelas que o procedimento exige, deixa escorrer líquido inflamável e, consequentemente, queimar o dorso da consumidora, que apresentou queimaduras de primeiro e segundo graus.

- Comprovado o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, deve ser mantida a sentença que condenou os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos morais à autora.

- O valor da indenização a título de dano moral deve ser fixado em observância da natureza e da intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como da capacidade econômica das partes envolvidas.

Apelação Cível nº 1.0024.13.077148-8/001 - Comarca De Belo Horizonte - Apelantes: Centro de Acupuntura Chinesa Avançada, Zhang Zhengxu e outros - Apelada: Maria Helena de Oliveira Santos. – Relator: Des. José Marcos Rodrigues Vieira.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 12 de maio de 2021. - *José Marcos Rodrigues Vieira*.- Relator.

Voto

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível, interposta da sentença trasladada no DE-29, que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, Materiais e

Estéticos, ajuizada por Maria Helena de Oliveira Santos, contra Centro de Acupuntura Chinesa Avançada e outro, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento de indenização por danos materiais, no importe de R$135,00 (cento e trinta e cinco reais) e danos morais, no valor de R$20.000,00 (vinte mil reais).

Inconformados, os réus interpõem apelação (DE-32), afirmando a ocorrência de culpa concorrente, pois a autora teria mexido o corpo durante o procedimento. Insurge-se contra o valor da condenação por danos morais postulando sua redução, bem como contra o termo inicial da correção monetária, que deverá ser a data do arbitramento da indenização, e não a data do acidente.

Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões trasladadas no DE-35.

É o Relatório. Passo a decidir.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Como relatado, cinge-se a controvérsia recursal ao exame da conduta da clínica, Centro de Acupuntura Chinesa Avançada, e do médico acupunturista, Zhang Zhengxu, que, segundo narrado pela autora, praticaram ato ilícito consubstanciado em negligência durante o procedimento nominado de "ventosa", ocasionando queimaduras de 1º e 2º graus na região dorsal da paciente.

Então, uma vez deduzida demanda indenizatória em desfavor da clínica e do médico vinculado, e também proprietário da mesma, é incontroversa a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica discutida nos autos. E, sobre o fato do serviço, dispõe 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.
>
> § 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi fornecido.
>
> § 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
>
> § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
>
> § 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Quanto à clínica, Centro de Acupuntura Chinesa Avançada, exige-se que seja examinada a origem do afirmado dano: deriva-se da conduta médica a responsabilidade da referida Clínica segue também o regime da responsabilização subjetiva; por outro lado, se o dano advier de falha na prestação de serviço diverso - como dos de hotelaria e enfermagem - a responsabilidade da clínica será objetiva, nos termos do *caput* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

> A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes (AgRg no REsp 1385734/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 26.08.2014, DJe 01.09.2014).

Sobre o tema, a lição de José Alfredo Cruz Guimarães, em obra de coordenação de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> A única exceção explícita ao sistema da responsabilidade objetiva, estabelecida no art. 14, § 4º, do CDC, foi aberta no que diz:
>
> "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante verificação de culpa".
>
> Os médicos, portanto, sendo profissionais liberais, embora prestadores de serviços em relações de consumo, só respondem por culpa pelos danos causados aos consumidores.
>
> [...]
>
> Em tal hipótese, se o doente vier a sofrer um dano atribuível à má prestação do trabalho médico, a casa de saúde poderá ser civilmente responsabilizada. A discussão que tem relevo, nessa hipótese, está em saber se o caso é de responsabilização objetiva ou se haverá necessidade da apuração da culpa.
>
> Antônio Lindbergh C. Monteiro, Ruy Rosado Aguiar Júnior e Rui Stoco sustentam que não seria justo responsabilizar objetivamente os hospitais pelo defeito dos serviços realizados por médicos integrantes dos seus quadros, porque, em face da autonomia de que gozam esses profissionais no relacionamento com o paciente, os primeiros não podem ter ingerência nos aspectos técnicos da profissão nem impor autoritariamente a sua vontade quanto à condução do tratamento.
>
> De fato, o art. 8º do Código de Ética determina, enfaticamente, que "o médico não pode, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficácia e a correção de seu trabalho".
>
> Salienta Lindbergh que é a condição de subordinação que justifica a responsabilidade do patrão pelo ato do empregado.
>
> Em assim sendo, parece-me rigorosamente correto sustentar que não devem os hospitais responder objetivamente pela prestação do serviço cuja execução lhes foge do controle, por melhor que eles selecionem aqueles que irão realizá-lo.

> Outros autores, como Antônio Herman de Vasconcelos Benjamim e Sérgio Cavalieri Filho, defendem que o serviço médico, quando prestado por empresas, estará submetido à apuração da responsabilidade civil de forma objetiva.
>
> [...]
>
> Já disse antes e agora repito que a mim não parece ser esta a melhor solução, porque, além das razões acima expostas, este modo de encarar o problema pode gerar grandes distorções. Como, por exemplo, a absolvição do médico e a condenação do hospital em ação na qual figurem ambos como litisconsortes passivos, com o agravante de ficar o hospital tolhido do direito de regresso contra o profissional incumbido do tratamento, que não atendeu às expectativas do paciente (GUIMARÃES, José Alfredo Cruz. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (org.) Responsabilidade Civil. São Paulo: RT, v. 5, 2010, p. 877-8).

Assim, tratando-se de alegação de responsabilidade civil por negligência do médico, que além de proprietário, é o responsável pelo tratamento contratado pela autora, inegável que se discute a correção da conduta do aludido profissional liberal, pelo que aplicável, *in casu*, o regime da responsabilidade subjetiva.

Fixa-se, nesses termos, a premissa para o julgamento no caso concreto: para a condenação ao pagamento de indenização, exige-se a demonstração da prática de ato ilícito, do nexo causal, do dano e do elemento subjetivo do agente.

Quanto ao ato ilícito, a obrigação do médico restringe-se a empregar a melhor técnica possível no tratamento do paciente, com zelo e atenção aos sintomas apresentados, inexistente dever de cura. É relevante ter-se em conta a infinitude de sintomas e diagnósticos, bem como a limitação humana e tecnológica. A isso soma-se a imprevisibilidade da reação de cada organismo - com as respectivas peculiaridades - aos diversos procedimentos e medicamentos necessários à higidez do paciente.

Isto posto, tenho que, para a configuração do erro médico, não basta a comprovação da continuidade ou do agravamento dos sintomas, sendo indispensável a demonstração de que o profissional responsável tenha agido de forma imprudente, negligente ou imperita, ocasionando o dano alegado.

Merecem transcrição as palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, citando Irany Novah Moraes, em obra dedicada ao estudo dos aspectos jurídicos da Medicina:

> Erro médico, conforme observa Sidnei Beneti, é a falha do profissional médico no exercício de sua profissão. O médico que se obriga a cuidar do paciente, não a curá-lo, deve fazê-lo com a adequação e com o melhor que a Medicina puder oferecer. Essencial que o médico se mantenha atualizado. A visão do erro depende do ponto de vista do paciente, de sua família, do médico, da classe médica, da imprensa e da comunidade. Para a responsabilização de seu autor, todavia, o que vale é o prisma da Justiça. E para esta o erro médico é caracterizado 'pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência. É preciso que estejam presentes, para que se caracterize erro médico: 1. O dano ao doente; 2. A ação do médico; 3. O nexo efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado; 4. Uma ou mais das três citadas falhas - imperícia, imprudência e negligência. A falta de

> qualquer desses itens discriminados descaracteriza o erro médico. Quanto à ação ou omissão do médico, no exercício profissional, causando dano à saúde do paciente, somente se lhe imputará o erro se for comprovado o nexo causal entre sua, ou suas falhas e o mau resultado para o doente (NOVAH, Irany. 'Erro médico e a lei. 4. ed., São Paulo: Lejus, 1998, p. 37) (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Direito e Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 194).

Dessas inúmeras variáveis despontou o caráter quase miraculoso atribuído, historicamente, à atividade médica, relativamente à pessoa atendida, reduzido a termo no brocardo *je la pansai, Dieu la guerit*. Igualmente, daí conclui-se: em regra, o médico responde pela conduta adotada, não pelo resultado alcançado. Sua responsabilidade é de meio ou de diligência.

É o que ensina Rui Stoco em seu "Tratado de Responsabilidade Civil":

> Evidentemente que se o resultado procurado for a cura de um mal, de uma doença, não se poderá responsabilizar o médico tão-só em razão da não obtenção desse objetivo. Tal não poderá jamais ser exigido do médico, pois a ciência médica é, por definição, uma ciência incompleta, que a cada dia busca e encontra novas fronteiras mas que se defronta com enfermidades novas ou desconhecidas.
>
> Então, cabe reiterar que, em linha de princípio, ressalvadas algumas exceções, como acima explicitado, a responsabilidade do médico é apenas de meios. Contudo, poderá, eventualmente, se de resultado, notadamente com relação aos diagnósticos e aos serviços prestados por médicos anestesistas e cirurgiões plásticos nos tratamentos ou cirurgias cosmetológicas e embelezadoras. Esse também é o entendimento assumido por Ênio Santarelli Zuliani ('Inversão do ônus da prova em erro médico'. RT, São Paulo, ano 92, v. 811, p. 43-66, maio/2003), Sílvio Rodrigues ('Direito Civil - Responsabilidade Civil'. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 252), Orlando Gomes ('Questões de Direito Civil'. São Paulo: Saraiva, 1988. P. 452) e Antônio Chaves (STOCO, Rui. Responsabilidade Civil do Ato Médico. Ato Médico - Contrato de Meios. Uma Vida Dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, p. 157).
>
> Como observou Nestor José Forster, "numa visão radical da questão, exigir do médico obrigação de resultado seria o mesmo que exigir dele onipotência divina, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte. Como, infelizmente, os seres humanos continuam a morrer, e isso ocorre também com os médicos, é evidente que a cura nem sempre é possível. Logo, tal resultado não poderia ser exigido de nenhum ser humano, nem mesmo do médico" (Cirurgia Plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios? RT, São Paulo, v. 136, p. 83, fev./1997) (STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 557).

Na espécie, o alegado ato ilícito consubstancia-se na suposta negligência do médico acupunturista, Zhang Zhengxu, que, segundo a autora, durante o procedimento nominado "ventosa", que tinha como finalidade aliviar as dores que sentia nas costas, negligentemente, ocasionou queimaduras de 1º e 2º graus na mencionada região, em razão da utilização indevida de produto inflamável. Acrescenta que, em razão do ocorrido, ficou com cicatrizes permanentes nas costas, o que tem lhe causado constrangimento e justifica a reparação pecuniária pleiteiada.

Em sua defesa, o réu afirma que a culpa seria da autora, que teria se mexido durante o procedimento, não obstante ter informado à mesma que não poderia movimentar-se durante a sessão. Acrescenta

que, no momento do incidente, realizou todos os procedimentos necessários para aliviar a dor da autora, utilizando-se de medicamentos necessários para amenizar o sofrimento, inclusive, imediatamente conduziu a autora para o Hospital Santo Ivo, comprou todos os medicamentos necessários, compareceu por diversas vezes à casa da autora para levar medicamentos para o tratamento, tudo numa prova inconteste que foi socorrida de imediato, recebendo todos os cuidados necessários.

Contudo, sem embargo dos argumentos expendidos, considero que a tese não é merecedora de guarida, porquanto, como dito anteriormente, o médico responde pela conduta adotada, não pelo resultado alcançado. Sua responsabilidade é de meio ou de diligência.

Desse modo, tem-se por irrelevante o fato de o réu ter prestado socorro e tentando minimizar o sofrimento e a dor da autora.

Na verdade, o que aqui se avalia é conduta do profissional no momento do atendimento à paciente, e não o resultado final.

E, avaliada a conduta do médico acupunturista, Zhang Zhengxu, no momento do atendimento, chega-se à inequívoca conclusão de que houve flagrante negligência do profissional, que, sem advertir à autora sobre os riscos e meios empregados para a realização do procedimento, iniciou o procedimento nominado "ventosa", assumindo o risco de eventual acidente.

Embora o réu tente imputar a culpa à autora - mesmo que parcialmente - sob a alegação de que ela teria se movido durante a sessão, não cuidou de instruir os autos com prova de que teria previamente orientado a autora nesse sentido, bem como que o procedimento é realizado com a utilização de produto inflamável. Deveria o profissional - uma vez utilizado produto inflamável com risco de queimadura no paciente - ter exigido, por exemplo, que a autora assinasse termo de consentimento, como é habitualmente oferecido em clínicas como a do réu, cientificando o consumidor dos riscos e a técnica utilizada para determinado procedimento, e as cautelas quanto à movimentação do paciente durante a sessão. Nada disso foi feito.

Na verdade, o réu não tem certeza de que a autora se mexeu, pois, em depoimento por ele prestado à delegacia de policia civil, afirmou que "durante a sessão o declarante não sabe ao certo o que ocorreu, se a vítima se mexeu ou algo assim, mas que o álcool escorreu juntamente com o fogo pelas costas da senhora Maria Helena, causando-lhe queimaduras" (f. 78 do DE-07).

Diante do exposto, não comprovado pelo réu que a autora teria concorrido para a ocorrência do acidente, a outra conclusão não se pode chegar senão que ele foi o único responsável pelos danos causados, advindos da sua negligência quando da realização do procedimento denominado "ventosa".

Assim, comprovada a culpa do réu, na modalidade negligência, e o nexo causal, entre a sua conduta e a lesão causada à paciente, resta apurar a ocorrência do alegado dano moral sofrido pela autora.

E, no tocante ao dano moral alegado, sabe-se que é aquele que afeta a psique da pessoa, extrapolando o plano material, que nem sempre é diretamente afetado. É o que ensina Silvio Rodrigues: "Diz-se que o dano é moral quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita

de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material" (RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2007. p. 33).

In casu, ao contrário do que salientado na apelação, tenho que a situação vivenciada pela autora é suficiente para demonstrar a ocorrência do prejuízo moral por ela experimentado, que, em razão da negligência do réu quando da realização do procedimento nominado «ventosa», teve suas costas atingidas por chamas e, consequentemente, queimaduras de primeiro e segundo graus, conforme comprovado pelos relatórios médicos e fotografias trasladadas à petição inicial (DE-03). A autora sofreu momentos de angústia e teve que lidar com tratamento para minimizar os ferimentos da queimadura, o que ultrapassa o simples aborrecimento.

Nessa conjuntura, tenho por indubitável e indiscutível o prejuízo moral sofrido pela autora, passível de reparação pecuniária.

Em relação ao montante da indenização, sabe-se que deve ser estipulado pelo Juiz de forma equitativa, de modo que não seja alto a ponto de implicar 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. Para tanto, devem-se considerar as condições econômicas dos envolvidos, a culpa do ofensor e a extensão do dano causado ao ofendido.

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 (art. 944 do CC), sendo do prudente arbítrio do julgador tal ponderação.

Já a doutrina vem tentando estabelecer critérios que deverão ser observados pelo julgador no momento de fixar a indenização. Valho-me dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

> Uma das objeções que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade para se apurar o valor desse dano, ou seja, para quantificá-lo. [...] Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.
>
> [...]
>
> 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 (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 91/93).

Sob tais parâmetros, entendo que o valor de R$20.000,00 (vinte mil reais) arbitrado pelo Juízo não se mostra justo, adequado e proporcional à realidade do caso concreto, pelo que deve ser reduzido.

É que, embora realmente a autora tenha sofrido queimaduras nas costas por negligência do réu, as fotografias recentes transladadas no laudo pericial (DE-24) demonstram a completa cicatrização e reconstituição total da integridade da pele, 60 (sessenta) dias após o acidente, concluindo o i. *expert* que:

> Foram realizados uma sequência de procedimentos terapêuticos, de inicio no hospital Santo Ivo e, posteriormente, em consultório particular, resultando em completa cicatrização e restabelecimento da integridade da pele nas áreas afetadas pelas queimaduras, após 60 dias de tratamento.
>
> Restaram cicatrizes muito tênues no dorso e região do flanco direito, conforme se denota das fotos digitais apostas que, pela localização e aspecto que se apresentam, não puderam ser quantificadas.

Além disso, as provas dos autos comprovam que o réu prestou atendimento à autora, inclusive arcando com os custos de alguns medicamentos (DE-11), justamente na tentativa de minimizar o sofrimento e reparar o dano por ele causado, o que deverá ser levando em consideração, quando do arbitramento da indenização por danos morais.

A propósito, invoco o magistério de Calmon de Passos, que me parece justificar o arbitramento:

> [...] entremeado de dificuldades é o problema do ressarcimento dos danos que afetam a nossa personalidade, os que provocam mudança no modo como nos víamos ou como éramos vistos (avaliados) pelos outros. Em que pesem essas peculiaridades, tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os critérios fundamentadores da liquidação dos danos materiais - devem ser precisamente provados, repelindo-se, tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa, o juízo de valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-nos rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto (PASSOS, Calmon. O imoral nas indenizações por dano moral. Teresina: Jus Navigandi, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/2989. Acesso em: 25 jul. 2011).

E continua:

> [...] o que será dano moral puro, ou seja, possível de existir inexistindo danos materiais ou que nenhuma relação mantém com os mesmos? Só nos resta afirmar que nos situamos, aqui, no espaço do que se qualifica como valor, algo especificamente humano e insuscetível de objetivação, salvo se considerado em sua legitimação intersubjetiva. Sem esse consectário, torna-se aleatório, anárquico, inapreensível e inobjetivável. Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana (PASSOS, Calmon. O imoral nas indenizações por dano moral. Teresina: Jus Navigandi, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/2989. Acesso em: 25 jul. 2011).

Nesse contexto, o valor da indenização por danos morais deverá ser reduzido para R$10.000,00 (dez mil reais).

No que toca aos juros e à correção monetária incidentes sobre os valores das condenações a título de indenização por danos morais, presto minha adesão ao entendimento majoritário consagrado no STJ, no sentido de que "o exame dos juros moratórios e da correção monetária pela Corte de origem independe de pedido expresso na inicial ou de recurso voluntário da parte, pois são tratados como matéria de ordem pública" (STJ - AgRg no REsp 1.427.958/SC, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 27.05.2014, DJe 02.06.2014).

Assim, da premissa de que tais encargos possam ser livremente apreciados pelo Tribunal independentemente de recurso voluntário, passo ao amplo exame dos termos iniciais das respectivas incidências, pois eventual modificação da sentença em tais aspectos não tem o condão de caracterizar *reformatio in pejus*.

A propósito, novamente o STJ:

> A correção monetária e os juros de mora, enquanto consectários legais da condenação principal, possuem natureza de ordem pública e, por isso, podem ser analisados até mesmo de ofício, inexistindo a alegada *reformatio in pejus*, pelo Tribunal *a quo*. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.440.244/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 10.10.2014; STJ, AgRg no REsp 1.451.962/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 23.09.2014; STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.424.522/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 28.08.2014 (STJ - AgRg no REsp 1436728/SC, Relª. Minª. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 23.10.2014, DJe 04.11.2014).

Então, primeiramente, deve-se verificar se se trata de dano moral contratual ou extracontratual.

Se o dano moral for relacionado a contrato celebrado entre as partes, os juros moratórios devem incidir desde a data da citação. Entretanto, em se tratando de dano moral extracontratual, os juros moratórios devem ser calculados desde a data da lesão, nos termos da Súmula nº 54 do STJ, *in verbis*: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

No caso, trata-se de ilícito contratual, portanto, os juros moratórios incidem a partir da data da citação, como acertadamente consignado na sentença apelada.

Em relação à correção monetária, considero que a sentença também deve ser confirmada, posto que, em casos desse jaez, correta a aplicação da Súmula 362 do STJ, que dispõe: "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Isto porque:

Reiteradas foram as discussões acerca do *dies a quo* da correção monetária decorrente de condenação da parte ao pagamento de indenização por danos morais, ou seja, se a correção iniciaria na data do evento danoso, da citação ou da prolação da sentença.

De início, em razão de o debate versar acerca da correção monetária dos danos morais, os ministros entenderam que o enunciado da Súmula nº 43, do próprio STJ, não seria aplicável, pois dispõe sobre hipótese de ato ilícito, definido pela legislação civil, *litteris*: "Enunciado nº. 43 - incide correção monetária sobre divida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo."

Desta feita, consolidou-se o entendimento segundo o qual, nas indenizações por dano moral, o termo inicial para a incidência da atualização monetária é a data em que foi arbitrado seu valor, "tendo-se em vista que, no momento da fixação do *quantum* indenizatório, o magistrado leva em consideração a expressão atual de valor da moeda" (trecho do voto do Ministro Luiz Fux no REsp 743075/RJ; 1ª Turma, DJ de 17.08.06).

Os ministros assim se posicionaram, pois atualizar a indenização da época do fato ou da citação seria o equivalente a "corrigir o que já está atualizado" (trecho da ementa do acórdão do EDRESP 194625/SP; 3ª Turma, Min. Ari Pargendler, DJ de 05.08.02).

> Nesse sentido, são os seguintes julgados: RESP 20.369/RJ, 3ª Turma, Min. Nilson Naves, DJ de 23.11.92; RESP 376.900/SP, 3ª Turma, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 17.06.02; RESP 309.725/MA, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 14.10.02; EDRESP 425.445/RJ, 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 03.11.2003; EDRESP 504144/SP, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, DJ de 25.02.2004; RESP 611.723, 3ª Turma, Min. Castro Filho, DJ de 24.05.04; RESP 566.714/RS, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 09.08.04. (Extraído de: Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Notas da Redação. Autora: Cynthia Amaral Campos. 16 de outubro de 2008. Disponível em: http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/143443/sumula-362-determina-o-dies-a-quo-da-correcao-monetaria-dos-danos-morais. Acesso em: 10 de setembro de 2012).

Forte em tais razões de decidir, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir o valor da indenização para R$10.000,00 (dez mil reais), sobre o qual incidirão juros de mora desde a citação e correção monetária, pelos índices da tabela da CGJ, a partir da publicação deste acórdão.

Condeno os Apelantes ao pagamento de 70% (setenta por cento) custas e honorários recursais, que fixo em 17% (dezessete por cento) da condenação (art. 85, §§ 2º e 11º, do CPC de 2015). A autora arcará com os 30% (trinta por cento) restantes.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Pedro Aleixo e Ramom Tácio.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Reexame necessário - Apelação cível - Mandado de segurança - Preliminar de carência da ação rejeitada - Mérito - VGBL - Natureza securitária - Inclusão na base de cálculo do ITCD - Impossibilidade - Direito líquido e certo comprovado - Precedentes do STJ e deste TJMG - Sentença mantida.

- O objetivo do presente *mandamus* não é a declaração da inconstitucionalidade do art. 20, *a*, da Lei nº 14.941/2003 (causa de pedir), mas a verificação da incidência, ou não, do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD - sobre a previdência privada VGBL (pedido final), não estando a inicial amparada em fundamentos genéricos e abstratos, razão pela qual deve ser rejeitada a preliminar de carência de ação neste mandado de segurança.

- O Plano Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL - possui natureza jurídica de contrato de seguro de pessoas, não podendo ser enquadrado como herança por força do disposto no art. 794 do Código Civil, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença que determinou a sua exclusão da base de cálculo do ITCD. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça.

- As hipóteses de incidência previstas nos arts. 4º, § 6º e § 7º, e 20, *a,* da Lei Estadual nº 14.491/2003, introduzidas respectivamente pelas Leis Estaduais nº 22.796/2017 e 22.549/2017, contrariam o disposto nos arts. 109 e 110 do CTN, em razão de alterarem e redefinirem conceitos e o alcance de instituto de direito privado, com a finalidade de superar o óbice do art. 794 do Código Civil, viabilizando o exercício de competência tributária.

- Sentença mantida no reexame necessário.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.21.081134-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Olga Venancia de Jesus Diniz - 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Wander Marotta* - Relator.

Voto

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de reexame necessário e apelação, interposta pelo Estado de Minas Gerais contra a r. sentença que, nos autos de mandado de segurança impetrado por Olga

Venancia de Jesus Diniz, neste representada por Vandacy Aparecida Diniz Reis, contra ato reputado ilegal do Exmo Sr. Delegado da Delegacia Fiscal de 1º Nível em Belo Horizonte, concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora que se abstenha de exigir/cobrar o pagamento do ITCD sobre os valores pagos à impetrante em decorrência dos planos de VGBL contratados pelo *de cujus*, Sr. Gonçalo Jeremias Diniz, perante o Banco do Brasil (Brasil Prev). Sem custas e honorários, por força de disposição legal. Foi ordenada, por fim, a remessa necessária a este eg. Tribunal de Justiça. Irresignado, interpõe o Estado o presente recurso, arguindo, preliminarmente, carência de ação, sob o argumento de não ser cabível o mandado de segurança, uma vez que se insurge o impetrante contra lei em tese (art. 20, a, da Lei nº 14.941/2003), o que é vedado segundo a Súmula nº 266 do excelso STF, impondo-se a extinção do processo sem julgamento de mérito.

No mérito, defende ser devido o ITCD sobre a aplicação financeira na modalidade VGBL, pelo que pugna pela reforma da sentença a fim de que seja julgado improcedente o pedido inicial, face a ausência de direito líquido e certo. Sustenta que o Plano VGBL - Vida Gerador de Benefícios Livres - distingue-se de "um seguro de vida típico", sujeitando-se à incidência do ITCD em razão da sua natureza de aplicação financeira comum enquanto estiver na fase de contribuição. Ressalta que a origem da indenização do VGBL é o próprio patrimônio do contratante, que faz aplicações periódicas, que se acumulam e são remuneradas a fim de compor o monte com intuito meramente previdenciário, constituindo, em outros termos, uma verdadeira "poupança". Alega que os valores aportados pelo participante ao plano de previdência privado (no caso VGBL) não pertencem à instituição previdenciária, de modo que esta tem apenas a guarda desses valores, devendo mantê-los segregados dos seus próprios recursos, inclusive com a contabilização também segregada, e que, com a morte do participante, ocorre a transmissão para os beneficiários (independentemente de inventário) configurando-se, assim, o fato gerador do ITCD, nos termos da legislação tributária mineira, em tudo compatível com a Constituição Estadual. Afirma que há, sem dúvida, configuração do fato gerador do ITCD na transmissão dos direitos oriundos de planos previdenciários, visto que esta transmissão ocorre por causa da morte do participante, sendo esta a condição necessária e suficiente para a incidência do imposto. Invoca doutrina e jurisprudência em apoio de sua tese e requer o provimento do recurso para que se denegue a ordem.

A impetrante apresentou contrarrazões batendo-se pelo desprovimento do recurso, a fim de que seja mantida a r. sentença recorrida.

Foram os autos à douta P.G.J., que ofereceu parecer opinando pelo desprovimento do recurso. Em seguida vieram-me os autos conclusos para decisão.

É o relatório.

Admissibilidade - preliminar de carência da ação.

Diferentemente do alegado, *data maxima venia*, não ocorre aqui a inviabilidade do mandado de segurança, merecendo rejeição a preliminar em análise.

Nos termos do que dispõem as normas de regência do mandado de segurança, em especial o disposto no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição da República, bem como o art. 1º da Lei Federal nº 12.016/2009, o *writ* destina-se à proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade coatora não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

São requisitos fundamentais à impetração do mandado de segurança a explanação do direito líquido e certo que tenha sido lesado ou ameaçado de lesão praticada por autoridade coatora, bem como a apresentação de provas pré-constituídas.

No caso, o objetivo do *mandamus* não é a declaração da inconstitucionalidade do art. 20, *a*, da Lei nº 14.941/2003 (causa de pedir), mas a verificação da incidência, ou não, do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD - sobre a previdência privada VGBL (pedido final), não estando a inicial amparada em fundamentos genéricos e abstratos.

Não há, pois, insurgência contra a lei em tese, mas visa, especificamente, a situação fática do plano de previdência VGBL firmado entre o falecido, sr. Gonçalo Jeremias Diniz, e o Banco do Brasil (Brasil Prev), e que tem como beneficiária a impetrante.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário.

Mérito.

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

A propósito, são as lições de Érico Andrade:

> Corrente tradicional de pensamento entendia o direito líquido e certo como aquele constatável, de plano, sem maiores considerações ou pesquisas. Seria uma espécie de direito evidente, que saltaria aos olhos, de modo que tenderia a não se enquadrar no conceito questões mais intricadas, de fato ou de direito. Esta posição, não obstante doutrinariamente superada, encontra até hoje reflexo em alguns precedentes jurisprudenciais, que entendem incabível a impetração de mandado de segurança diante de questões complexas, difíceis, de fato ou de direito. Sem embargo, o entendimento que prevalece hoje, na jurisprudência e na doutrina, é no sentido de que controvérsias ou 'complexidade' dos fatos e do direito não impedem a concessão de segurança, desde que os fatos estejam documentalmente comprovados e não exijam, para esclarecimentos, outras diligências probatórias. É hoje prevalente a posição no sentido de que a expressão 'direito líquido e certo' tem natureza processual e traduz direito comprovado, normalmente de plano, por prova documental pré-constituída, apresentada, via de regra, com a própria petição inicial - donde a sumariedade do procedimento do mandado de segurança - já que aplicável aqui a tradicional distribuição do ônus da prova lançada no art. 333, CPC. No mandado de segurança, portanto, diante da exigência de "direito líquido e certo", comprovado por prova documental, não se admitiriam as provas testemunhal e pericial, ou seja, não se admitiria a produção de outras provas que não a documental (ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade - proposta da releitura à luz da efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p. 375-377).

E continua o autor:

> [...] há interpretação doutrinária rigorosa a respeito do direito líquido e certo e da prova documental, no sentido de que deveriam ser incontroversos para admitir a impetração do mandado de segurança
>
> [...]
>
> Em resumo, segundo a melhor doutrina, o mandado de segurança tem cabimento quando o impetrante dispuser de prova documental para comprovar suas alegações, não se admitindo outras diligências probatórias no seu procedimento especial, independentemente de o direito ser ou não "contestado". Se o direito, ou o fato, como pondera certa corrente, não puder ser comprovado documentalmente, mas demandar outras investigações probatórias, não cabe mandado de segurança. O acertamento nesse último caso deve ocorrer nas chamadas vias ordinárias e não no âmbito do procedimento especial do mandado de segurança (*Ibid*, p. 379).

Nesse sentido são as lições de Carlos Mário da Silva Veloso:

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

São também as lições do saudoso Prof. e Des. Ernane Fidélis dos Santos:

> [...] direito líquido e certo é o que pode ser reconhecido apenas pela apreciação do modelo jurídico próprio com o fato nele adequado, sem necessidade de se socorrer de provas que não seja a documental, em princípio, induvidosa. Mas, veja-se bem, 'que pode' e não 'que deva' ser reconhecido, porque, como é normal a qualquer julgamento, o direito poderá ser negado definitivamente. Se a questão fática depender de provas, as vias ordinárias são o caminho específico (SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Mandado de segurança individual e coletivo*, op. cit., p. 128)

Feitas essas breves considerações iniciais, e voltando ao caso, vê-se que razão assiste à impetrante, devendo ser mantido o r. *decisum* de primeiro grau.

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos - ITCD - é um tributo que incide sobre a transmissão hereditária ou testamentária ou doação de bens móveis, títulos de crédito e direitos a ele relativos; e sobre a doação ou sobre a transmissão hereditária ou testamentária de bens imóveis.

A Lei Estadual nº 14.941/03, que regulamenta o ITCD no âmbito do Estado de Minas Gerais, estabelece:

> 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;
>
> [...]
>
> Art. 4º A base de cálculo do imposto é o valor venal do bem ou direito recebido em virtude da abertura da sucessão ou de doação, expresso em moeda corrente nacional e em seu equivalente em UFEMG.
>
> [...]
>
> § 6º - Em se tratando de plano de previdência privada ou outra forma de investimento que envolva capitalização de aportes financeiros, a base de cálculo corresponde ao valor da provisão formada pelos referidos aportes e respectivos rendimentos, na data do fato gerador.
>
> § 7º - O disposto no § 6º aplica-se também no caso de o plano de previdência privada ou assemelhado configurar contrato misto que envolva capitalização de aportes financeiros e seguro de vida, hipótese em que não se inclui na base de cálculo a parcela dos valores auferidos pelo beneficiário em decorrência do contrato de seguro, sob a forma de pecúlio ou renda, assim compreendida a parcela que exceder à provisão mencionada no § 6º. [...]
>
> Art. 20-A - As entidades de previdência complementar, seguradoras e instituições financeiras são responsáveis pela retenção e pelo recolhimento do ITCD devido a este Estado, na hipótese de transmissão causa mortis ou doação de bem ou direito sob sua administração ou custódia, inclusive aquele relativo aos planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL -, Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL - ou semelhante, observados a forma, os prazos e as condições previstos em regulamento.
>
> § 1º - A responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação de que trata o "caput" fica atribuída ao contribuinte em caráter supletivo.
>
> § 2º - O responsável apresentará à Secretaria de Estado de Fazenda declaração de bens e direitos contendo, ao menos, a discriminação dos respectivos valores e a identificação dos participantes e dos beneficiários.
>
> § 3º - Sem prejuízo do disposto no § 2º, as entidades de previdência complementar, seguradoras e instituições financeiras prestarão informações sobre os planos de previdência privada e seguro de pessoas nas modalidades de PGBL, VGBL ou semelhante sob sua administração [...].

Não obstante a previsão legal observa-se que o plano, Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL - tem natureza jurídica de contrato de seguro de pessoas, conforme conceitua em seu sítio eletrônico a Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, autarquia que fiscaliza e controla as entidades de previdência complementar aberta:

> VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos por sobrevivência (de seguro de pessoas e de previdência complementar aberta, respectivamente) que, após um período de acumulação de recursos (período de diferimento), proporcionam aos investidores (segurados e participantes) uma renda mensal - que poderá ser vitalícia ou por período determinado - ou

> um pagamento único. O primeiro (VGBL) é classificado como seguro de pessoa, enquanto o segundo (PGBL) é um plano de previdência complementar. [...].

Nesse sentido, em se tratando de contrato de seguro, incide o disposto no art. 794 do Código Civil, *in verbis*: *Art. 794. No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.*

Deste modo, constata-se que as hipóteses de incidência previstas nos arts. 4º, § 6º e § 7º, e 20, *a*, da Lei Estadual nº 14.491/2003, introduzidas respectivamente pelas Leis Estaduais nº 22.796/2017 e nº 22.549/2017, contrariam o disposto nos arts. 109 e 110 do CTN, em razão de alterarem e redefinirem conceitos e o alcance de instituto de direito privado, com a finalidade de superar o óbice do art. 794 do Código Civil, viabilizando o exercício de competência tributária.

É oportuna, pois, a transcrição dos dispositivos do Código Tributário Nacional em referência:

> Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.
>
> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias. (grifo nosso).

Dessa forma, considerando a patente impossibilidade legal de enquadramento do VGBL como herança, mostra-se inadequada a sua inclusão na base de cálculo do ITCD, devendo ser confirmada a r. sentença reexaminada.

Nesse sentido é firme o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Inventário. Valores depositados em plano de previdência privada (vgbl). Dispensa de colação. Natureza de seguro de vida. Decisão mantida. Recurso desprovido. - O Tribunal de origem, ao concluir que o Plano de Previdência Privada (VGBL), mantido pela falecida, tem natureza jurídica de contrato de seguro de vida e não pode ser enquadrado como herança, inexistindo motivo para determinar a colação dos valores recebidos, decidiu em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. - Nesse sentido: REsp nº 1.132.925/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, *DJe* de 06.11.2013; REsp nº 803.299/PR, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Rel. p/acórdão Ministro Luís Felipe Salomão, 4ª Turma, *DJe* de 03.04.2014; EDcl no REsp nº 1.618.680/MG, Rel. Min.ª Maria Isabel Gallotti, *DJe* de 1º.08.2017. [...]. -. Agravo interno não provido (AgInt nos EDcl no AREsp nº 947.006/SP, Rel. Desembargador Convocado do TRF, 5ª Região, Lázaro Guimarães, 4ª Turma, j. em 15.05.2018, *DJe* de 21.05.2018 - ementa parcial).

Em idêntica linha de compreensão, confira-se o seguinte trecho, extraído do acórdão proferido pela Quarta Turma do c. STJ no AgInt. nos EDcl. do REsp nº 1.618.680/MG, de relatoria da i. Min.ª Maria Isabel Gallotti (*DJe* de 11.09.2018):

[...]. Reitero, outrossim, que o Tribunal de origem decidiu em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte, razão pela qual o recurso especial esbarraria no óbice sumular n° 83, do STJ, aplicável aos recursos interpostos com base em ambas as alíneas (AgInt no AREsp nº 720.037/SC, Rel. Min.ª Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. em 03.05.2016, *DJe* de 11.05.2016).

A propósito, não destoa o entendimento perfilhado por este eg. Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento. Ação de inventário. Inclusão dos valores oriundos do plano de vida gerador de benefício livre (VGBL) no espólio. Natureza jurídica securitária. Aplicação do art. 794 do código civil. Valores que não devem integrar a partilha. - Os valores oriundos do Plano Vida Gerador de Benefícios Livres têm natureza jurídica de seguro de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência e, em regra, não devem integrar o espólio e a partilha de bens nos autos do inventário, nos termos do art. 794 do Código Civil (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv. nº 1.0000.18.083265-1/001, Rel. Des. Geraldo Augusto, 19ª Câmara Cível, j. em 09.11.2018, p. em 13.11.2018).

Remessa necessária. Apelação cível. Mandado de segurança. Recursos do Plano Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL). Natureza jurídica de seguro. Inclusão na base de cálculo do ITCD. Inadequação. Art. 794, do cc. Juros de mora e multa indevidos. Exigibilidade apenas após a homologação do valor do tributo. Súmula nº 114, do STF. Sentença confirmada na remessa necessária. Recurso voluntário prejudicado. - O Plano Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL) tem natureza jurídica de seguro de pessoas, razão pela qual os recursos dele decorrentes não são considerados para fins de herança, nos termos do art. 794, do Código Civil. Logo, inadequada a sua inclusão na base de cálculo do ITCD. Precedentes. [...]. - Sentença confirmada na remessa necessária. - Apelação prejudicada (TJMG - Ap. Cível/Rem Necessária nº 1.0000.17.098473-6/001, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, j. em 14.08.2018, p. em 17.08.2018 - ementa parcial).

Remessa necessária e apelação cível. Mandado de segurança. Exação de ITCD em indenização paga aos beneficiários indicados pelo contratante de VGBL. Ilegalidade do ato verificada. Hipótese prevista na lei estadual nº 14.941/2003 que viola ao disposto nos arts. 109 e 110 do código tributário nacional. Concessão da segurança mantida. Recurso voluntário desprovido e sentença de primeiro grau confirmada em remessa necessária. - A Lei Federal nº 12.016/2009 prevê a via mandamental como meio de proteção contra ato ilegal de autoridade que importe ameaça de lesão ou lesão efetiva a direito líquido e certo de pessoas físicas e jurídicas, não amparado por habeas corpus e habeas data. - O art. 155 da Constituição da República de 1988 que, em uma de suas perspectivas, possui natureza de limitação ao poder de tributar, ao atribuir aos Estados e ao Distrito Federal competências para instituição dos impostos ali enumerados, os autoriza a editar leis que prevejam obrigação de pagamento de prestação pecuniária compulsória, nas hipóteses de transmissão de titularidade de bens e direitos decorrentes da morte da pessoa natural ou da doação entre vivos. - Porém, o legislador do Estado Federado também deve observar as regras gerais da Lei Federal nº 5.172/1966, que instituiu o Código Tributário Nacional e foi recepcionada pela Ordem Constitucional de 1988 como a lei complementar versada no seu art. 146. - O CTN prevê textualmente em seu art. 109 que "Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários", e no seu art. 110 que "A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias." - A natureza jurídica do

acordo de vontades e do prêmio a ser pago ao beneficiário indicado pelo contratante de VGBL, que falece antes de implementada as condições para o resgate por ele próprio, é de seguro de vida. Precedentes da jurisprudência pátria. - Como consequência, não há que se falar em transmissão de bem ou direito deflagrada pelo falecimento da pessoa que aderiu ao plano VGBL, embora o direito próprio e originário dos beneficiários apontados nesse negócio jurídico tenha como causa de surgimento o fato jurídico morte de contratante, como ocorre com qualquer agraciado em avença de seguro de vida. - As hipóteses de incidência versada prevista nos § 6º e § 7º do art. 4º da Lei Estadual nº 14.491/2003, introduzidas pela Lei Estadual nº 22.796/2017, contrariam as normas dos arts. 109 e 110 do Código Tributário Nacional, pois desvirtuam e redefinem conceitos e instituto de direito privado, com o desiderato de superar o óbice do art. 794 do Código Civil em vigor, e de viabilizar o exercício de competência tributária em conjectura não admitida. - Presentes todos os requisitos necessários à concessão da segurança, quais sejam, prova pré-constituída do ato ilegal, praticado pela autoridade coatora em menos de 120 dias do ajuizamento da ação, que importa em lesão a direito líquido e certo das pessoas física e jurídica ao livre ao exercício da atividade econômica, deve ser mantida a sentença de Primeiro Grau (TJMG - Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1.0000.19.090425-0/002, Rel. Des. Leite Praça, 19ª Câmara Cível, j. em 25.06.2020, p. em 01.07.2020).

Dispositivo.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, em reexame necessário, confirmo a r. sentença, prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas e sem honorários, nos termos da Súmula nº 512 do excelso STF, Súmula nº 105 do colendo STJ e art. 25 da Lei nº 12.016/2009.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARLOS LEVENHAGEN E ÁUREA BRASIL.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁ RIO.

Direito civil e processual civil - Apelação cível - Ação de cobrança - Sentença de adoção póstuma - Natureza constitutiva - Efeito retroativo - Alcance limitado à condição de filho - Inteligência do art. 47, *caput*, e § 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente - Pensão por morte anteriormente paga, com exclusividade, ao ex-cônjuge do adotante, que ostentava a condição de único beneficiário para fins previdenciários - Pretensão, do adotado, de recebimento retroativo de parcela do benefício - Impossibilidade - Direitos já regulamente adquiridos por terceiro de boa-fé - Inviabilidade de desconstituição.

- O § 7º do art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que confere efeito retroativo à chamada adoção póstuma - na qual o pedido apenas é acolhido após a morte do adotante -, não pode ser interpretado de forma dissociada do *caput* do mesmo dispositivo legal, a estabelecer expressamente que a sentença, no processo de adoção, tem natureza constitutiva do vínculo de filiação.

- A retroatividade dos efeitos da sentença constitutiva da adoção póstuma diz respeito, tão somente, à possibilidade de aquisição, pelo adotado, de direitos cuja titularidade depende da condição de filho do de cujus no momento do óbito, não sendo possível reconhecer a aquisição retroativa de direitos específicos decorrentes desse estado familiar, sobretudo em prejuízo de atos já regularmente praticados e situações já consolidadas em benefício de terceiros de boa-fé.

V.v.: Apelação - Cobrança - Adoção póstuma - Sentença - Eficácia retroativa - Data do óbito - Condição de filho reconhecida desde aquele momento - Direito a quota de pensão por morte.

- A adoção póstuma reconhecida por sentença surte efeitos retroativos desde a data do óbito, passando o adotado a sustentar a condição de filho desde o falecimento da adotante, com o consequente direito à quota prevista em lei para a pensão por morte desde aquele momento pretérito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.17.083336-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: D.L.S. - Apelado: J.C.A.N. , representado por C.B.T., W.T. Relator: DES. PEDRO BERNARDES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O RELATOR E O 1.º VOGAL.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2021. - *Pedro Bernardes* - Relator.

Voto

DES. PEDRO BERNARDES - Trata-se de ação de cobrança, movida por J.C.A.N. em face de D.L.S., em que o MM. Juiz da causa, no doc. nº 19, julgou procedentes os pedidos.

Inconformado com a r. sentença, o réu interpôs apelação (doc. nº 24), na qual, em síntese, alegou que presentes os requisitos legais para a concessão de assistência judiciária; que o apelado não estava sob a guarda da falecida antes da conclusão do processo de adoção; que inexiste prova nos autos neste sentido; que a equiparação legal requer a tutela judicial do menor comprovada por termo; que o apelante agiu de boa-fé; que consta na própria exordial que a inscrição do apelado no Ipsemg deu-se em setembro de 2014, não podendo a condenação alcançar período posterior a tal data.

Teceu outras considerações, citou jurisprudência e, ao final, pediu seja reformada a sentença para conceder assistência judiciária e julgar improcedentes os pedidos deduzidos na exordial.

O apelado foi intimado para responder o recurso no prazo legal, ausente manifestação da parte (doc. nº 25).

O preparo não foi realizado, sendo a assistência judiciária objeto do recurso.

Parecer da d. Procuradoria-geral de Justiça pelo provimento parcial do recurso (doc. nº 28).

Redistribuição do feito a novo relator (doc. nº 29).

Concedida oportunidade ao apelante para comprovar os requisitos da assistência judiciária (doc. nº 30), com respectiva manifestação da parte (doc. nº 31).

Indeferimento de assistência judiciária, com abertura de prazo para o preparo (doc. nº 34), sendo a medida cumprida a tempo e modo (doc. nº 35/37).

Antes de se proceder ao julgamento do recurso, cumpre asseverar que seu implemento dar-se-á com a aplicação do CPC/2015, vigente ao tempo da prolação da sentença recorrida.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Inexistindo preliminares a serem apreciadas, passa-se ao exame do mérito.

Trata-se de ação de cobrança na qual os pedidos foram julgados procedentes para condenar o apelante à restituição de 50% (cinquenta por cento) da pensão por morte auferida durante o período de 30 de outubro de 2013 a 31 de agosto de 2015.

A pretensão recursal visa à reforma da sentença para que sejam julgados improcedentes os pedidos ou, subsidiariamente, seja reduzida a condenação, limitada até agosto de 2014.

Depreende-se dos autos que o apelado foi adotado pela falecida, sendo esta casada com o apelante.

O processo de adoção iniciou-se enquanto ainda viva a de cujus, tendo se encerrado após o seu falecimento, com o reconhecimento de adoção *post-mortem*.

A presente demanda visa o recebimento, pelo apelado, de 50% (cinquenta por cento) da pensão por morte, auferida pelo recorrente durante o período pretérito à inscrição do recorrido no Ipsemg para tal fim.

Na sentença recorrida, o Juízo *a quo* julgou procedente o pedido, condenando o apelante a restituir 50% (cinquenta por cento) da quantia recebida no já identificado período.

O apelante insurgiu-se contra este ponto, ao argumento de que o apelado não preencheu os requisitos legais para a equiparação legal à condição de filho no tempo em questão, o que impede o reconhecimento de seu direito ao benefício previdenciário.

De fato, o apelado não ostentava a condição de filho no momento da concessão do benefício.

De igual modo, a equiparação legal à condição de filho requer que o menor esteja sob tutela judicial do segurado, sendo exigida a apresentação do respectivo termo. É o que se infere do § 3º do art. 4º da Lei Complementar Estadual nº 64/2002, ora reproduzido:

> § 3º - Equiparam-se aos filhos, nas condições do inciso I deste artigo, desde que comprovada a dependência econômica e a ausência de bens suficientes para o próprio sustento e educação:
>
> I - o enteado, mediante declaração escrita do segurado;
>
> II - o menor que esteja sob tutela judicial, mediante a apresentação do respectivo termo.

No caso vertente, não foi apresentado tal termo, não havendo nos autos elemento que comprove a concessão de tutela judicial do apelado à segurada falecida.

Não obstante, tal circunstância apenas enseja a conclusão de que não houve qualquer equívoco do ente estatal ao conceder o benefício previdenciário ao apelante.

Todavia, não se pode olvidar que houve a adoção *post-mortem* do apelado pela segurada falecida, sendo tal fato incontroverso no feito.

A adoção *post-mortem* é prevista no § 6º do art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a eficácia de tal ato delimitada no § 7º do art. 47 do ECA, nos seguintes termos:

> § 7° A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6 o do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Infere-se do texto legal que, em se ratando de adoção *post-mortem*, a sentença que a reconhece produz efeitos desde a data do óbito do adotante, de modo que a condição de filho retroage desde aquele momento.

A jurisprudência orienta-se no mesmo sentido:

> A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Dicção do art. 42, §6º e art. 47, § 7º, do ECA (TJMG - Apelação Cível Nº 1.0107.07.002117-8/001, Rel. Des. Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 18.11.2010, p. da súmula em 09.12.2010).

Diante de tal eficácia da sentença, tem-se que o apelado passou a ostentar a condição de filho desde o óbito da segurada, fazendo jus ao benefício de pensão por morte conjuntamente com o apelante desde aquele momento.

Assim, não obstante a ausência de má-fé do apelante, tem-se que este auferiu o benefício previdenciário em sua totalidade, quando, por força da sentença proferida no processo de adoção, somente 50% (cinquenta por cento) lhe seria cabível.

O recebimento da integralidade do benefício pelo apelante, nestas condições, gera enriquecimento sem causa, sendo imposto o dever de restituição não apenas na hipótese de inexistência de causa jurídica, como também no caso em causa passou a não mais subsistir, como ocorrido na espécie.

Tal conclusão está expressamente disposta no art. 885 do Código Civil, ora reproduzido: "Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir".

Portanto, ausente supedâneo jurídico para ao colhimento da pretensão recursal quanto a este ponto, devendo-se manter a sentença no que tange ao reconhecimento do direito do apelado a 50% (cinquenta por cento) da pensão por morte de sua adotante.

Já no que concerne ao período da condenação, de fato consta da própria petição inicial que o apelado procedeu à inscrição para o recebimento da pensão em setembro de 2014, não tendo auferido a sua quota do benefício por 11 (onze) meses.

Não obstante, o pedido formulado consistiu em condenação à restituição de 50% (cinquenta por cento) da pensão por morte até 31 de agosto de 2015, sendo este o interregno imposto na sentença.

Assim, diante do reconhecimento pelo próprio apelado de que passou a auferir quota da pensão a partir de setembro de 2014, deve a sentença ser reformada quanto a este ponto, de modo a restringir a condenação até 31 de agosto de 2014.

Alterada substancialmente a sucumbência no feito, deve-se proceder a nova distribuição dos respectivos ônus. Neste contexto, deve o apelante responder por 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, dos honorários e sucumbência, e o apelado aos 50% (cinquenta por cento) remanescentes, sendo a verba honorária arbitrada em 12% (doze por cento) do valor da condenação, já

considerada a majoração prevista no § 11 do art. 85 do CPC, suspensa a exigibilidade em relação ao recorrido, na forma do § 3º do art. 98 do CPC.

Com estas considerações, dou parcial provimento ao recurso para restringir a condenação imposta na sentença até 31 de agosto de 2014.

Condeno o apelante ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, dos honorários e sucumbência, e o apelado aos 50% (cinquenta por cento) remanescentes, sendo a verba honorária arbitrada em 12% (doze por cento) do valor da condenação, suspensa a exigibilidade em relação ao recorrido.

Custas recursais na razão de 50% (cinquenta por cento) pelo apelante e 50% (cinquenta por cento) pelo apelado, suspensa a exigibilidade quanto a este.

É como voto.

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - De acordo com o Relator.

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Em sessão anterior desta Câmara, pedi vista dos presentes autos para melhor refletir sobre as questões postas em debate no recurso deles objeto, após votarem os eminentes Relator e 1º Vogal, que dão parcial provimento ao inconformismo.

Após detido exame de todo o processado, cheguei a entendimento que, com respeitosa vênia, diverge daquele expresso nos judiciosos votos que me antecederam.

A pretensão deduzida na peça de ingresso destina-se à imposição, ao réu, ora apelante, da obrigação de pagar, ao autor, ora apelado, metade do valor recebido, no período compreendido entre 30.10.2013 e 31.08.2015, a título de pensão por morte da Sr.ª D.M.C.B.L.

Funda-se esse pleito na alegação de que, nos autos da Ação de nº 1166904-64.2012.8.13.0024, foi reconhecida a adoção póstuma do autor pela falecida Sr.ª D., de forma que ele, na condição de filho, fazia jus à metade do valor do benefício previdenciário acima referido, que, todavia, foi pago integralmente ao réu - na condição de ex-cônjuge da de cujus - desde o óbito dela até a data em que, de posse da sentença constitutiva da adoção, foi possível obter, perante o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais (Ipsemg), a inscrição e habilitação do adotado como dependente da segurada.

O douto Juízo de 1º grau, na sentença recorrida, julgou procedente o pedido inicial, ao fundamento de que o autor, mesmo durante o curso da ação de adoção, se encontrava sob tutela judicial da falecida, e, portanto, é equiparado a filho para fins previdenciário, nos termos do art. 4º, § 3º, inciso II, da Lei Complementar Estadual nº 64/2002.

O eminente Relator, em seu judicioso voto, apesar de afastar esse argumento declinado pelo douto Juízo de 1º grau - por considerar inexistente, nos autos, prova da concessão de tutela judicial do autor à segurada falecida - entendeu por bem manter a sentença recorrida por outros fundamentos, assim declinados:

De fato, o apelado não ostentava a condição de filho no momento da concessão do benefício.

De igual modo, a equiparação legal à condição de filho requer que o menor esteja sob tutela judicial do segurado, sendo exigida a apresentação do respectivo termo. É o que se infere do § 3º do art. 4º da Lei Complementar Estadual nº 64/2002, ora reproduzido:

"§ 3º - Equiparam-se aos filhos, nas condições do inciso I deste artigo, desde que comprovada a dependência econômica e a ausência de bens suficientes para o próprio sustento e educação:

I - o enteado, mediante declaração escrita do segurado;

II - o menor que esteja sob tutela judicial, mediante a apresentação do respectivo termo".

No caso vertente, não foi apresentado tal termo, não havendo nos autos elemento que comprove a concessão de tutela judicial do apelado à segurada falecida.

Não obstante, tal circunstância apenas enseja a conclusão de que não houve qualquer equívoco do ente estatal ao conceder o benefício previdenciário ao apelante.

Todavia, não se pode olvidar que houve a adoção post-mortem do apelado pela segurada falecida, sendo tal fato incontroverso no feito.

A adoção *post-mortem* é prevista no § 6º do art. 42 do estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a eficácia de tal ato delimitada no § 7º do art. 47 do ECA, nos seguintes termos:

"§ 7° A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6 o do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito".

Infere-se do texto legal que em se ratando de adoção *post-mortem*, a sentença que a reconhece produz efeitos desde a data do óbito do adotante, de modo que a condição de filho retroage desde aquele momento.

A jurisprudência orienta-se no mesmo sentido:

"A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. Dicção do art. 42, § 6º e art. 47, § 7º, do ECA" (TJMG - Apelação Cível n° 1.0107.07.002117-8/001, Rel. Des. Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 18.11.2010, p. da súmula em 09.12.2010).

Diante de tal eficácia da sentença, tem-se que o apelado passou a ostentar a condição de filho desde o óbito da segurada, fazendo jus ao benefício de pensão por morte conjuntamente com o apelante desde aquele momento.

Assim, não obstante a ausência de má-fé do apelante, tem-se que este auferiu o benefício previdenciário em sua totalidade quando, por força da sentença proferida no processo de adoção, somente 50% (cinquenta por cento) lhe seria cabível.

O recebimento da integralidade do benefício pelo apelante, nestas condições, gera enriquecimento sem causa, sendo imposto o dever de restituição não apenas na hipótese de inexistência de causa jurídica, como também no caso em causa passou a não mais subsistir, como ocorrido na espécie.

Tal conclusão está expressamente disposta no art. 885 do Código Civil, ora reproduzido: "Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir".

> Portanto, ausente supedâneo jurídico para ao colhimento da pretensão recursal quanto a este ponto, devendo-se manter a sentença no que tange ao reconhecimento do direito do apelado a 50% (cinquenta por cento) da pensão por morte de sua adotante

Vê-se, pois, que, para o eminente Relator - acompanhado pelo não menos eminente 1º Vogal - o autor faz jus ao recebimento de metade da pensão previdenciária por morte da Sr.ª D.M.C.B.L. desde o falecimento dela, uma vez que a condição de filho, reconhecida por sentença de adoção póstuma, retroagiu à data do óbito, por força do art. 42, § 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim redigido:

> Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.
>
> [...]
>
> § 7° A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6° do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Ocorre que a norma contida no parágrafo em referência, apesar de conferir efeito retroativo à adoção póstuma - na qual o pedido apenas é acolhido após a morte do adotante - não pode ser interpretada de forma dissociada do *caput* do mesmo dispositivo legal, a estabelecer expressamente que a sentença, no processo de adoção, é constitutiva do vínculo de filiação.

Ora, como sabido, os provimentos jurisdicionais de natureza constitutiva são aqueles pelos quais o juiz cria uma situação jurídica nova para as partes, inovando na relação antes havida entre elas.

Nessas circunstâncias, a retroatividade dos efeitos da sentença constitutiva da adoção, prevista no § 7º do art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente, diz respeito, tão somente, à possibilidade de aquisição, pelo adotado, de direitos cuja titularidade depende da condição de filho do de cujus no momento do falecimento.

O objetivo do legislador, nesse tema, foi evitar tratamento diferenciado entre filhos, pois, caso inexistisse essa previsão, aquele que venha a obter sentença constitutiva da adoção após a morte do adotante não seria considerado herdeiro ou dependente, para quaisquer fins de direito.

O que retroage, portanto, é o reconhecimento da condição de filho, não sendo possível se reconhecer, contudo, a aquisição retroativa de direitos específicos decorrentes desse estado familiar do indivíduo, sobretudo em prejuízo de terceiros de boa-fé.

Em outras palavras, a efetiva aquisição de direitos decorrentes da condição de filho somente pode ocorrer a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, para o futuro (*ex nunc*) sem influenciar em atos regularmente praticados e situações jurídicas já consolidadas.

Assim, por exemplo, não há dúvidas de que o filho adotado de forma póstuma ostenta a condição de herdeiro, mas não pode pretender anular os atos já regularmente praticados, antes da sentença

constitutiva da adoção, no processo de inventário dos bens do adotante, nem mesmo buscar reaver bens do espólio já alienados a terceiros de boa-fé.

É o que estabelece, de forma expressa, o art. 1.827, parágrafo único, do Código Civil, assim redigido:

> Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.
>
> Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.

Partindo-se da mesma lógica, conclui-se que o filho adotado nessas circunstâncias também não pode, com base no art. 47, § 7º, do ECA, pretender o recebimento retroativo de valores relativos a benefício previdenciário de pensão por morte, que apenas lhe será devido a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção.

A diferença é sutil, mas relevante: o efeito retroativo da sentença constitutiva da adoção é justamente o que permite que o adotado seja considerado dependente para fins previdenciários, mas o direito ao recebimento do benefício de pensão por morte apenas surge quando definitivamente constituído o vínculo de filiação, pelo trânsito em julgado daquela sentença.

Em tais circunstâncias, caberia ao autor, para receber parte do valor da pensão por morte antes da constituição definitiva do vínculo de filiação adotiva, pleitear, nos autos do processo de adoção, tutela provisória de urgência visando à antecipação dos efeitos da decisão final, o que não fez.

Também não há falar-se, a meu aviso, em enriquecimento sem causa por parte do réu, ora apelante, pois ele tinha causa jurídica para receber a integralidade dos valores do benefício de pensão por morte no período indicado na inicial, qual seja, a condição de único beneficiário da falecida, regularmente habilitado, à época, perante o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg.

Essa situação jurídica não foi - e nem poderia ser - modificada pela sentença que, posteriormente, constituiu a adoção póstuma do autor pela Sr.ª D.M.C.B.L.

Registre-se, por relevante, que o suposto enriquecimento ilícito do réu sequer foi declinado, na peça de ingresso, como causa de pedir do direito invocado pelo autor, que fundamentou sua pretensão exclusivamente em dispositivos da Lei Complementar Estadual nº 64/2002, que regulamenta o regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais.

Além disso, não se pode afirmar que a conduta do réu, no sentido de requerer e receber a integralidade do benefício previdenciário anteriormente à sentença de adoção, revele comportamento contrário à boa-fé objetiva.

Pelo contrário, agiu ele com base em previsão legal expressa constante dos artigos 20 e 22 da Lei Complementar Estadual de nº 64/2002, a estabelecerem que, inexistindo, na data do óbito, filhos

na condição de dependentes do segurado, a pensão por morte será devida, por inteiro, ao cônjuge sobrevivente.

Essa conduta, ademais, encontra fundamento na própria posição do Ipsemg - cujos atos gozam de presunção de legitimidade, por se tratar de autarquia estadual - que, como reconhecido na inicial, apenas admitiu a inscrição e habilitação do adotado como dependente da segurada após proferida a sentença constitutiva do vínculo de filiação adotiva.

O eminente Relator, inclusive, reconhece, em seu judicioso voto, que "Não houve qualquer equívoco do ente estatal ao conceder o benefício previdenciário ao apelante".

Ora, se a referida autarquia não tinha obrigação de pagar parte do benefício ao autor - porque, repita-se, ele ainda não ostentava a condição de beneficiário da Sr.ª D.M.C.B.L. - também não existia, para o réu, o dever de repassar parte dos valores recebidos.

Se, por argumento, reconhecer-se que foi incorreta a negativa de inclusão do autor como beneficiário da segurada antes da sentença de adoção, a pretensão de recebimento de metade do valor do benefício de pensão por morte deveria ser dirigida contra o Ipsemg, responsável pelos pagamentos, e não àquele que, de boa-fé, recebeu valores de natureza alimentar.

Por tais fundamentos, e com renovada vênia aos eminentes Relator e 1º Vogal, deles divirjo, em seus judiciosos votos, e o faço para dar provimento ao recurso, de modo a, reformando a respeitável sentença recorrida, julgar improcedente o pedido inicial, impondo ao autor, ora apelado, a responsabilidade pelas custas processuais, inclusive as recursais, e honorários advocatícios - estes que fixo, com base no art. 85, § 2º, do CPC, em 12% (doze por cento) sobre o valor da causa - ficando suspensa, todavia, a exigibilidade dessas verbas, por litigar ele sob o pálio da gratuidade judiciária, concedida em 1º grau.

É como voto.

DES. AMORIM SIQUEIRA - Após detida análise de todos os elementos coligidos aos autos, peço vênia ao il. Des. Relator para acompanhar na íntegra o voto prolatado pelo em. Des. 2º Vogal, porquanto tal posição coaduna com o meu entendimento.

DES. FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA (Juiz de Direito convocado) - Peço vênia ao ilustre Desembargador Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo eminente 2º Vogal, por entender que caberia ao adotado buscar tutela preventiva de seu direito pleiteando a concessão do benefício previdenciário, de modo a resguardar seu direito caso procedente a adoção.

É como voto.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O RELATOR E O 1º VOGAL.

Apelação cível - Ação declaratória - IPTU - Município de machado - Alíquota diferenciada para não edificados - Possibilidade - Inércia do fisco municipal em anos anteriores - Correção posterior da cobrança - Possibilidade - Princípio da legalidade e poder de polícia - Recuperação da arrecadação feita a menor - Multa do art. 334 do CPC por ausência em audiência de conciliação - Manifestação de ambas as partes de desinteresse - Matéria tributária que, a princípio, não comporta transação - Multa indevida - Recurso provido - Sentença reformada para julgar improcedente o pedido.

- A CF permite aos municípios fixar alíquotas diferenciadas pelo fato de o imóvel estar ou não edificado, sendo absolutamente desnecessária a edição de lei federal para que se estabeleça a diferenciação de alíquotas entre eles, mesmo porque não se trata no caso de progressividade no tempo. A alíquota é uma só: 2% (dois por cento) sobre o valor do imóvel não edificado.

- O art. 187, § 1º, do Código Tributário do Município de Machado/MG (Lei Complementar nº 75, de 11 de novembro de 2011, com a redação dada pela LC nº 112 de 30 de setembro de 2013), previa a progressividade extrafiscal do IPTU em terrenos baldios, com o estabelecimento do incremento anual de 0,5% (cinco décimos por cento) nas alíquotas, até o limite de 5% (cinco por cento).

- Não obstante, sobreveio a Lei Complementar Municipal nº 171, de 11 de novembro de 2018, alterando a redação do § 1º do art., para limitar em 4% (quatro por cento) a alíquota máxima do IPTU diferenciado.

- Constada a omissão da aplicação dessas regras nos anos de 2014 a 2017, quando o Fisco Municipal já podia aplicar a alíquota diferencial, visto que cumprido o período da anterioridade anual, é possível que a situação seja corrigida para se recuperar a arrecadação inferior. Nessa hipótese deve-se observar as regras de limitação inseridas no art. 7º, § 1º, do Estatuto da Cidade, como aqui ocorreu.

- Vale destacar que as alterações da base de cálculo do IPTU não estão sujeitas ao princípio da anterioridade nonagesimal (noventena), por expressa previsão do art. 150, § 1º, da CF.

- Sobre a majoração extrafiscal do imposto é descabida qualquer alegação de surpresa pelo contribuinte, já que a alíquotas diferenciais eram calculáveis desde a promulgação da norma (LC nº 112/2013). A lei posterior (LC nº 171/2018), como se adiantou, apenas reduziu o limite da alíquota para 4% (quatro por cento), beneficiando os contribuintes.

- Considerando a manifestação de desinteresse na realização da audiência de conciliação por ambas as partes e o fato de a matéria tratada nos autos (tributário), a princípio, não comportar transação, é descabida a condenação do município por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 334 do CPC).

- Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.119323-4/003 - Comarca de Machado - Apelante: Município de Machado - Apelado: Caixeta Empreendimentos Imobiliários Ltda. - ME - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Wander Marotta* - Relator.

Voto

DES. WANDER MAROTTA - Examina-se apelação, interposta pelo Município de Machado contra a r. sentença (f. 509/511), que, nos autos de ação declaratória de inexistência parcial de débito fiscal ajuizada por Caixeta Empreendimentos Imobiliários Ltda. - ME, julgou procedente o pedido inicial para determinar a observância da limitação da progressividade das alíquotas do IPTU em 0,5% (cinco décimos por cento) ao ano, com aplicação de forma crescente ano a ano, até o limite legal, a partir da data de início de aplicação da alíquota progressiva, no caso, o ano de 2018, declarando indevidos os valores que excedam a essa limitação pelo período abrangido por esta ação.

Sustenta que o lançamento de IPTU deve ser feito com estrita observância da legislação municipal, assinalando que a Lei Complementar Municipal nº 75, de 11 de novembro de 2011, que institui o Código Tributário do Município de Machado, com as alterações da Lei Complementar Municipal nº 112, de 30 de setembro de 2013, determinou a aplicação da alíquota progressiva para o IPTU.

Afirma que da sentença, bem como dos fatos narrados pelo apelado, verifica-se ser correto o valor cobrado, visto que se trata de imóvel não edificado e o momento da aplicação da alíquota progressiva. Ademais, acentua que a alíquota progressiva para o IPTU tem previsão constitucional e está prevista na legislação municipal, como consta no memorando emitido pela Secretaria Municipal de Fazenda; e que a alíquota prevista para o exercício de 2018 foi fixada em 3,5% (três e meio por cento), com o que o apelante não podia deixar de aplicar a alíquota determinada pela legislação municipal.

Defende que, ao contrário do que foi consignado na r. sentença, a alíquota do IPTU está em perfeita consonância com a legislação municipal; e que não existe direito se o IPTU foi cobrado em valor correto, com a alíquota aplicável de acordo com a lei municipal.

Assevera que a sentença deixou de analisar a questão de acordo com o prazo de decadência aplicável aos tributos, não existindo qualquer ilegalidade no lançamento do IPTU incidente sobre o imóvel de propriedade da apelada.

Quanto à condenação da multa prevista no art. 334, § 8º, do CPC, por ausência injustificada na audiência de conciliação, informa que, além de ter manifestado desinteresse na realização da aludida audiência, a matéria tributária não admite autocomposição, pelo que não se há de cogitar de condenação nesse caso.

Por fim, pelo princípio da eventualidade, afirma que a condenação nos ônus da sucumbência deve ser invertida. Requer a reforma da sentença para, "reformando-se, em parte, a decisão recorrida para o fim de ser julgada improcedente a ação proposta, com a condenação dos autores nos ônus da sucumbência e demais consectários legais cabíveis". Requereu, ainda, a exclusão dos Advogados: Renê Gomes de Oliveira, OAB/MG nº 169.978, Natália Aparecida Batista de Carvalho Dias, OAB/MG nº 180.005 e Juliana Ferreira de Oliveira, OAB/MG nº 119.992; e, ainda, a inclusão do Procurador-Geral do Município, Elisandro Kennedy Alkmin, inscrito na OAB/MG nº 57.505, e dos advogados Bruno Soares Reis, inscrito na OAB/MG sob o nº 139.043 e Pedro Otávio Silvestre Caproni, inscrito na OAB/MG sob o nº 202.820 (f. 517/526), o que, desde já, defiro.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 536/544).

É o relatório.

Admissibilidade.

Conheço do recurso porque presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Mérito.

Cuida-se, na origem, de ação declaratória de inexistência parcial de débitos ajuizada por Caixeta Empreendimentos Imobiliários Ltda. - ME - contra o Município de Machado, estando os pedidos assim explicitados:

> a) Seja citado o Município de Machado/MG, por meio de seu ilustre representante para, querendo, contestar esta ação, sob pena de sofrer os efeitos da revelia;
>
> b) Seja dada TOTAL PROCEDÊNCIA à presente ação para reconhecer a irregularidade da cobrança do IPTU nos valores impostos pelo réu, reduzindo o valor dos tributos para a monta de R$42.850,06 (quarenta e dois mil oitocentos e cinquenta reais e seis centavos);
>
> c) Seja determinada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151, II, do CTN, mediante comprovação do depósito judicial do montante integral cobrado pela ré na data da sua efetivação.
>
> d) A condenação do réu no pagamento das custas e honorários de sucumbência no valor correspondente à 20% (vinte por cento) do valor da causa.
>
> Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial, a prova do-

> cumental anexada aos autos; juntada de novos documentos; provas periciais, se necessário for; oitiva de testemunhas; e, depoimento pessoal de representante legal do réu (f. 2/13).

A r. sentença recorrida assim decidiu:

> [...] Ante o exposto, julgo procedente a pretensão da parte autora, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, para determinar a observância da limitação da progressividade das alíquotas do IPTU em 0,5% (cinco décimos por cento) ao ano, com aplicação de forma crescente ano a ano até o limite legal a partir da data de início de aplicação da alíquota progressiva, no caso, o ano de 2018, declarando indevidos os valores que excedem a tal limitação pelo período abrangido por esta ação.
>
> Condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, os quais arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, devidamente atualizado, além da multa prevista no art. 334, § 8º, do CPC, no montante correspondente a 2% (dois por cento) do valor atribuído à causa atualizado.
>
> Defiro a tutela de urgência para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário relativo aos IPTUs impugnados, conforme fundamentação supra. Sem condenação em custas por se tratar de pessoa jurídica de direito público.
>
> Dispensado reexame necessário, considerado o proveito econômico advindo da ação.

Pois bem.

O art. 187, § 1º, do Código Tributário do Município de Machado/MG (Lei Complementar nº 75, de 11 de novembro de 2011, com a redação dada pela LC nº 112 de 30 de setembro de 2013), previa a progressividade extrafiscal do IPTU em terrenos baldios, com o estabelecimento do incremento anual de 0,5% (cinco décimos por cento) nas alíquotas, o que se faria até o limite de 5% (cinco por cento):

> Art. 187. O imposto predial e territorial urbano será cobrado sobre o valor venal do imóvel, de acordo com as seguintes alíquotas específicas:
>
> I - Imóvel edificado 1% (um por cento) do valor venal da edificação e do terreno;
>
> II - Imóvel não edificado, 3% (três por cento) do valor venal;
>
> § 1º. Nos casos de terrenos baldios, a alíquota do IPTU será progressiva, sofrendo um incremento anual constante de 0,5% (cinco décimos por cento) até o limite de 5,0% (cinco por cento)
>
> § 2º. A mesma regra do parágrafo anterior aplica-se aos loteamentos já existentes, aplicando-se aos loteamentos novos a partir do terceiro exercício após a aprovação dos mesmos.

Não obstante, sobreveio a Lei Complementar Municipal nº 171, de 11 de novembro de 2018, alterando a redação do § 1º desse artigo para limitar em 4% (quatro por cento) a alíquota do IPTU:

> Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a alteração na Lei Complementar nº 75, de 11 de novembro de 2011.
>
> Art. 2º - O parágrafo 1º do art. 187 da Lei Complementar nº 75, de 11 de novembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

> "Art. 187 [...];
>
> I - [...];
>
> II - [...];
>
> §1º - A alíquota do IPTU a ser cobrada sobre os terrenos não edificados será progressiva, sofrendo um aumento correspondente a 0,5 % (cinco décimos por cento) ao ano, até o limite de 4% (quatro por cento)".
>
> Art. 3º - Revogadas as disposições em contrário, esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Da leitura do texto legal vê-se, na realidade, que não está o município a aplicar alíquotas progressivas sobre o imóvel da embargante, mas sim uma alíquota diferenciada, que leva em consideração a função social da propriedade. E a instituição de alíquota diferenciada para imóveis não edificados, ou edificados, mas utilizados para fins residenciais ou comerciais, não é inconstitucional, pois leva em conta a função social da propriedade. A instituição dessa alíquota condiciona-se ao uso do imóvel, e possibilita ao Município, na verdade, estimular uma área e/ou desestimular outra, relativamente a algum uso, preservação ou conservação imobiliária, desde que obedeça à sua política urbana.

A diferenciação das alíquotas não se confunde com a progressividade, mormente quando ocorre não em razão do valor venal do imóvel, mas em função de um critério objetivo: a sua edificação ou não. Além disso, a diferenciação não enfoca os proprietários, inexistindo, por isso, qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na cobrança do imposto.

Nos termos do § 1º do art. 145 da Constituição Federal:

> Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.

À sua vez, dispõe o art. 156:

> Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
>
> I - imposto predial e territorial urbano; [...]
>
> § 2º - sem prejuízo da progressividade no tempo, a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:
>
> I - ser progressivo em razão do valor do imóvel;
>
> II- ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.

O IPTU é um imposto de natureza real, e não pessoal, razão pela qual é vedada a sua progressividade fiscal em razão da capacidade contributiva do sujeito passivo; admite-se apenas a progressi-

vidade extrafiscal, conforme previsto nos parágrafos da supracitada regra constitucional, a fim de assegurar à propriedade a sua função social.

Os arts. 156 e 182 da Constituição Federal restringem o caráter progressivo do IPTU à garantia do cumprimento da função social da propriedade, sendo inadmissível a progressividade com base na capacidade contributiva. Mas a lei não veda que sejam estipuladas alíquotas diferenciadas em razão do uso do imóvel, e, por isso, o Município pode estabelecer uma alíquota fixa a incidir sobre o valor venal de imóveis edificados, além de outra sobre o valor dos imóveis não edificados (CF 156, § 2º, II).

Leciona Sacha Calmon Navarro Coelho:

> A progressividade do IPTU, em tese, não esbarra no princípio do não confisco, que lhe é inoponível, desde que esteja sendo corretamente aplicada. Fora daí aproposita-se o controle jurisdicional.
>
> O art. 156, § 1º é taxativo ao dizer que à lei municipal cabe determinar a progressividade do imposto. A disposição é sábia porque cada município apresenta problemas específicos que exigem a adequação da propriedade imóvel urbana aos reclamos do progresso e do bem estar dos munícipes, mormente quanto o direito de proprietário anda a obstar ou a dificultar o ordenamento urbano, descumprindo, assim, a sua função social (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 355).

No mesmo sentido vem a lição de Ricardo Alexandre ao discorrer sobre a diferença entre a progressividade extrafiscal e a progressividade fiscal em razão do valor do imóvel:

> Segundo o art. 182, § 4º, da CF/1988, é facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento.
>
> No caso de o particular não atender à exigência do Poder Público, o próprio dispositivo prevê um conjunto de providências sucessivas. A segunda delas, logo após o parcelamento ou edificação compulsórios, é a adoção do IPTU progressivo no tempo.
>
> A previsão já constava do texto originário da Constituição Federal de 1988, não decorrendo de emenda. Sua legitimidade, no atual ordenamento jurídico-constitucional, remonta à promulgação da Carta Magna. Além desse, aspecto, a progressividade ora analisada é diferente daquela estudada no item 13.3.1.1 pelos seguintes motivos:
>
> a) Tem objetivo extrafiscal, pois o escopo da regra é estimular o cumprimento da função social da propriedade por meio de um agravamento da carga tributária. Suportada pelo proprietário do solo urbano que não promove seu adequado aproveitamento;
>
> b) O parâmetro para a progressividade não é o valor do imóvel, mas, sim, o passar do tempo sem o adequado aproveitamento do solo urbano. Logo, na progressividade fiscal prevista no art. 156, § 1º, I, da CF/1988, quanto mais valioso o imóvel, maior a alíquota incidente. Já a progressividade extrafiscal, prevista no art. 182, § 4º, da CF/1988, quanto mais tempo mantida a situação agressiva à finalidade social da propriedade, maior será a alíquota aplicável no lançamento do IPTU (ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário*. 11º ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 743-744).

E continua o autor, explanando acerca dos limites aplicáveis à progressividade extrafiscal do IPTU:

> A hipótese se encontra regulamentada pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), que prevê como consequência do descumprimento das condições e prazos para o parcelamento, a edificação ou utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado a aplicação do IPTU progressivo no tempo pelo prazo de cinco anos consecutivos (art. 7º)
>
> A lei municipal específica determinará a alíquota do IPTU aplicável a cada ano, obedecendo à restrição de que a mesma não exceda duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de 15% (§ 1º do art. 7º do Estatuto da Cidade). A limitação tem por objetivo garantir que a progressividade não venha gerar efeito confiscatório, o que é constitucionalmente vedada (CF, art. 150, IV).
>
> Para garantir o objetivo constitucional não seja prejudicado pela concessão de benefícios fiscais, o § 3º do dispositivo legal veda a concessão de isenções e anistias relativas à tributação progressiva do objeto de estudo (*Ibid.*).

Portanto, a carta constitucional permite aos municípios fixar alíquotas diferenciadas pelo fato de o imóvel estar ou não edificado, sendo absolutamente desnecessária a edição de lei federal para discipliná-las, mesmo porque não se trata de hipótese de progressividade. A alíquota é só uma: 2% (dois por cento) sobre o valor do imóvel não edificado.

Em resumo, o município pode estabelecer as alíquotas tal como fez em seu Código Tributário Municipal, estando a previsão contida no art. 156, inciso I, e no art. 182, § 4º, da CF.

Nesse sentido já decidiu o STF:

> IPTU. Alíquotas progressivas. Inconstitucionalidade. Entendimento firmado pelo Plenário do STF no sentido de que a única hipótese constitucional de progressividade das alíquotas do IPTU é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Agravo regimental improvido (AI nº 189824 AgR. Rel. Ilmar Galvão, 1ª Turma, j. em 01.04.1997, DJ de 23.05.1997, Pp-21733 Ementa Vol-01870-04 PP-00742).
>
> Agravo regimental no recurso extraordinário. IPTU. Progressividade extrafiscal. Art. 182, § 4º, II, da constituição do brasil. - A cobrança do IPTU progressivo para fins extrafiscais, hipótese prevista no art. 182, § 4º, inciso II, da CB/88, somente se tornou possível a partir da edição da Lei nº 10.257/01 [Estatuto da Cidade]. Agravo regimental a que se nega provimento (RE nº 338589 AgR. Rel. Eros Grau, 2ª Turma, j. em 24.06.2008, *DJe* de 14.08.2008, p. em 15.08.2008, Ementa Vol-02328-04 PP-00819).

Posto isso, cabe analisar a alegação da autora no sentido de que houve uma aplicação desordenada da administração pública do Município de Machado quanto à progressividade da alíquota de 0,5% (cinco décimos por cento) ao ano, de forma cumulada no ano de 2019, haja vista a omissão do incremento da carga tributária nos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017.

Contudo, a prática questionada não fere os princípios da segurança jurídica, da não surpresa e da irretroatividade da lei tributária, nem desrespeita a progressividade extrafiscal do tributo, como se alega.

Vale destacar que após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, o IPTU ficou sujeito ao princípio da anterioridade nonagesimal (noventena). Todavia, as alterações da base de cálculo do referido tributo não estão sujeitas ao princípio, por expressa previsão do art. 150, § 1º, da CF.

A propósito, confira-se a lição de Leandro Paulsen:

> De qualquer modo, não há dúvida, à luz do texto constitucional, com a nova redação dada pela EC 42/03, que tais tabelas podem ser fixadas ao final do ano para repercutirem já no IPVA ou IPTU do ano subsequente, ainda que as respectivas leis instituidoras, ao definirem o aspecto temporal, digam da ocorrência do fato gerador já em 1º de janeiro (PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2008. p. 267).

Noutro norte, as alterações da base de cálculo do imposto submetem-se à limitação da anterioridade anual, de modo que somente pode ser observada a partir do dia 1º (primeiro) de janeiro do exercício seguinte, desde que a Lei que a tenha estabelecido seja publicada até o dia 31 de dezembro do ano anterior ao de sua cobrança.

A propósito, o entendimento acima encontra-se de acordo com a jurisprudência da Corte Suprema:

> Decisão: O recurso extraordinário a que se refere o presente agravo foi interposto contra acórdão que, proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, está assim ementado: "Apelação. Ação Anulatória de Lançamento Fiscal em decorrência do aumento da base de cálculo julgada improcedente. IPTU de 2013. Recurso dos autores. Pretensão à reforma. Impossibilidade. Princípios da legalidade e da publicidade. Observância. Lei Complementar Municipal nº 2.572/2012 publicada no Diário Oficial do Município em 28.12.2012, que respalda a majoração do valor da base de cálculo do imposto. Princípio da anterioridade nonagesimal. Inaplicabilidade. Exceção à regra. Art. 150, § 1º, da CF. Valor venal. Precedente jurisprudencial no sentido de que o aumento significativo do valor venal dos imóveis não implica, de forma automática, na caracterização de confisco, bem como de violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e capacidade contributiva. Ausência de prova do confisco. Notificação do lançamento. Regularidade. Recurso ao qual se nega provimento.

A parte ora agravante, ao deduzir o apelo extremo em questão, sustentou que o Tribunal *a quo* teria transgredido preceitos.

Assim, a toda evidência, não houve, no caso, desrespeito à anterioridade anual.

É certo que o Município de Machado deveria ter aplicado a majoração de 0,5% (cinco décimos por cento) às alíquotas de IPTUs devidos pela recorrida, dada a não utilização dos imóveis tributados, a partir do ano de 2014, haja vista que a lei municipal instituidora da alíquota diferencial foi publicada em 2013 (LC nº 112/13, alterada posteriormente pela LC nº 171/18). Mas sobre esse fato é de afastar-se qualquer surpresa a ser alegada pela contribuinte, já que as alíquotas diferenciais eram calculáveis desde a promulgação das normas.

Não obstante, o fisco municipal permaneceu cobrando as alíquotas no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor venal dos imóveis da autora nos anos de 2014 a 2017, em nítida desconformi-

dade com o princípio da legalidade. Por isso mesmo, a correção da situação irregular, que ocasionou a correta majoração das alíquotas para o percentual máximo de 4% (quatro por cento) (LC nº 171, de 11 de novembro de 2018) em 2019, que não pode ser considerado abusivo ou ilegal.

Ademais, ressalta-se que a comparação de valores das alíquotas de IPTU de um exercício para o outro, por si só, não configura ofensa à capacidade contributiva, tampouco gera o efeito confiscatório apontado pelo apelante. No caso, como visto, a majoração das alíquotas ao percentual máximo definido na legislação local ocorreu para a regularização da situação de arrecadação inferior, em caráter de progressividade extrafiscal. Dessa forma, não se vislumbra, de fato, o efeito confiscatório.

Por fim, assevera-se que o valor da alíquota cobrada no ano de 2019 (4% - quatro por cento), se comparada às alíquotas cobradas no exercício de 2018 (3,5% - três unidades e cinco décimos por cento) e de 2017 (2% - dois por cento) não desrespeitou o limite previsto no art. 7º, § 1º, da Lei Nacional nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), nos termos do qual:

> Art. 7º Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos na forma do caput do art. 5o desta Lei, ou não sendo cumpridas as etapas previstas no § 5º do art. 5º desta Lei, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos.
>
> § 1º O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica a que se refere o caput do art. 5º desta Lei e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento.

Assim não há, sob todos os ângulos, qualquer irregularidade na atuação fiscal do Município de Machado a ensejar a procedência do pedido inicial.

Sobre a ausência na audiência de conciliação, o art. 334 do CPC assim dispõe:

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.
>
> § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.
>
> § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.
>
> § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.
>
> § 4º A audiência não será realizada:
>
> I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.
>
> § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.
>
> § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

> § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.
>
> § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.
>
> § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.
>
> § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.
>
> § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.
>
> § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Na hipótese, foi designada audiência de conciliação para o dia 30.10.2019, às 14h40min (f. 204/205). A autora, em 09.10.2019, manifestou desinteresse na realização da referida ausência (f. 206).

O pedido de dispensa da audiência foi indeferido em 17.10.2019, eis que o art. 334, § 4º, I, do CPC, dispõe que a audiência de conciliação somente não será realizada se ambas as partes manifestarem o seu desinteresse (f. 208). O Município, em 23.10.2019, requereu o cancelamento da referida audiência de conciliação, pois, no caso concreto, não seria permitida a autocomposição, em atenção ao interesse público e sua indisponibilidade (inciso II do § 4º do art. 334 do CPC) - (f. 211).

A audiência foi realizada em 30.10.2019, assinalando-se que somente a autora compareceu (f. 216).

Como se viu, embora o município tenha manifestado desinteresse na realização da audiência de conciliação de forma intempestiva, uma vez que a audiência foi designada para o dia 30.10.2019 e a parte requereu o seu cancelamento no dia 23.10.2019, menos de dez dias antes do ato, penso que a manifestação deve ser considerada, especialmente porque a matéria tratada nos autos (incidência de tributos), a princípio, não comporta transação. Sendo assim, considerando que ambas as partes manifestaram desinteresse na realização da aludida audiência, não se há de cogitar da condenação do município por ato atentatório à dignidade da justiça.

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido inicial, declarando, ainda, ser indevida a multa prevista no art. 334, § 8º, do CPC.

Majoro os honorários advocatícios, em favor do apelante, para o percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor da causa (R$58.443,84 - cinquenta e oito mil quatrocentos e quarenta e três reais e oitenta e quatro centavos) atualizado, em virtude do trabalho adicional em sede recursal (art. 85, § 11, do CPC).

Custas pela apelada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARLOS LEVENHAGEN E ÁUREA BRASIL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Cível - Embargos à execução - Taxas condominiais - Associação de moradores - Anuência do proprietário - Cláusula expressa extraída do contrato de compra e venda - Ausência de nulidade - Motivação *per relationem* - Técnica de fundamentação admitida pelo STF e pelo STJ.

- Conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1439163/SP, "as taxas de manutenção criadas por associações de moradores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram".

- Existindo cláusula expressa no contrato de compra e venda que prevê a anuência do promissário comprador à associação criada para administrar o loteamento, este último não pode se furtar de cumprir com a obrigação atinente ao pagamento dos custos com a manutenção das áreas comuns, uma vez que dela se beneficia.

- Consoante pacificada jurisprudência dos Tribunais Superiores, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (*per relationem*).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.19.150313-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Shirley de Oliveira Almeida - Apelado: Associação dos Moradores do Granjeamento Rural Colorado Amgraco. 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 A PRELIMINAR DE ILEGITMIDADE PASSIVA E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 12 de fevereiro de 2020. - *Mônica Libânio Rocha Bretas* - Relatora.

Voto

DESA. MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Shirley de Oliveira Almeida, contra a r. sentença de ordem 16, proferida nos autos dos embargos à execução opostos em desfavor da Associação dos Moradores do Granjeamento Rural Colorado (Amgraco), em que o MM. Juiz de Direito, Sérgio Murilo Pacelli, da 8ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, decidiu a lide nos seguintes termos:

> [...] Ante o exposto, julgo improcedentes os embargos à execução manejados por Shirley de Oliveira Almeida em desfavor de Associação dos Moradores do Granjeamento Rural Colorado e, por conseguinte, determino o prosseguimento da execução em seus ulteriores termos.
>
> Condeno a parte embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo, em observância dos critérios legais, em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade de tais verbas (art. 98, § 3°, NCPC).

P.R.I.C.

Em suas razões recursais de ordem 20, a embargante, ora apelante, alega inicialmente ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação de execução.

Argumenta que

> [...] o imóvel pertencente a embargante/recorrente não faz parte da associação, nos termos da constituição da mesma, em razão de estar fora da área de atuação desta, pois está as margens da rodovia e não usufruiu de nenhum beneficio daquela, ou seja, os imóveis a embargante/recorrente nunca concordou com essa cobrança.

Sustenta que

> [...] além de o próprio estatuto de constituição da associação excluir a gleba onde se situa o imóvel da embargante/recorrente, não há nos autos qualquer prova de que tenha concordado ou usufruído de qualquer benefício da associação a recorrente, até porque como bem ressaltado está as margens da rodovia, fora da área de atuação da associação.

Defende que deve ser

> [...] extinta a execução em relação a embargante/recorrente por ilegitimidade passiva, visto que não há obrigação de efetivar qualquer pagamento de taxa condominial a embargada, por não pertencer o imóvel da embargante aos quadros da associação.

Pugna, por fim, pelo provimento do recurso e pela reforma da r. sentença, para que seus pedidos sejam julgados procedentes.

Contrarrazões à ordem 31.

É o relatório.

Conheço do recurso, vez que presentes seus requisitos de admissibilidade.

Da preliminar de ilegitimidade passiva.

No caso dos autos, afirma a parte apelante que não é legítima para figurar no polo passivo da ação de execução.

Sobre a legitimidade processual, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior ensina que:

> [...] legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão... Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito da *legitimatio ad causam* só deve ser procurado com relação ao próprio direito de ação, de sorte que "a legitimidade não pode ser senão a titularidade da ação" (*Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I. p. 57-58).

Pela teoria da asserção, à qual me filio, a verificação da legitimidade das partes é realizada *in status assertionis*, ou seja, de acordo com as assertivas deduzidas na inicial.

Com efeito, o pressuposto processual da legitimidade passiva *ad causam* deve ser analisado, abstratamente, à luz do que fora alegado pelo autor, admitindo-se, em caráter provisório, a veracidade do que fora alegado.

Posteriormente, após a instrução probatória, apura-se concretamente a pertinência das alegações da petição inicial.

Assim, se da simples leitura da inicial for possível constatar-se a existência de relação jurídica material entre as partes, está presente o pressuposto da *legitimidade ad causam*.

Na hipótese em apreço, é inconteste a legitimidade da apelante para figurar no polo passivo, sendo que a discussão relativa à sua responsabilidade ou não pelo pagamento das taxas condominiais é questão de mérito.

Destarte, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Do mérito.

Extrai-se dos autos que a apelada ajuizou execução de Título Extrajudicial em desfavor da apelante, exigindo o pagamento de taxas condominiais.

A ora apelante opôs embargos à execução, argumentando que seu imóvel não faz parte da associação, em razão de estar fora da área de atuação desta, não usufruindo de nenhum benefício.

Requer a extinção da execução, sob a alegação de que não há obrigação de efetivar qualquer pagamento de taxa condominial a embargada/apelada.

O MM. Juiz *a quo* rejeitou os embargos à execução e determinou o prosseguimento da execução.

Irresignada, a embargante interpôs o presente recurso.

Assim, o cerne da questão é verificar a possibilidade da associação, ora apelada, cobrar taxas de condomínio da apelante, por ter adquirido uma unidade no loteamento.

Confira-se os fundamentos lançados na r. sentença para justificar a improcedência dos embargos à execução:

> [...] Como cediço, os associados estão obrigados a pagar os valores correspondentes ao rateio das despesas decorrentes da conservação, limpeza e manutenção do loteamento o qual integram, sob pena de enriquecimento sem causa.
>
> Na verdade, o dever de contribuir advém do benefício que os associados recebem ao usufruírem os serviços prestados pela associação.
>
> Ademais, *mutatis mutandis*, sobre tais responsabilidades, preceitua o Código Civil:
>
> "Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.
>
> Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.
>
> [...]
>
> Art. 1.336. São deveres do condômino:
>
> I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;".
>
> No caso dos autos, restou cabalmente comprovado que a parte embargante/executada é proprietária da gleba existente no loteamento (ID: 73921128 – p. 01/06), bem como que a associação, ora embargada/credora, de fato, presta serviços em benefícios dos moradores, devendo, pois, haver a contribuição pertinente.
>
> Além disso, a questão relacionada à legitimidade da cobrança de taxas dos associados de glebas rurais já foi discutida no Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Repetitivo (tese 882), que firmou a seguinte tese: "As taxas de manutenção criadas por associação de moradores não obrigam os não associados ou os que a elas não anuíram".
>
> Nesse ponto, nota-se que no Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda de Imóvel Rural, consta em sua cláusula nona, parágrafo único, a anuência da embargante/devedora quanto a cobrança das taxas, vejamos:
>
> "O(a) comprador(a), ou seus sucessores a qualquer título, obriga-se a contribuir incondicionalmente no rateio das despesas ordinárias de manutenção, conservação, vigilância e funcionamento das coisas e/ou áreas de uso comum".
>
> Outrossim, verifico que, mesmo que o loteamento embargado não tivesse sido formalmente instituído, subsiste a responsabilidade da embargante pelo pagamento das taxas pertinentes, dada a necessidade de prover as obras necessárias de infraestrutura e de serviços de conservação, limpeza e manutenção.
>
> Ora, não se mostra justo que a embargante se beneficie dos serviços prestados e das benfeitorias realizadas no local em que possui uma propriedade sem a devida contraprestação devida.
>
> Nesse sentido, em relação à permanência da responsabilidade da embargante em situações como a ora noticiada, já se posicionou o TJMG:
>
> "Apelação. Associação de moradores. Taxa de manutenção. Condomínio/loteamento fechado. Proprietário de imóvel. Ciência prévia da obrigação pelo rateio das despesas. Aceitação/anuência. Demonstrada. - Os proprietários de lotes em um "loteamento fechado", também conhecido como "condomínio de fato"

somente poderão ser cobrados por taxas destinadas a sua manutenção se forem associados à associação comunitária que administra o local, ou se tiver concordado expressamente com essa cobrança. - É legítima a cobrança de taxas de manutenção instituída por associação de moradores e (ou) pelos administradores de um "condomínio de fato", quando o proprietário adquire o imóvel ciente da existência da associação, passando a efetuar o pagamento da referida contribuição de forma voluntária e espontânea e a utilizar dos serviços por ela disponibilizados" (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.15.015693-6/002, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 16.05.2019, p. da súmula em 28.05.2019).

Desta maneira, denoto que subsiste a responsabilidade da embargante para adimplir com as taxas cobradas na ação de execução em apenso, sendo infundada a alegada ilegitimidade passiva. [...].

Com efeito, entendo que as razões declinadas no recurso e o conjunto probatório contido nos autos são insuficientes para infirmar os fundamentos lançados na r. sentença.

Assim, valendo-me da técnica de motivação *per relationem*, adoto e ratifico os fundamentos da r. sentença para mantê-la hígida, como autoriza a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal e do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Direito processual civil e direito civil. Veiculação de imagem sem autorização. Danos morais. Indenização. Suposta afronta aos arts. 5º, IV, IX e XIV, 93, IX, e 220 da carta maior. Motivação referenciada (*per relationem*). Ausência de negativa de prestação jurisdicional. Acórdão regional em que adotados e transcritos os fundamentos da sentença lastreada no conjunto probatório. Súmula nº 279/STF. Interpretação de normas de âmbito infraconstitucional. Eventual violação reflexa não viabiliza o manejo de recurso extraordinário. Consoante pacificada jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, tem-se por cumprida a exigência constitucional da fundamentação das decisões mesmo na hipótese de o Poder Judiciário lançar mão da motivação referenciada (*per relationem*). Precedentes. Além de a pretensão da recorrente demandar reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a suposta afronta ao preceito constitucional indicado nas razões recursais dependeria da análise de legislação infraconstitucional, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, *a*, da Lei Maior. Agravo conhecido e não provido. (AI 855829 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. em 20.11.2012, Acórdão Eletrônico *DJe*-241, Divulg 07.12.2012, Public 10.12.2012).

Recurso especial. Civil. Processual civil. Doação. Nulidade. Fundamentação *per relationem*. Possibilidade. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Prescrição. Incidência da Súmula nº 283/STF. Incapacidade. Perquirição acerca da intenção do agente. Desnecessidade. Documentos. Fé pública. Presunção relativa de veracidade. Sentença de interdição. Natureza declaratória e não constitutiva. Natureza da incapacidade. Ausência de interesse prático. Recurso desprovido. - A iterativa jurisprudência desta Corte admite a fundamentação *per relationem*, pela qual o julgador se vale de motivação contida em ato judicial anterior e, especialmente, em parecer ministerial, como razões de decidir. [...] - Recurso especial conhecido em parte e não provido (REsp 1206805/PR, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 21.10.2014, *DJe* de 07.11.2014).

Confira-se, ainda, os seguintes precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 318.166/SP; REsp 660413/SP; AgRg no AREsp 210178/PR; AgRg no AREsp 296368/RS; AgRg no AREsp 114531/PR; EDcl no AREsp 202062/MG; REsp 1399997/AM; dentre outros.

Cumpre esclarecer que a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2016, não alterou o entendimento jurisprudencial acima mencionado. Pelo contrário, a interpretação sistemática do aludido diploma legal, deixa claro que essa técnica de fundamentação só não pode ser adotada em sede de agravo interno (conforme previsão expressa do artigo 1.021, § 3º, do NCPC).

Não obstante, para melhor atender às expectativas das partes, ressalto que, no presente caso, impossível dar guarida a alegação da ora apelante de que seu imóvel não faz da parte da associação, vez que a gleba 09 não foi incluída em sua composição.

Isto, porque restou expressamente consignado no Estatuto Social da "associação de Moradores do Granjeamento Rural Colorado", em seu art. 2º, §§ 3º e 4º que, *in verbis*:

Destarte, considerando que o Instrumento Particular de Compromisso de Compra e Venda, de ordem 04, foi firmado em 13.03.2006, posteriormente ao supracitado Estatuto, datado de 09.06.2005, conclui-se que a gleba 09 só não compunha a associação, visto que ainda não tinha sido vendida pela Colorado Empreendimentos LTDA.

Destarte, *in casu*, não se tem elementos probatórios suficientes para formar convicção de que as alegações trazidas pela parte apelante são verdadeiras.

Nesse contexto, a rejeição dos embargos é medida que se impõe, não se abalando pelas alegações lançadas no apelo.

Dispositivo.

Diante do exposto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva e nego provimento à apelação, mantendo incólume a r. sentença.

Custas recursais pela parte apelante, suspensa a exigibilidade, vez que litiga sob o pálio da gratuidade da justiça.

Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) do valor da causa, dos quais 10% (dez por cento) correspondem à remuneração dos trabalhos desempenhados no juízo de primeiro grau, e 2% (dois por cento) é relativo à fase recursal, observado o art. 98, §3º, do CPC.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Shirley Fenzi Bertão e Adriano de Mesquita Carneiro

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Reexame necessário e apelação cível - Ação anulatória de ato administrativo - Processo administrativo - Policial Militar - Exoneração - Duração razoável do processo - Ausência - Nulidade - Reintegração no cargo - Indenização por dano moral - Requisitos presentes - Dano material - Pagamento dos vencimentos - Ausência de contraprestação - Impossibilidade - Recurso provido em parte - Sentença reformada.

- Os aspectos de conveniência e oportunidade do ato, que integram o mérito administrativo, não se sujeitam à ingerência do Poder Judiciário, a quem compete, tão-somente, o controle da legalidade e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade, devendo as nulidades ser proclamadas com fins de inibir eventuais abusos da Administração Pública, tal como ocorre quando o processo administrativo fica por mais de dezoito anos sem apreciação.

- É passível de ressarcimento a dor moral experimentada por servidor que por mais de dezoito anos aguarda a solução de processo administrativo que culminou na sua exoneração da polícia militar, configurando omissão do Estado e infringência ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

- O dano material para ser deferido necessita ser comprovado, o que não se verifica nos autos, não sendo possível o deferimento de pagamento de vencimentos sem a devida contraprestação de serviço.

- Reformar em parte a sentença no reexame necessário e dar parcial provimento ao recurso voluntário.

AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA Nº 1.0000.20.495064-6/002 - Comarca de Montes Claros - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Fazenda Pública e Falências de Montes Claros - Apelante: Disney Dias Serafim - Apelado: Estado de Minas Gerais. Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REFORMAR EM PARTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Voto

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de ação de anulação de ato administrativo c.c. reintegração ao cargo c.c. indenização, ajuizada por Disney Dias Serafim em face do estado de Minas Gerais, alegando ser "ex-policial militar, incluído em 01.03.1994, que pertencia ao Terceiro Comando Regional da polícia militar de Minas Gerais, foi exonerado das suas funções através de Ato Administrativo publicado no Boletim Geral da PMMG n° 030 de 23.04.2002, documento incluso. Inconformado e sentindo-se injustiçado com as consequências do ato, protocolou Recurso Administrativo SIPRO n° 0006739-1120/2002-8 ao Exmo. Senhor Governador do Estado em 21 de agosto de 2002, através do qual requereu a revisão da sua exoneração pelo Comandante Geral da PMMG, em atenção ao comando legal exarado no art. 68, *caput*, e § 1º, da Lei n° 14.184/2002, sendo que "até a presente data seu requerimento administrativo, datado de 02 de Abril de 2003, não foi analisado pela Administração".

Afirmou que em "21.07.2016, o autor enfim teve acesso ao seu Recurso Administrativo SIPRO n° 0006739-1120/2002-8, que foi enviado pela Secretaria de Estado de Governo conforme protocolo 1490000021201699, ou seja, Excelência, seu expediente ficou naquele órgão arquivado de 21.08.2002 até a data mencionada de seu envio, comprovando de plano a omissão e o ato abusivo da Administração Pública", ressaltando que "deve ser declarada a ilegalidade da exclusão disciplinar do autor e a nulidade do ato administrativo por extrapolar, a Administração, de forma desarrazoada, o limite legal do procedimento previsto no art. 47 da Lei Estadual n° 14184/2002, e seja ordenada imediatamente a sua reintegração, com o consequente pagamento de toda remuneração e demais direitos no período em que ficou exonerado, por ser de direito e justiça".

Requereu a concessão de tutela de urgência "a fim de declarar logo no despacho inicial a ilegalidade e nulidade do ato administrativo, bem como a da decisão de exclusão disciplinar do autor, e determinar a sua reintegração às fileiras da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, no posto de Soldado PM, e o seu direito à percepção de todos os vencimentos e demais vantagens legais, a que faria jus, desde a sua exclusão disciplinar até o dia de sua efetiva reintegração ao cargo" e, ao final, a procedência do pedido, com a confirmação da tutela e "condenação do réu (Estado de Minas Gerais), no pagamento de indenização por danos morais e materiais ao autor, no montante não inferior a R$900.000,00 (novecentos mil reais), como forma de reparação pelos danos causados ao longo de 17 (dezessete) anos".

O pedido de tutela de urgência foi indeferido, e deferido o pedido de gratuidade de justiça, o que motivou a interposição de Agravo de Instrumento n° 1.0000.20.495064-6/001, que não foi provido por turma desta 8ª Câmara de julgamento do TJMG (documento eletrônico n° 37).

Contestação (documento eletrônico n° 20), com impugnação (documento eletrônico n° 22).

A sentença (documento eletrônico n° 29) julgou parcialmente procedente o pedido, "para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao PA movido em face do autor

Disney Dias Serafim, devendo o autor ser reintegrado ao seu cargo, condenando, ainda, o ente público ao pagamento dos vencimentos referentes ao período da exoneração deste, observada a prescrição quinquenal", sob o fundamento de que "não seria hipótese de reparação moral, haja vista o aborrecimento ser inerente ao processamento administrativo - que, como se viu, corresponde ao dever da Administração Pública".

Embargos declaratórios pelo autor (documento eletrônico nº 33), acolhidos parcialmente para fazer constar da sentença:

No caso dos autos, entendo que tem razão o embargante somente quanto à omissão apontada, eis que a referida decisão deixou de apreciar o pedido de indenização por danos materiais, motivo pelo passo à análise desta.

Quanto ao pedido de indenização por danos materiais, entendo não possuir razão o requerente.

Com efeito, o dano material é o prejuízo financeiro efetivo enfrentado pelo lesado, emergente quando se analisa o que se perdeu e cessante o que se deixou de ganhar. A indenização pelo dano patrimonial depende de prova, ônus que, *in casu*, o autor não se desincumbiu.

O requerente se limita a informar que sofreu inúmeros prejuízos ao longo de 17 (dezessete) anos que esteve excluído do quadro de policiais da PMMG, contudo, sequer especifica quais foram os prejuízos patrimoniais sofridos, tampouco produz prova neste sentido.

Logo, o pedido de indenização por danos materiais não deve ser acolhido.

Salienta-se que, nesta sentença, foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao PA movido em face do autor, bem como foi reconhecido o direito a reintegração no cargo e recebimento de todos os vencimentos após a sua exclusão.

Em relação à alegada obscuridade, entendo não ser possível a análise do direito do autor à equiparação ou adequação da patente desde a sua exclusão do quadro de policiais da PMMG, uma vez que inexiste pedido neste sentido na petição inicial e, em face do princípio da congruência, está vedada a sua apreciação.

Em face do exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração para sanar a omissão apontada e, tão somente, complementar a fundamentação da sentença, tornando-se parte integrante do *decisum* (documento eletrônico nº 40).

Inconformado, apelou o autor (documento eletrônico nº 46), aduzindo que "o dever de indenizar o apelante floresce não pelo enfrentamento natural de um PAD, mas, pela inércia, pela negligência, pela inobservância da lei e dos princípios constitucionais por parte do Estado em não apreciar e julgar seu recurso administrativo por quase duas décadas. O apelante está há quase 19 anos sem saber sua real situação", ressaltando que "na condição de ex-militar, ao regressar às fileiras da Polícia Militar, fará jus a equiparação/adequação de sua patente pelo período de sua exclusão (protocolo do recurso) até a efetiva reintegração".

Afirmou que deve ser afastada a prescrição quinquenal com o pagamento dos vencimentos por todo o tempo em que ficou afastado, pelo que requereu o provimento do recurso.

Contrarrazões (documento eletrônico nº 49).

Exurge dos autos que o autor foi excluído disciplinarmente da Corporação da Polícia Militar de Minas Gerais, em 23 de abril de 2002, constando do BGPM nº 30 (documento eletrônico nº 04):

O Comandante-Geral da Polícia Militar de Minas Gerais, no uso de sua competência prevista no inciso I do artigo 4, do RDPM, considerando a decisão do Conselho de Disciplina de Portaria nº 14/00-3ª RPM, de 06 de outubro de 2000, publicada neste BGPM, resolve:

> I - excluir disciplinarmente da Corporação o nº 114.200-9, Sd. PM Disney Dias Serafim, do 10º BPM, nos termos dos arts. 30 e 32 do Decreto nº 23.085, de 10 de outubro de 1983 (RDPM), c.c. o inciso IV do art. 146 da Lei nº 5.301, de 16 de outubro de 1969 - Estatuto do Pessoal da Polícia Militar;

No documento eletrônico nº 05, é possível verificar a existência de protocolo de processo administrativo nº 0006739.1120/2002-8 em 21 de agosto de 2002.

Por sua vez, no documento eletrônico nº 06, observa-se recurso administrativo, com número de processo 0027313-1170/2003-7, transmitido em 03 de abril de 2003, em nome de Disney Dias Serafim.

Em 11.09.2017, o autor promoveu a abertura de solicitação perante o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (documento eletrônico nº 07), com a seguinte descrição:

Solicitaria desta Secretaria o andamento do SIPRO nº 0027313-1170/2003-7, bem como notas técnicas ou parecer do referido expediente, no qual protocolei recurso administrativo dirigido ao Exmo. Sr. Governador do Estado requerendo pedido de revisão de processo administrativo.

Atenciosamente, Disney Dias Serafim obteve em 19.09.2017 a resposta do Estado de Minas Gerais:

> Prezado Disney,
>
> Em atendimento a solicitação formulada por V. Sa. encaminhamos anexo o andamento do SIPRO nº 0027313-1170/2003-7, bem como cópia do ofício OF/SEGOV/Nº466/03, datado de 14.05.2003 e anexo, encaminhado ao Procurador-Geral do Estado de Minas Gerais, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.
>
> Atenciosamente,
>
> Fernando Souza Assumpção Assessoria Jurídica.
>
> Secretaria de Estado de Governo.

Consta MEMO nº 065/CJ - AGE/06 (documento eletrônico nº 08), datado de 07 de dezembro de 2006, do seguinte teor:

Também consta protocolo nº 01490000021201699, dirigido a Secretaria de Estado de Governo, SEGOV, tendo como solicitante o requerente, datado de 05/07/2016, postulando:

> Exmo. Sr. Secretário de Governo
>
> Em 21.08.2002 protocolei recurso administrativo (SIPRO n° 0006739-1120/2002-8) dirigido ao Exmo. Sr. Governador de Estado solicitando revisão de ato demissional perpetrado pelo Comandante-Geral de Polícia Militar, alegando como fato novo a entrada em vigor da Lei n° 14310/02 do Código de Ética que reduzia o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para 02 (dois) anos se transgressão grave, sendo que a falta cometida foi em novembro a dezembro de 1999. Após solicitação junto a AGE em anexo, foi informado que o mesmo se encontra nesta Secretaria.

Diante do exposto solicitaria o acesso ao inteiro teor do referido documento.

Resposta em 21.07.2016:

> Prezado Disney, bom dia!
>
> Encaminhamos a V. Sa. os documentos localizados nos arquivos desta Secretaria, referente ao SIPRO n° 0006739-1120/2002-8.
>
> Atenciosamente,
>
> Superintendência de Planejamento, Gestão e Finanças.

Nos referidos arquivos estão tão somente o protocolo na Prodemge e a cópia do recurso administrativo formulado pelo suplicante (documento eletrônico n° 09).

Nova solicitação realizada pelo requerente em 11.09.2017 (documento eletrônico n° 10):

> Boa tarde,
>
> Exmo. Senhor Advogado Geral do Estado,
>
> Após consulta junto a SEPLAG, verifiquei a existência do SIPRO n° 0027313-1170/2003-7, relativo a requerimento de revisão de processo administrativo, no qual solicitei a anulação de punição (exoneração) imposta pelo Cmt.-Geral da Polícia Militar ao Governador do Estado de Minas Gerais.
>
> Este recurso protocolado teve como pedido a prescrição da ação punitiva do Estado tendo em vista a entrada em vigor da Lei n° 14310/2002, no qual houve a redução da prescrição da ação disciplinar e que houve pelo Poder Judiciário através do Tribunal de Justiça de Minas Gerais provimento nos Mandados de Segurança em anexo, em data de 18.09.2003 e 13.11.2003, a respeito da matéria ora citada no referido expediente.
>
> Diante do exposto, solicitaria todo o andamento deste documento na Administração com notas técnicas ou parecer relativo a tal expediente.
>
> Atenciosamente, Disney Dias Serafim.

Em sede de contestação, o Estado de Minas Gerais não nega o fato de que o recurso administrativo do autor encontra-se sem julgamento até os dias atuais, alegando, apenas, que tal situação não enseja a nulidade da punição e que o Judiciário não pode imiscuir-se em mérito administrativo.

Sobre o tema, a Lei nº 14.310/02, que dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais, estipula que:

> Art. 23 - A sanção disciplinar objetiva preservar a disciplina e tem caráter preventivo e educativo.
>
> Art. 24 - Conforme a natureza, a gradação e as circunstâncias da transgressão, serão aplicáveis as seguintes sanções disciplinares:
>
> I - advertência;
>
> II - repreensão;
>
> III - prestação de serviços de natureza preferencialmente operacional, correspondente a um turno de serviço semanal, que não exceda a oito horas;
>
> IV - suspensão, de até dez dias;
>
> V - reforma disciplinar compulsória;
>
> VI - demissão;
>
> VII - perda do posto, patente ou graduação do militar da reserva.
>
> Art. 25 - Poderão ser aplicadas, independentemente das demais sanções ou cumulativamente com elas, as seguintes medidas:
>
> I - cancelamento de matrícula, com desligamento de curso, estágio ou exame;
>
> II - destituição de cargo, função ou comissão;
>
> III - movimentação de unidade ou fração.
>
> § 1º - Quando se tratar de falta ou abandono ao serviço ou expediente, o militar perderá os vencimentos correspondentes aos dias em que se verificar a transgressão, independentemente da sanção disciplinar.
>
> § 2º - As sanções disciplinares de militares serão publicadas em boletim reservado, e o transgressor notificado pessoalmente, sendo vedada a sua divulgação ostensiva, salvo quando o conhecimento for imprescindível ao caráter educativo da coletividade, assim definido pelo CEDMU.
>
> [...]
>
> Art. 35 - No PADS, as razões escritas de defesa deverão ser apresentadas pelo acusado ou seu procurador legalmente constituído, no prazo de cinco dias úteis do final da instrução.
>
> § 1º - É assegurada a participação da defesa na instrução, por meio do requerimento da produção das provas que se fizerem necessárias, cujo deferimento ficará a critério da autoridade processante, e do arrolamento de até cinco testemunhas.
>
> § 2º - O acusado e seu defensor serão notificados, por escrito, com antecedência mínima de vinte e quatro horas de todos os atos instrutórios, sendo que, no caso de seu interrogatório, esse prazo será de quarenta e oito horas.
>
> § 3º - É permitido à defesa, no momento da qualificação, contraditar a testemunha, bem como, ao final do depoimento, formular perguntas por intermédio da autoridade processante.
>
> § 4º - Aplicam-se ao PADS, no que couber, as normas do Processo Administrativo-Disciplinar.
>
> § 5º - O prazo para conclusão do processo sumário será de vinte dias, prorrogável por mais dez dias.

Por sua vez, a Lei n° 14.184/02, que trata do processo administrativo no âmbito do Estado de Minas Gerais, estipula:

> Do Dever de Decidir
>
> Art. 46 - A Administração tem o dever de emitir decisão motivada nos processos bem como em solicitação ou reclamação em matéria de sua competência.
>
> § 1º - A motivação será clara, suficiente e coerente com os fatos e fundamentos apresentados.
>
> § 2º - Em decisões reiteradas sobre a mesma matéria, poderão ser reproduzidos os fundamentos de uma decisão, desde que não se prejudique direito ou garantia do interessado.
>
> § 3º - A motivação de decisão de órgão colegiado ou comissão, ou de decisão oral, constará em ata ou em termo escrito.
>
> Art. 47 - O processo será decidido no prazo de até sessenta dias contados da conclusão da sua instrução.
>
> Parágrafo único - O prazo a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, mediante motivação expressa.
>
> Art. 48 - Expirado sem decisão o prazo prescrito ou prorrogado nos termos do art. 47, fica a unidade administrativa responsável pelo julgamento do processo impedida de concluir os demais processos em tramitação, até que seja emitida a decisão.
>
> Parágrafo único - Se do impedimento previsto no *caput* deste artigo resultar ônus para o erário público, o servidor ou a autoridade responsável ressarcirá o Estado do prejuízo.

No caso em análise, não resta dúvida que o prazo foi extrapolado, visto que o recurso administrativo foi interposto em 2003, inexistindo até o momento prova de que foi concluído, ensejando a ilegalidade do ato por ausência de duração razoável do processo, conforme estabelece o art. 5, inciso LXXVIII, da Carta da República: "LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Neste aspecto, tem-se que deve ser aceito o pedido de nulidade do ato administrativo que cominou na exoneração do autor, tendo em vista a evidente extrapolação de prazo para finalização do procedimento administrativo, ferindo, também, o princípio da ampla defesa e contraditório, que deve ser observado em todos os processos, quiça no administrativo.

Desse teor, o entendimento jurisprudencial:

> Remessa necessária. Mandado de segurança. Meio ambiente. Requerimento de intervenção ambiental. Corte ou aproveitamento de árvores. Procedimento administrativo. Prazo de análise e conclusão. Princípio da razoável duração do processo. Direito líquido e certo. Segurança concedida. Sentença confirmada. Mandado de Segurança é o meio constitucional hábil a proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão em virtude de ato ilegal ou com abuso de poder de autoridade, exigindo-se da parte impetrante prova pré-constituída do alegado direito, independentemente de dilação probatória. Os processos judiciais, assim como os administrativos, são norteados pelo princípio da razoável duração do processo, não se podendo deixar a parte

interessada à mercê da Administração Pública, esperando por prazo indeterminado a conclusão e análise de requerimento para intervenção ambiental (TJMG - Remessa Necessária-Cv nº 1.0000.18.048923-9/001, Rel. Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª Câmara Cível, j. em 20.09.2018, p. da súmula em 02.10.2018).

Reexame necessário. Mandado de Segurança. Requerimento de emissão de documento autorizativo para intervenção ambiental (DAIA). Legitimidade passiva do Superintendente Regional de Meio Ambiente. Art. 17 da Resolução Conjunta IEF/SEMAD nº 1.905/13. Extrapolação do prazo previsto no art. 21 da Lei Estadual nº 21.972/2016 para conclusão do procedimento. Violação aos direitos fundamentais de petição e à razoável duração do processo (art. 5º, XXXIV, *a*, e LXXVIII, da CR). Poder-dever de agir. Omissão do agente público. Ilegalidade. Segurança concedida. Sentença confirmada. 1. Nos termos do art. 17 da Resolução Conjunta IEF/SEMAD nº 1.905/13, incumbe à Supram (Superintendência Regional do Meio Ambiente), autorizar, dentre outras atividades, as intervenções ambientais quando não integradas a processo de licenciamento ambiental, por meio da emissão de documento autorizativo para intervenção ambiental (DAIA), sendo esse precisamente o objeto do requerimento administrativo formulado pelo impetrante. 2. Desse modo, levando-se em conta que a emissão do referido documento autorizativo insere-se na órbita de atribuições do cargo ocupado pela autoridade coatora - Superintendente Regional de Meio Ambiente do Alto do São Francisco -, a qual, em caso de concessão da ordem, reunirá poderes para a análise do requerimento do impetrante, competindo-lhe o suprimento da omissão acoimada de ilegal, a hipótese é de rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva. 3. A conduta omissiva da autoridade coatora, consistente na ausência de análise do requerimento de intervenção ambiental formulado pelo impetrante no prazo máximo de 06 (seis) meses previsto no art. 21 da Lei Estadual nº 21.972/2016, afronta, de um lado, (i) os direitos fundamentais de petição e à duração razoável do processo administrativo (art. 5º, XXXIV, *a*, e LXXVIII, da CR) e, de outro, (ii) o mandamento de atuação administrativa, consistente no poder-dever de agir, incidente sobre os agentes públicos, sendo, portanto, passível de correção pela via do *mandamus* (Remessa Necessária-Cv Nº 1.0000.19.050211-2/001 - Comarca de Divinópolis - Autor: Ryg Empreendimentos Participações e Administração Ltda. - Réu: Estado de Minas Gerais - Interessado: Superintendente Regional do Alto do São Francisco) (TJMG - Remessa Necessária-Cv nº 1.0000.19.050211-2/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 19ª Câmara Cível, j. em 29.08.2019, p. da súmula em 04.09.2019).

Direito constitucional. Ação ordinária. Decisão da autoridade competente sobre a interposição de recurso administrativo. Demora injustificada. Princípio da duração razoável do processo. Inciso LXXVIII do art. 5º da CF/1988. Procedência do pedido. Honorários advocatícios. Sentença publicada após a vigência do NCPC. Aplicação da novel legislação processual civil. Fixação da verba honorária em percentual (10% a 20% - dez a vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa. Art. 85, § 2º, do CPC vigente. Sentença reformada, em parte, em reexame necessário. Recurso voluntário prejudicado. 1. Não há como admitir que a Autoridade Administrativa permaneça inerte, de forma injustificada, deixando de decidir sobre o recurso administrativo interposto por servidor público estadual (Policial Militar), candidato à inclusão ao Quadro de Acesso de Oficiais, com clara violação do princípio da duração razoável do processo, previsto expressamente no inciso LXXVIII do artigo 5º da CF/1988, impondo-se a determinação para que a Autoridade Administrativa profira decisão conclusiva sobre aludido recurso. 2. Os honorários advocatícios devem ser fixados com base na legislação vigente à época da publicação da sentença, que é o ato processual que estabelece a sucumbência e faz surgir o direito à percepção de tal verba. Precedência do Superior Tribunal de Justiça. 3. Publicada a sentença sob a égide do Novo Código de Processo Civil, os honorários devem ser arbitrados com fundamento nas normas insertas no art. 85 e seguintes, do referido diploma normativo. 4. Em sede de Ação Ordinária, não havendo condenação e não sendo

> possível mensurar o proveito econômico obtido, os honorários advocatícios devem ser fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa. 5. Considerando os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85 do CPC vigente, a fixação dos honorários em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, mostra-se suficiente à remuneração digna do trabalho realizado pelos advogados do autor (TJMG - Ap Cível/Rem Necessária nº 1.0024.14.191036-4/001, Rel. Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, j. em 18.05.2017, p. da súmula em 04.07.2017).

A propósito, devo registrar que entendo que os aspectos de conveniência e oportunidade do ato, que integram o mérito administrativo, não se sujeitam à ingerência do Poder Judiciário, a quem compete, tão-somente, o controle da legalidade e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade que, por isso, devem ser proclamadas com fins de inibir eventuais abusos da Administração Pública.

É a lição de Hely Lopes Meirelles:

> Ao poder judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.
>
> Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato, infenso a revisão, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo (*Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, p. 689).

Do mesmo modo, disserta José dos Santos Carvalho Filho:

> O controle judicial sobre atos da Administração é exclusivamente da 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 invalidade de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos. [...] O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdita o poder de reavaliar os critérios de conveniência e oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de poderes (art. 2º) (*Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 809).

Isto posto, tenho que não compete ao Judiciário a apreciação da ocorrência da prescrição do direito punitivo, tendo em vista que a ilegalidade na extrapolação do prazo do recurso administrativo

interposto contra a pena de exoneração enseja a anulabilidade do ato e consequente reintegração do autor ao seu cargo.

Assim, deve ser mantida a sentença, no que concerne ao direito do autor de ser reintegrado no cargo.

Todavia, quanto à alegação de que, ao regressar às fileiras da Polícia Militar, o autor fará jus a equiparação/adequação de sua patente pelo período de sua exclusão (protocolo do recurso) até a efetiva reintegração, entendo como a douta juíza singular que tal pedido não fez parte da exordial, não podendo extraí-lo do requerimento de "vantagens legais" (item a do IV - Do pedido, documento eletrônico nº 02), que tem aspecto puramente econômico, mostrando-se, por isso, necessário o pedido expresso, inclusive, com o cumprimento dos requisitos legais, que não se implementam apenas pelo decurso no tempo da carreira.

Relativamente à questão atinente à indenização por dano moral, anoto, especificamente sobre a responsabilidade civil do Estado, que estipula o § 6º do art. 37 da CR/88, que estabelece que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa", o que também vem expresso no art. 43 do CC/02, segundo o qual "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Hely Lopes Meirelles, entendendo aplicável à responsabilidade civil da Administração Pública a teoria do risco administrativo, preleciona:

> A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço, na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.
>
> Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo- lhes um ônus não suportado pelos demais (Meirelles, *op. cit.,* p. 631).

Por sua vez, esclarece Odete Medauar:

> Informada pela teoria do risco, a responsabilidade do Estado apresenta-se, hoje, na maioria dos ordenamentos, como responsabilidade objetiva. Nessa linha, não mais se invoca o dolo ou culpa do agente, o mau funcionamento ou falha da Administração. Necessário se torna existir relação de causa e efeito entre ação ou omissão administrativa e dano sofrido pela vítima. É o chamado nexo causal ou nexo de causalidade. Deixa-se de lado, para fins de ressarcimento do dano, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o

> nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir. (*Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 430).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da responsabilidade do Estado, também consigna:

> Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. [...] O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano, tanto é indenizável o dano patrimonial como o do dano moral. [...] O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa. [...] O nexo de causalidade é fator de fundamental importância para a atribuição de responsabilidade civil do Estado [...] O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos - o fato administrativo, o dano e o nexo causal (*Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 448 e p. 454).

Das lições doutrinárias, resta patente que, para a configuração da responsabilidade do Estado, necessário se faz a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade entre eles, explicitando o autor Celso Antônio Bandeira de Mello, especificamente quanto aos danos omissivos do Estado:

> Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo (*Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 943).

Por conseguinte, em se tratando de ato omissivo, necessária a comprovação de que estava a Administração obrigada a impedir o prejuízo causado a terceiro, para fins de responsabilização, não se cuidando de responsabilidade objetiva, sendo neste sentido a jurisprudência:

> Administrativo. Constitucional. Ação civil pública. Responsabilidade civil do estado. Danos morais. *Caso Malathion*. Prescrição. Nexo de causalidade. Normas técnicas de segurança. Responsabilidade solidária. Impugnação genérica. Revisão de fatos e provas. Súmula nº 7/STJ. Quantificação dos danos morais não excessiva ou irrisória. Ausência de prequestionamento. Recurso não conhecido. [...] 5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa; regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorre de expressa previsão legal, em microssistema especial. Segundo, quando as circunstâncias indicam a presença de standard ou dever de ação estatal

> mais rigoroso do que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional, precisamente a hipótese da salvaguarda da saúde pública. [...] (REsp nº 1236863/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 12.04.2011, *DJe* de 27.02.2012).

Como bem colocado pela nobre julgadora, estava o Estado obrigado no dever de agir atinente à instauração do processo administrativo, podendo, todavia, o servidor apresentar defesa e ter em seu favor, decisão, dentro do prazo razoável do processo, o que, de fato, não ocorreu.

Isto posto, no caso em análise, tem-se como omissivo o fato administrativo de o Estado de Minas Gerais de não ter apreciado o recurso administrativo, interposto pelo requerente contra a pena disciplinar de exoneração aplicada pela Polícia Militar, dentro de um prazo razoável, tendo extrapolado todos os limites temporais estabelecidos legalmente.

Dessa feita, é patente a dor moral sofrida pelo recorrente decorrente da angústia perpetrada pela espera na resolução do processo administrativo que perdura até os dias de hoje, afrontando o princípio constitucional da duração razoável do processo, que, por isso, merece ressarcimento.

Registro, neste aspecto, que o equilíbrio psíquico das pessoas foi incluído no rol dos direitos fundamentais, concluindo-se, induvidosamente, ser vedada qualquer ação que importe em lesão ou ameaça a valores protegidos como aspectos básicos da personalidade humana, sendo certo que o acentuado desconforto espiritual, a profunda mágoa, o constrangimento, o sofrimento e a tristeza resultantes de ofensa ao patrimônio moral, advindos de abalos nas relações sociais e públicas hão de ser objeto de ressarcimento por parte do ofensor.

Peço vênia para colacionar alguns julgados que corroboram o meu entendimento:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Prestação de serviços educacionais. Curso técnico. Demora não justificada para entrega do diploma. Ato ilícito. Prejuízo extrapatrimonial. - O atraso demasiado e não justificado para a entrega de Diploma caracteriza ato ilícito. - Se a norma específica não define prazo para o cumprimento do ato, impõe- se a adoção da proporcionalidade entre a prestação e a contraprestação (certificado), aplicando-se analogicamente a Lei nº 9.784/99 (art. 59, §1º), que regula o processo administrativo e aproveita a emissão dos diplomas universitários, em (30) trinta dias. - Além da assimilação de conhecimentos especializados, a obtenção do título de conclusão representa objetivo primordial do aluno, por lhe propiciar diversificados bônus, dentre os quais a maior visibilidade profissional. - 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. - 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 (TJMG - Apelação Cível nº 1.0554.15.001919-4/001, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 06.02.2020, p. da súmula em 18.02.2020).

> Apelação cível. Direito administrativo. Responsabilidade civil. Queda do padrão de energia decorrente de colisão de veículo do município. Interrupção do fornecimento de energia elétrica. Excessiva demora para a reinstalação do padrão e o consequente retorno da energia elétrica. Danos morais patenteados.

Recurso não provido. Constatado nos autos que o padrão de energia elétrica que viabilizava o acesso energético ao imóvel do autor foi desativado em razão da colisão provocada por veículo do Município de Manhumirim, e demonstrada a desarrazoada demora para solucionar o ocorrido, há de ser reconhecido o dano moral passível de indenização, eis que indevidamente cerceado por considerável lapso temporal o acesso a serviço essencial. Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0395.14.002275-1/002, Rel. Des. Corrêa Junior, 6ª Câmara Cível, j. em 12.03.2019, p. da súmula em 22.03.2019).

Apelação cível. Administrativo. Responsabilidade civil. Cemig. Fornecimento de energia elétrica. Falta. Demora na prestação do serviço. Dano moral. Omissão. Comprovação do dano. Juros e correção monetária. Débito de natureza não tributária. Entendimento STF. - A responsabilidade civil da Cemig, nos casos em que não há o fornecimento de energia elétrica, em razão de sua conduta omissiva, é de natureza subjetiva. - Nos casos de responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, impõe-se a demonstração da existência do dano indenizável, além do nexo de causalidade. - Há responsabilização da Cemig se o autor se desincumbiu do ônus de comprovar que a demora no restabelecimento do serviço de energia elétrica se deu por culpa da concessionária. - Existe a responsabilização por danos morais se há provas de que houve prejuízo real, suficiente à conformação do dano extrapatrimonial causado diretamente pela conduta da Cemig. - Para o cálculo da atualização monetária, incide o IPCA-E, a partir do arbitramento da indenização, conforme enunciado da Súmula nº 362 do STJ (TJMG - Apelação Cível nº 1.0016.16.001900-2/001, Rel. Des. Alice Birchal, 7ª Câmara Cível, j. em 16.10.2018, p. da súmula em 23.10.2018).

Direito administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Morosidade do poder judiciário. Dever de os prejuízos decorrentes da demora injustificada. Danos materiais. Ausência de nexo causal entre os prejuízos alegados e a conduta do agente estatal. Danos morais configurados. Honorários advocatícios. Direito á duração razoável do processo. - O inciso LXXVIII do art. 5º da C. Federal assegura a duração razoável do processo. - O Estado responde objetivamente pelos danos morais causados em decorrência da morosidade do Juiz monocrático em dar cumprimento à decisão deste Tribunal, que determinou a reintegração do postulante na posse do bem. - A responsabilidade objetiva do Estado não dispensa a demonstração da conduta do agente estatal, dos danos sofridos pelo administrado e da relação de causalidade entre ambos. - Inexistindo nexo causal entre os prejuízos materiais alegados e o descumprimento da decisão que determinou a reintegração do autor na posse do imóvel, resta afastada a indenização por danos materiais. - Demonstrados os danos morais sofridos pelo autor, deve ser indenizado. - Sendo a verba honorária insuficiente para remunerar o trabalho desempenhado pelo causídico, cabível a sua majoração. - Apelação principal provida em parte. - Apelação adesiva provida (TJMG - Apelação Cível nº 1.0016.13.000850- 7/001, Rel. Des. Heloisa Combat, 4ª Câmara Cível, j. em 03.07.2014, p. da súmula em 11.07.2014).

Nesse passo, no tocante à avaliação do *quantum*, esta é tarefa das mais difíceis impostas ao magistrado, uma vez que inexistem parâmetros e limites certos na legislação em vigor para esse fim.

Recomenda a jurisprudência: a indenização por dano moral é arbitrável mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa (RT 706/67).

Há que se assinalar que o ilustre Amílcar de Castro, em notável voto proferido no ano de 1943, já reconhecia a reparabilidade do dano moral, ao estabelecer que "Duas são as maneiras porque é possível obter a reparação civil: a restituição das coisas ao estado anterior e a reparação pecuniária quando o direito do mesmo seja de natureza não reintegrável. A ofensa causada por um dano moral

não é suscetível de reparação no primeiro sentido, mas o é no segundo. Com esta espécie de reparação, não se pretende refazer o patrimônio, porque não foi diminuído, mas se tem simplesmente venha dar a pessoa lesada uma satisfação, que lhe é devida pela situação dolosa que sofreu. A prestação pecuniária tem, no caso, função meramente satisfatória" (RT, v. 93'528).

Portanto, na esteira do grande jurista, tenho também que o responsável pelo dano deve repará-lo o mais amplamente possível, objetivando a reparação fazer com que o lesado, através do recebimento da indenização, seja recolocado no *status quo ante*, como se a lesão não tivesse ocorrido, não passando tal questão, à evidência, de uma concepção teórica, pois na maioria das vezes é impossível a reconstrução da realidade anterior, e não há reparação capaz de substituir o sofrimento.

Elucida Caio Mário da Silva Pereira:

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que as integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor e o sofrimento, a ser atribuída pelo juiz atento as circunstâncias de cada caso e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (*Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pág. 67).

Por conseguinte, ao que informam a doutrina e a jurisprudência, o valor a ser arbitrado, a título de dano moral, deve guardar correspondência com a gravidade objetiva da lesão e o seu efeito lesivo, ao que se acresce a verificação das condições econômicas das partes. O ressarcimento, assim, há que se dar em justa medida, de modo que não implique enriquecimento sem causa, não podendo, de outro lado, servir de estímulo para o causador do mal, devendo-se impedir a prática de ações assemelhadas.

A esse respeito, são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

> Para que se caracterize a deformidade, é preciso que haja o dano estético. A pedra de toque da deformidade é o dano estético. O que se indeniza, nesse caso, é a tristeza, o vexame, a humilhação, ou seja, o dano moral decorrente da deformidade física. Não se trata, pois, de uma terceira espécie de dano, ao lado do dano material e do dano moral, mas apenas de um aspecto deste. Há situações em que o dano estético acarreta dano patrimonial à vítima, incapacitando-o para o exercício de sua profissão (caso de atriz cinematográfica ou de TV, da modelo, da cantora que, em virtude de um acidente automobilístico, fica deformada), como ainda dano moral (tristeza e humilhação). Admite-se, nessa hipótese, a cumulação do dano patrimonial com o estético, este como aspecto do dano moral. O que não se pode admitir, porém, é a cumulação do dano estético com o moral, para evitar a caracterização de autêntico *bis in idem*. No IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil foi aprovada, por unanimidade, conclusão nesse sentido: "O dano moral e o dano estético não se cumulam, porque ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral" (RSTJ, 77:246) (*Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.821).

Dito isto, entendo que o valor dos danos morais deve ser arbitrado em R$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), que se mostra adequado, mormente em se considerando o tempo de aguardo de uma solução administrativa, causando angústia e constrangimento na vida profissional do autor.

Quanto aos consectários legais da condenação, registre-se que tal valor deverá ser corrigido pelo IPCA-E, desde a data do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ), bem como acrescidos de juros moratórios na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, desde o evento danoso, que, *in casu*, deve ser considerado 120 (cento e vinte) dias após a interposição do recurso administrativo que se deu em 23 de abril de 2002, conforme dicção do art. 47 da Lei nº 14.184/02 (Súmula nº 54 do STJ).

Por fim, relativamente ao dano material reclamado, tenho que deve ser comprovado e, *in casu*, tal prova não veio aos autos, consignando, ainda, que para que a parte faça jus aos vencimentos, mostra-se necessária a contraprestação do serviço, sem a qual não se mostra possível o pagamento.

Nesse sentido, a jurisprudência:

> Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais. Servidor público. Designação para exercício de função pública a título precário. Posterior nomeação em caráter efetivo. Vencimentos pretéritos. Dever de indenizar. Não configurado. 1 - A responsabilidade civil objetiva do Estado configura-se com os seguintes requisitos, em contemplação à teoria do risco administrativo e à repartição dos encargos sociais: a) dano; b) ação e; c) o nexo de causalidade. 2 - Inexistente direito subjetivo à nomeação do candidato quando ele foi designado para exercer o cargo para o qual foi aprovado em caráter precário, não há qualquer ato ilícito por parte da Administração Pública e tampouco dano material gerado pela sua nomeação ter se dado em momento posterior. 3 - Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não cabe a indenização de remunerações pretéritas sem a devida contraprestação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.19.021637-4/001, Rel. Des. Jair Varão, 3ª Câmara Cível, j. em 09.05.2019, p. da súmula em 10.05.2019).
>
> Apelação cível direito administrativo. Servidor público. Processo seletivo para exercício temporário da função de agente de segurança penitenciário. Contraindicação na fase de investigação social. Eliminação considerada ilegal pelo Judiciário. Indenização por danos materiais e morais. Descabimento. Recurso a que se nega provimento. 1. Enquanto ausente a investidura no cargo público, não há, para o candidato, direito a vencimentos ou vantagens, porquanto inexistente vínculo jurídico com a Administração Pública. 2. Impossibilidade de pagamento de remuneração sem a devida contraprestação, que se materializa na prestação do serviço. 3. Todos os direitos funcionais do servidor devem ter por marco inicial a sua posse no cargo público. Descabimento de indenização por danos materiais pelo período em que o prosseguimento do candidato no certame esteve sub judice. 4. Inexistência de danos morais indenizáveis. Eliminação decorrente de exercício regular do direito e do estrito cumprimento do dever legal. Ausência de nexo de causalidade entre a conduta administrativa e os alegados prejuízos imateriais. 5. Recurso a que se nega provimento (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.11.033857-2/001, Rel. Des. Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, j. em 10.01.2013, p. da súmula em 15.01.2013).

Mediante tais considerações, reformo em parte a sentença, no reexame necessário para excluir da condenação o pagamento dos vencimentos referentes ao período da exoneração e dou parcial

provimento ao recurso voluntário para condenar o Estado ao pagamento de indenização por dano moral, no importe de R$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), corrigido pelo IPCA-E, desde a data do arbitramento (Súmula nº 362 do STJ), bem como acrescidos de juros moratórios na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, desde o evento danoso, que, *in casu*, deve ser considerado 120 (cento e vinte) dias após a interposição do recurso administrativo que se deu em 23 de abril de 2002, conforme dicção do art. 47 da Lei nº 14.184/02 (Súmula nº 54 do STJ).

Em consequência, condeno o requerente ao pagamento de 70% (setenta por cento) das custas processuais e recursais, ficando o requerido responsável pelos outros 30% (trinta por cento), considerada a isenção do ente público e a gratuidade da justiça concedida ao recorrente.

Fixo os honorários em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação, já incluídos os recursais, conforme dição do art. 85, § 11, do CPC/15, que devem ser pagos pelas partes litigantes ao advogado do ex adverso na proporção de 70% (setenta por cento) pelo recorrente e 30% (trinta por cento) pelo Estado de Minas Gerais, suspendendo a exigibilidade, com relação ao requerente, na forma do art. 98, § 3, do CPC/15.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Alexandre Santiago e Ângela de Lourdes Rodrigues.

Súmula - REFORMAR EM PARTE A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Reexame necessário - Apelação cível - Violação ao disposto no art. 37, IX, da CR/88 - Efeitos jurídicos - Direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e ao levantamento dos depósitos efetuados no fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS - Encargos acessórios - Aplicação do art. 13 da Lei Federal nº 8.036/90.

- Segundo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 765320, em sede de repercussão geral, a contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal, não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19, *a*, da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

- Sobre os depósitos de FGTS incidem correção monetária com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança, a partir de quando era devido o recolhimento do FGTS, bem como juros moratórios em 3% (três por cento) ao ano, também a partir do evento danoso.

- Prescreve em cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, as ações referentes à cobrança de débitos relativos ao FGTS.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0000.20.496082-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Álvaro de Lima Sousa - Relator: DES. JAIR VARÃO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA. PREJUDICADO RECURSO.

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2021. - *Jair Varão* - Relator.

Voto

DES. JAIR VARÃO - Cuida-se de reexame necessário e recurso de apelação, interposto contra a r. sentença de Ordem 42, proferida pela MM. Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da ação de ordinária proposta por Álvaro de Lima Sousa em face do Estado de Minas Gerais, julgou nos seguintes termos:

Conclusão.

Ante o exposto, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, julgo parcialmente procedente o pedido formulado por Álvaro de Lima Souza em desfavor do Estado de Minas Gerais para:

a) declarar a nulidade dos contratos temporários sucessivos firmados entre as partes;

b) condenar o Estado de Minas Gerais ao pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS - referente aos contratos temporários sucessivos firmados com a parte autora, no período de janeiro de 2003 até a data da efetiva rescisão. Incide correção monetária desde quando devidos, de acordo com o disposto no art. 1º, *f*, da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, até 29.06.2009, após, com base na TR até 25.03.2015, a partir de quando deverá ser corrigido pelo IPCA-E, e juros moratórios com base nos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança desde a data da citação (art. 405, do Código Civil).

Diante da sucumbência recíproca, condeno a parte autora ao pagamento de 70% (setenta por cento) das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes com percentual a ser fixado na liquidação da sentença (art. 85, § 4º, II, do CPC) e em conformidade com os incisos I a V do art. 85, § 3º, do CPC/2015, suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita (CPC/2015, art. 98, § 3º), e condeno o ente público ao pagamento de 30% (trinta por cento) da verba honorária, isento de custas, conforme art. 10, inciso I, da Lei nº 14.939/2003.

Sentença sujeita ao reexame necessário por ser ilíquida (STJ, Súmula nº 490). Remetam-se os autos ao eg. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, independentemente de recurso voluntário das partes.

Recorre o Estado de Minas Gerais (*eDOC nº* 45), sustentando, em breve síntese, que estão prescritas as parcelas anteriores a 07.04.2010, porquanto a ação foi proposta em 07.05.2015. Afirma que a contratação da parte autora se deu com fundamento no art. 37, inciso IX, da CF/88 e conforme o disposto no art. 11 da Lei Estadual nº 10.254/90, sucedido pela Lei nº 18.185/09, sendo plenamente válida. Afirma que a parte recorrida não tem direito ao FGTS, no período não prescrito, visto que esta parcela não encontra previsão no contrato. Sustenta, quanto à correção monetária, que se deve observar o art. art. 13, *caput*, da Lei nº 8.036/90 e que o marco inicial para incidência de correção monetária é o ajuizamento da ação. Pede a reforma da sentença, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões de Ordem 47, em óbvias informações, pelo desprovimento do recurso.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso interposto, bem como do reexame necessário.

Reexame necessário.

Cinge-se a controvérsia quanto à condenação do Estado de Minas Gerais a pagar à parte autora, ora recorrida, o valor correspondente ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), desde a contração da requerente até a rescisão do contrato entabulado entre as partes, em razão do reconhecimento da nulidade da contratação então celebrada por violação ao disposto no art. 37, IX, da CR/88.

Nos termos da Constituição Federal, art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo que, a teor do inciso IX do mesmo art., a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Nesse sentido, é certo que o contratado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público é servidor público, com relação funcional de natureza contratual, e com regime especial estabelecido na forma da lei, que deverá elencar os direitos e deveres do servidor temporário, inclusive no que tange às verbas a que fará jus, ou remeter ao Estatuto dos Servidores Públicos daquele ente.

A Constituição da República, em seu art. 39, § 3º, outorga aos servidores públicos os direitos previstos no art. 7º, incisos IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX da Constituição Federal. Da leitura conjunta dos arts. 7º e 39, § 3º da Carta Magna, vê-se que se trata de direitos sociais comuns a todos os trabalhadores, independente do regime que integrar, razão pela qual deve ser aplicada a regra pelo ente competente, indistintamente, àquele que, embora não pertença ao corpo permanente da Administração, tenha com ela vínculo administrativo, tal como o servidor contratado temporariamente.

Rememore-se, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que a expressão servidor público, mencionada no referido art. 39, § 3º, é a designação genérica utilizada pela constituição para designar, de modo abrangente, todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho profissional com as entidades governamentais, inclusive os temporariamente contratados nos termos do art. 37, IX (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 28º ed., Malheiros, 2011, p. 247-248).

A par desses direitos mínimos, o ente público, portanto, pode vir a conceder outros direitos ao servidor contratado temporariamente.

A respeito, deve-se observar a interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que tem função nomofilácica e já apreciou o tema em Plenário após o reconhecimento da repercussão geral. Extrai-se, pois, do informativo nº 756:

> Contratações pela Administração Pública sem concurso público e efeitos trabalhistas É nula a contratação de pessoal pela Administração Pública sem a observância de prévia aprovação em concurso público,

> razão pela qual não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados eventualmente contratados, ressalvados os direitos à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19, *a*, da Lei nº 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Com base nessa orientação, o Plenário negou provimento a recurso extraordinário no qual trabalhadora - que prestava serviços a fundação pública estadual, embora não tivesse sido aprovada em concurso público - sustentava que o § 2º do art. 37 da CF ("A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei") não imporia a supressão de verbas rescisórias relativas a aviso prévio, gratificação natalina, férias e respectivo 1/3, indenização referente ao seguro desemprego, multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT entre outras. Discutiam- se, na espécie, os efeitos trabalhistas decorrentes de contratação pela Administração Pública sem observância do art. 37, II, da CF. O Tribunal asseverou que o citado § 2º do art. 37 da CF constituiria referência normativa que não poderia ser ignorada na avaliação dos efeitos extraíveis das relações estabelecidas entre a Administração e os prestadores de serviços ilegitimamente contratados. Destacou a importância que a Constituição atribuiria ao instituto do concurso público e às consequências jurídicas decorrentes de sua violação. Mencionou, também, que as Turmas possuiriam jurisprudência assente no tocante à negativa de pagamento, com base na responsabilidade extracontratual do Estado (CF, art. 37, § 6º), de outras verbas rescisórias típicas do contrato de trabalho, ainda que a título de indenização. O Colegiado consignou que o suposto prejuízo do trabalhador contratado sem concurso público não constituiria dano juridicamente indenizável e que o reconhecimento do direito a salários pelos serviços efetivamente prestados afastaria a alegação de enriquecimento ilícito (RE nº 705140/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, 28.08.2014).

Na presente demanda, verifico que a contratação da autora se deu em desconformidade com os ditames constitucionais, uma vez que não ocorreu de forma excepcional e temporária.

É que, compulsando-se os autos, verifica-se que, a despeito do regramento constitucional, a recorrente foi admitida mediante contratos administrativos sucessivamente renovados e prorrogados, no período janeiro de 2003 até o ano de 2016.

Ora, as reiteradas renovações, o longo período de contratação e a ausência de qualquer prova, ou justificativa à espécie, a ser apresentada pelo Município, que pudesse evidenciar qual fora a necessidade temporária de excepcional interesse público apta a justificar a contratação da autora, demonstram que houve desvirtuamento da contratação temporária constitucionalmente prevista.

Nesse sentido, imperiosa submissão do presente caso ao entendimento citado STF, proferido em sede de repercussão geral, que trata de efeitos jurídicos do contrato temporário firmado em desconformidade com o art. 37, IX, da Constituição Federal.

Sobre o tema, manifestou-se este egrégio Tribunal de Justiça, senão veja-se:

> Reexame necessário. Apelação cível. Ação de cobrança. Fhemig. Contratação temporária. Irregular. Nulidade. - A contratação irregular de servidor público impede o reconhecimento dos direitos previstos no § 3º do art. 39 da CF/88, conferindo ao contratado tão somente o direito ao recebimento da contraprestação ajustada e do FGTS, sem o pagamento de qualquer outro adicional. Contudo, não sendo o pagamento do FGTS objeto da demanda, devem ser julgados improcedentes os pedidos iniciais.

> Sentença reformada no reexame necessário. Recursos prejudicados (TJMG - Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1.0024.11.058577-5/001, Rel.ª Des.ª Albergaria Costa, 3ª Câmara Cível, j. em 25.08.0016, p. em 20.09.2016).

Portanto, nos termos do art. 19, *a,* da Lei nº 8.036/1990, a parte autora tem direito ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, observada a prescrição quinquenal, não havendo que se falar em aplicação da prescrição trintenária.

Assim, parte da pretensão condenatória esbarra na prescrição quinquenal, aplicável em razão da especialidade do Decreto nº 20.910/32.

Neste sentido, já se manifestou o STJ sobre o tema:

> Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Submissão à regra prevista no enunciado administrativo 3/STJ. FGTS. Execução contra a fazenda pública. Prescrição. Prevalência do art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Especial eficácia vinculativa do acórdão proferido no REsp nº 1.251.993/pr. - A Primeira Seção/STJ, ao apreciar o REsp nº 1.251.993/PR (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, *DJe* de 19.12.2012 - acórdão submetido ao regime do art. 543, *c,* do CPC/1973) pacificou entendimento no sentido de que o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 é aplicável em face de qualquer pretensão formulada contra a Fazenda Pública. - Agravo interno não provido (AgInt no REsp nº 1737604/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. em 26.02.2019, *DJe* de 01.03.2019).

Assim, considerando que a presente ação foi distribuída em 07.04.2015, o termo inicial para contagem do curso do lapso prescricional é 07.04.2010.

Sobre os encargos acessórios, tem-se aplicável o art. 13 da Lei nº 8.036/90, cuja redação se transcreve abaixo: *"Art. 13. Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano"*.

Assim, sobre a importância a ser paga deve incidir correção monetária com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança, a partir de quando era devido o recolhimento do FGTS, bem como juros moratórios em 3% (três por cento) ao ano, também a partir do evento danoso. Em se tratando de matéria de ordem pública, sua fixação, de ofício, se impõe.

A fixação dos honorários de sucumbência deve ocorrer somente após liquidado o julgado, conforme previsto no inciso II do § 4º do art. 85 do CPC .

Recurso de apelação.

Dada à ampla devolutividade do sucedâneo recursal, julgo prejudicado o recurso.

Dispositivo.

Pelo exposto, em reexame necessário, reformo parcialmente a sentença e condeno o Estado de Minas Gerais ao pagamento do FGTS, observada a prescrição quinquenal, cujo termo inicial é 07.04.2010.

Sobre a importância a ser paga a título de FGTS deve incidir correção monetária com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança, a partir de quando era devido o recolhimento, bem como juros moratórios em 3% (três por cento) ao ano, também a partir do evento danoso.

Prejudicado o recurso.

Condeno o recorrente ao pagamento das custas, observada isenção legal do ente público.

Por fim, determino a fixação dos honorários advocatícios na fase de liquidação, nos termos do o art. 85, § 4º, II do CPC.

Votaram de acordo com o Relator a JD. CONVOCADA LUZIA PEIXÔTO E O DESEMBARGADOR MAURÍCIO SOARES.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO.

Apelação Cível - Ação indenizatória - Abandono da causa pelo autor por período superior a 30 (trinta) dias - Ausência de citação - Requerimento do réu previsto na Súmula 240 do STJ - Desnecessidade - Intimação pessoal do autor exigida pelo artigo 485, § 1º, do CPC - Inobservância - Cassação da sentença de extinção do processo sem resolução de mérito - Imperatividade.

- A Súmula 240 do STJ, que condiciona, a requerimento do réu, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor, tem por escopo resguardar o legítimo interesse daquele no julgamento de mérito do processo, de sorte que, se o demandado não foi citado ou, a despeito de ter sido, não se digna a contestar a ação, deixando, assim, de se mostrar interessado em obter sentença de mérito, perde razão de ser a exigência de requerimento de sua parte para a prolação da sentença terminativa fundada no art. 485, III, do CPC.

- Verificada a estagnação da marcha processual por período superior a 30 (trinta) dias, em virtude da inação do autor, que não se digna a tomar as providências a seu cargo, deve-se proceder à intimação de seu patrono, eletronicamente ou por publicação, e da própria parte, pessoalmente, para impulsionar o feito, sem o que cumpre extinguir o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, III, do CPC.

Apelação Cível nº 1.0000.20.529683-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Empresa Gontijo de Transportes Limitada - Apelados: Embraforte Segurança e Transporte de Valores Ltda., Marcos Andre Paes de Vilhena, Pedro Henrique Gonçalves de Vilhena. – Relator: Des. Fernando Lins.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar provimento ao recurso e cassar sentença.

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2021. - *Fernando Lins*. – Relator.

Voto

DES. FERNANDO LINS - Trata-se de apelação cível, interposta por Empresa Gontijo de Transportes Ltda, em face da sentença (evento nº 102), integrada pela decisão que rejeitou os aclaratórios opostos pela apelante (evento nº 107), proferida pelo d. juízo da 12ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte que, nos autos da Ação Indenizatória ajuizada em face de Embraforte Transporte de

Valores Ltda, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, III, do CPC, devido ao abandono da causa pelo autor.

Em suas razões, sustenta o apelante que a sentença vergastada contraria as normas do Código de Processo Civil, haja vista que, para ocorrer o abandono de causa e a extinção do processo, a parte deverá ser intimada pessoalmente para suprir a falta de diligências, fato este que não ocorreu no presente caso.

Ainda, aduz que o entendimento do juízo *a quo* viola o teor da Súmula 240 do STJ, que dispõe que a extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu.

Com estes argumentos, requer seja dado provimento ao recurso, para cassar a sentença primeva, determinando o retorno dos autos para 1ª instância, a fim de prosseguir com o feito.

Preparo recursal comprovado no evento nº 110.

Ausente contrarrazões pela apelada, em razão da relação processual na origem ainda não ter sido formada.

É o Relatório.

Satisfeitos os requisitos intrínsecos de admissibilidade recursal, vale dizer, o cabimento, a legitimidade, o interesse e a inexistência de fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer, bem como preenchidas as condições extrínsecas, quais sejam, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo, conheço da apelação interposta.

No exame do mérito recursal, cumpre perquirir se andou bem o juiz *a quo* ao prolatar sentença terminativa por abandono da causa pelo requerente.

O *thema decidendum* remete ao inciso III do art. 485 do CPC, que insere no rol de hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito a figura do abandono de causa pelo autor, delineada nos seguintes termos:

> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
>
> I – [...]
>
> III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; [...].

Não basta, contudo, que a inércia do autor cause a paralisação do processo por período superior a trinta dias. A extinção do processo, com base no inciso III do art. 485 do CPC, requer também que a parte inerte seja prévia e pessoalmente intimada a impulsionar o processo em 05 (cinco) dias e deixe transcorrer esse prazo sem tomar a providência a seu cargo. Essa regra, que tem o meritório propósito de evitar que a parte seja surpreendida pela eventual desídia de seu advogado, é extraída do parágrafo primeiro do artigo 485:

> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
>
> [...]
>
> § 1º Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

Coube à jurisprudência, ponderando que muitas vezes a parte demandada tem legítimo interesse no prosseguimento do processo, consagrar mais um requisito para a extinção fundamentada no citado inciso III: a necessidade de requerimento do réu. É o que sedimenta a Súmula 240 do STJ: "Súmula 240 do STJ: A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu".

Cumpre ressalvar, todavia, que há situações em que não se justifica a exigência de requerimento do réu, como vem reconhecendo a jurisprudência. A primeira delas, mais óbvia, tem-se quando falta a citação. Percebeu-se também que, em certos casos, não há razão para supor que o requerido, embora integrado ao processo, tenha interesse em se opor à extinção do processo. Se ele, por exemplo, a despeito de regularmente citado, não se digna a oferecer contestação, deixando, assim, de se mostrar interessado em obter uma sentença de mérito que rejeite o pedido autoral, perde razão de ser a exigência de requerimento expresso de sua parte para a prolação de sentença terminativa fundada no art. 485, III, do CPC. Não por acaso, o novo Código de Processo Civil deixa expresso que o requerimento exigido é o do réu que não apenas foi citado, mas contestou a ação: "Art. 485. [...] § 6º Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu".

No caso dos autos, o réu nem sequer foi citado, não havendo que se se falar, portanto, em necessidade de requerimento do demandado para a extinção do feito por abandono da causa pela requerente.

Por outro lado, observo que o feito não estava apto a ser extinto, haja vista a ausência do primeiro requisito exposto para tanto, qual seja, a regular intimação do autor.

Examinados os autos, fica claro que, em momento algum, a parte autora foi pessoalmente intimada a tomar providência necessária ao impulsionamento do processo. Após o requerimento da parte autora/apelante de suspensão do processo por 30 (trinta) dias (evento nº 97), nota-se que o juízo de origem apenas proferiu o seguinte despacho "Concedo ao autor o prazo de 30 dias para cumprimento da intimação retro, pena de extinção" (evento nº 98), cuja ciência deu-se por transcurso de prazo no sistema PJE.

Prematura e inválida, portanto, a sentença terminativa recorrida, prolatada sem observância do indispensável condicionamento legal estabelecido pelo art. 485, § 1º, do CPC.

A conclusão alcançada encontra firme respaldo na jurisprudência e na doutrina:

> Apelação cível. Ação cobrança seguro DPVAT. Preliminar de ofício. Nulidade da sentença. Extinção do processo sem resolução de mérito por abandono de causa. Impossibilidade. Ausência de intimação

pessoal da parte. Ausência requerimento do réu. Súmula 240 STJ. - Para se extinguir o feito, sem julgamento do mérito, por abandono de causa, nos termos do art. 485, III, do CPC/2015, imprescindível que se cumpra a exigência do §1º do mesmo artigo, qual seja: a intimação pessoal da parte para que supra a falta, em cinco dias. Verificando-se a ausência da intimação pessoal da parte autora, a cassação da r. sentença é medida que se impõe. - [...] (TJMG - Apelação Cível 1.0480.14.013058-8/001, Relator: Des. Pedro Aleixo, 16ª Câmara Cível, j. em 30.01.2019, p. em 08.02.2019).

> À semelhança do que ocorre na situação em que ambas as partes abandonam o processo, deve o magistrado, antes de extingui-lo, e sob pena de nulidade da sentença, determinar a intimação pessoal do autor para que, em cinco dias, diligencie o cumprimento da providência que lhe cabe (art. 485, § 1º, CPC) (DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017, p. 803).

Dispositivo

Em face do exposto, dou provimento ao recurso de apelação, cassando a sentença recorrida, para que o feito retome seu regular andamento no juízo *a quo*.

Custas ao final, pelo vencido.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Lílian Maciel e Fernando Caldeira Brant.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA.

Reexame necessário - Mandado de segurança - Inclusão de veículo no sistema de transporte público e coletivo - Ação civil pública - Novas exigências para admissão de veículos - Decisão com efeitos *ex nunc* - Contrato anterior - Não oponibilidade - Sentença confirmada em duplo grau.

- A mera notificação encaminhada pelo Impetrado, que versa sobre ação judicial da qual a Impetrante não participou - como parte ou terceiro -, não tem o condão de modificar os termos do contrato administrativo celebrado entre as partes, não havendo notícias nos autos de que a impetrada propôs o devido aditamento, esse sim é o meio adequado para promover as pretendidas modificações contratuais.

- As exigências impostas no julgamento de mérito da Ação Civil Pública nº 0010023-37.2017.5.03.0022 não alcançam os veículos adquiridos antes do referido trânsito em julgado, sendo que a decisão possui efeitos *ex nunc* conforme trecho do mencionado julgado "a exigência deve ser aplicada em relação aos veículos novos, adquiridos após o trânsito em julgado desta decisão, a fim de não prejudicar as aquisições realizadas antes dessa definição".

REMESSA NECESSÁRIA-CV Nº 1.0000.20.538616-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Autor: Viação Globo Limitada - Réu: Diretor-Presidente da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA.

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 REEXAME NECESSÁRIO CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 27 de Abril de 2021. *Belizário de Lacerda* - Relator.

Voto

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de reexame necessário em face da r. sentença de Ordem 76, proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal da Comarca de Belo Horizonte, o qual, nos autos da ação de Mandado de Segurança com pedido liminar ajuizada pela Viação Globo Ltda. em face do Sr. Presidente da BHTRANS - Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte, concedeu a segurança, confirmando a decisão que concedeu a liminar que já foi cumprida e condenou a ré ao pagamento das custas. Determinado reexame necessário.

Não foram interpostos recursos voluntários.

A douta Procuradoria de Justiça emitiu judicioso parecer de Ordem 83, opinando pela manutenção da decisão de primeira instância.

É o relatório.

Conheço do reexame necessário, posto que satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Conforme se extrai dos autos de Ordem 2, a Viação Globo Ltda. em 05.10.2018 adquiriu da fabricante Mercedes-Benz 22 (vinte e dois) chassis do modelo OF 1724L, os quais foram posteriormente encaminhados à Neobus para montagem da carroceria e finalização, sendo que, entre os dias 29.11.2018 e 07.12.208, os veículos foram liberados para o devido emplacamento.

Entretanto, no dia 30.11.2018 a impetrante recebeu a notificação OF SMOBI - 1328/2018 pela BHTRANS para cumprimento integral das exigências judiciais relacionadas ao meio ambiente de trabalho dos respectivos motoristas e agentes de bordo, referentes ao que foi decidido nos autos da Ação Civil Pública nº 0010023- 37.2017.5.03.0022, da qual sequer foi parte ou tinha conhecimento, uma vez ajuizada apenas em face do Município de Belo Horizonte e da BHTRANS.

Diante disso, a impetrante teve seu requerimento de substituição de frota pelos veículos novos indeferido no Ofício DPR/EXTER Nº 067/2019, ao argumento que os veículos contemplavam características distintas das exigidas na notificação supracitada.

Nota-se, entretanto, que o acórdão da Ação Civil Pública em tela é bastante esclarecedor no tocante ao item sobre substituição da frota:

> [...] no que toca à substituição paulatina da frota, situação que atinge os contratos atuais, esclareço que a exigência deve ser aplicada em relação aos veículos novos, adquiridos após o trânsito em julgado desta decisão, a fim de não prejudicar as aquisições realizadas antes dessa definição.

Ademais, insta salientar que a decisão também dispôs:

> A pretensão de alteração imediata dos contratos deve ser viabilizada por meio adequado, qual seja, a tentativa de elaboração de Termo de Ajustamento de Conduta com cada uma das empresas concessionárias do serviço público ou, ainda, propositura de demandas em face de cada uma das concessionárias, com indicativos diretos e concretos das mazelas encontradas em cada umas das empresas concessionárias, vez que a realidade existente não é singular em todas as empresas [...].

Compulsando os autos, não foi possível depreender a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta ou o ajuizamento de demanda em face da concessionária, ora Impetrante, mas tão somente a expedição de notificação acerca da Sentença e do Acórdão ora prolatados. Diante disso, é possível afirmar que a notificação OF. SMOBI - nº 1328/2018 resta em dissonância com as decisões judiciais nas quais se baseia, posto que, *in casu*, não se revela possível a alteração imediata dos contratos.

Ademais, a mera notificação encaminhada pelo Impetrado, que versa sobre ação judicial da qual a Impetrante não participou - como parte ou terceiro -, não tem o condão de modificar os termos do contrato administrativo celebrado entre as partes, não havendo notícias nos autos de que a impetrada propôs o devido aditamento, este sim meio adequado para promover as pretendidas modificações.

Nesse sentido, a empresa impetrou o Mandado de Segurança em questão, com pedido liminar, em desfavor da conduta supostamente ilegal e/ou abusiva perpetrada pelo Presidente da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTRANS - sustentando, em síntese, que a empresa tomou ciência e foi instada a se adequar às novas requisições somente após a compra dos chassis e das carroceria. Que a referida imposição, sem o mínimo de lastro temporal para adequação às exigências, onera as empresas envolvidas e gera um considerável desequilíbrio econômico-financeiro. Que requer a anulação do ato coator e a imediata habilitação dos veículos junto à frota da impetrante, ressaltando que as exigências da legislação vigente nos momentos da aquisição e da montagem foram atendidas. Que exigir o cumprimento de exigências posteriores a tais momentos seria uma violação aos princípios da legalidade e da anterioridade. Pedido deferido.

Nesse cenário, a prova dos autos evidencia o fato de que os veículos foram adquiridos pela impetrante antes da prolação da decisão acima referida, razão pela qual não se justifica a conduta adotada pelas autoridades administrativas uma vez restou evidente a ressalva de que as novas exigências somente poderiam ser oponíveis às empresas que se lograssem vencedoras em procedimentos licitatórios futuros.

É mister ressaltar ainda que a Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A - BHTRANS - e o Município de Belo Horizonte ajuizaram ação rescisória nº 0010180-08.2019.5.03.0000 pugnando pela rescisão de parte do acórdão proferido pela 4ª Turma deste Regional, nos autos da Ação Civil Pública em questão, requerendo que as novas requisições por ela trazidas sejam aplicáveis aos futuros editais de licitação e às futuras prorrogações/renovações, a qual teve a liminar deferida em 29.01.2019. Vide:

> Assim, defiro a liminar requerida, ad cautelam, para suspender a exigência da decisão rescindenda quanto à substituição de veículos nos contratos de concessão em andamento firmados em decorrência da Concorrência Pública nº 131/2008, não abrangendo, no entanto, conforme requerido pelos autores em aditamento da inicial, os itens ar condicionado e suspensão a ar, na forma determinada pelo Decreto nº 16.568/2017.26-2-2919.

Destarte, a própria ré, ao tomar ciência da sentença proferida pelo juízo *a quo* alega que *"inexiste interesse processual para questionar a decisão em relação aos veículos, eis que o entendimento do TRT suspendeu as exigências discutidas na presente ação"*, ressaltando sua inaplicabilidade aos atos jurídicos perfeitos.

Ex postis, ao meu ver, não restam dúvidas a respeito da plausibilidade na confirmação da sentença uma vez que a decisão do juízo rescisório corrobora com a sentença da ação civil pública que baseou a notificação e entende que as compras já efetuadas em nada se afetarão.

Nesse sentido, em atento aos princípios da anterioridade e da legalidade, verifica-se que a Impetrante resta amparada em seu direito líquido e certo.

Forte nesses fundamentos, confirmo a sentença em reexame necessário.

Sem custas e honorários advocatícios, na forma da lei.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

DES. OLIVEIRA FIRMO - Senhor Presidente, reportando-me aos votos por mim proferidos, atuando na condição de vogal em diversos acórdãos desta Câmara, peço vênia para me abster de repetir aqui toda a argumentação que já desenvolvi em casos outros, bastando-me na só remissão a esses julgados, disponíveis para consulta de quem se interessar (TJMG: v. g. nº 1.0024.06.929596-2/002; nº 1.0024.11.307827-3/001; 1.0145.13.066969-3/001; nº 1.0145.14.020363-2/001; nº 1.0521.13.006996-1/002; 1.0024.04.407745-1/001; nº 1.0024.09.737176-9/002; nº 1.0024.11.044187-0/002; 1.0024.11.062949-0/002; nº 1.0024.12.132139-2/002; nº 1.0024.12.227871-6/001; 1.0024.13.169718-7/002; nº 1.0105.11.029460-7/002; nº 1.0105.13.005380-1/001; 1.0145.13.060374-2/003; nº 1.0151.10.003366-2/001; nº 1.0194.13.000898-1/002; 1.0245.12.000559-1/002; nº 1.0290.05.025636-8/001; nº 1.0324.12.006962-4/002; 1.0324.14.004900-2/002; nº 1.0377.13.001901-3/001).

Quero ainda reafirmar meu posicionamento, agora reforçado pelo novo Código de Processo Civil (NCPC - Lei nº 13.105/15), de que o relator tem função de protagonista no julgamento, pois a ele é dada a condução do processo, presidindo os seus principais atos, instruindo-o quando necessário e resolvendo questões postas antes de submetê-las aos vogais. E com a extinção da figura do revisor pelo NCPC, suprimiram-se os mecanismos conferidos a esse integrante da turma julgadora, que ali no julgamento estava também para assegurar (poder/dever) a congruência entre as questões constantes dos autos e aquelas descritas no relatório pelo relator.

Além, no julgamento da remessa necessária propriamente dita, ou de remessa necessária que resulta em prejuízo a eventual apelação, o voto do vogal, especificamente o do segundo vogal, divergente ou convergente com as posições do relator e do primeiro vogal, será mero cumprimento formal exigido pela lei processual, visto que a questão em si já estará materialmente solucionada pela confluência do entendimento da maioria.

Assim, nos termos do NCPC, no caso de remessa necessária, ainda que acompanhada de apelação interposta pelas partes, entendo que uma vez formada a maioria, dando por prejudicado o apelo, o resultado do julgamento resta configurado, não havendo utilidade, espaço e tempo para eventuais digressões de um vogal que já se avista vencido (convencido ou não).

E com o desaparecimento do debate, ao menos do seu original formato, e agora dos embargos infringentes, inutilizou-se o lançar de fundamentos contrários à tese vencedora, sobretudo se não há

qualquer possibilidade de resgatá-los, como no caso de apelo prejudicado pela análise feita em sede de remessa necessária, em que o NCPC não permite a aplicação da técnica de julgamento prevista para a apelação com resultado não unânime.

Chega a ser hipocrisia negar esse fato. Os fundamentos da decisão do vogal vencido só terão realmente alguma valia caso o acórdão possa ser desafiado por recurso infringente, inexistente no NCPC, pois, do contrário, é gasto desnecessário de energia e tempo, que poderiam ser mais bem aplicados na relatoria ou vogal ato de outro feito.

Em razão disso, neste específico caso, adoto uma linha utilitarista quanto à minha participação no julgamento.

Logo, por já haver decisão da maioria quanto ao resultado de mérito deste julgamento, voto acompanhando-a, à maioria, sem, contudo, obrigar-me com a tese desenvolvida pelos demais julgadores, pois posso eventualmente dela divergir. *Mutatis mutandis*, é o que fez o Ministro Ricardo Lewandowski, como vogal, em julgamento cuja decisão já se podia antever pela maioria que se formara ao encontro de tese com a qual Sua Excelência não quis se comprometer (STF: RE nº 505.393/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 26.06.2007, p. em 05.10.2007).

É o voto.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO CONFIRMARAM A SENTENÇA.

Agravo de instrumento - Recuperação judical - Produtor rural - Regime jurídico estabelecido pelo Código Civil - Tratamento legal diferenciado - Inscrição perante a Junta Comercial - Empresário rural - Regime jurídico empresarial - Efeitos *ex tunc* - Atividade regular - Deferimento do pedido de recuperação judicial - Decisão mantida.

- A legislação civil adotou um tratamento diferenciado para os empreendedores rurais, ao estabelecer a facultatividade de sua prévia inscrição perante o órgão competente para que possa empreender, sendo certo que sua situação é regular, estando inscrito ou não perante a Junta Comercial, razão pela qual, diversamente do empresário comum, o ato de registro possui efeito *ex tunc*.

- O acolhimento do pedido de cisão dos créditos anteriores ao registro do empreendedor rural inviabilizaria a própria recuperação judicial, que tem por valor primordial a proteção à ordem econômica, com a continuidade da atividade de exploração econômica e preservação da empresa, consoante dispõe o art. 47 da Lei n° 11.101/2005.

-Inexiste qualquer dúvida nos autos de que os empréstimos e financiamentos realizados foram destinados à atividade rural, sobretudo a agrícola, sujeitando-se às regras da presente recuperação judicial, com exceção apenas daqueles expressamente excluídos do concurso de credores.

- Restando devidamente comprovado que os autores exercem, há mais de 02 (dois) anos, atividade econômica rural, de forma regular, atendida a condição legal prevista no *caput* do art. 48 da Lei n° 11.101/2005, devendo ser mantida a decisão que deferiu o pedido de recuperação judicial, incluindo os débitos contraídos no período anterior à inscrição do empreendedor rural perante a Junta Comercial.

- Recurso desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.20.542948-3/001 - Comarca de Patrocínio - Agravante: Banco Bradesco S.A. - Agravado: Iraci Rivelini Rossi, J & L Locação de Automóveis Ltda. - ME, Jeferson Junior Rossi, Luis Alberto Rossi - Interessados: Paoli Balbino e Barros Administração Judicial Ltda. Atribuição da Parte em Branco Administrador Judicial. Relatora: DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2021. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Voto

DES.ª TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Cuidam os autos de agravo de instrumento interposto por Banco Bradesco S.A. contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Patrocínio, que deferiu o processamento da recuperação judicial de Jeferson Junior Rossi, Luiz Alberto Rossi, Iraci Rivelini Rosie e J&L Locação de Automóveis Ltda. - ME (p. 517/523, doc. único), decidindo, ainda, que:

> A) Nomeio Administrador Judicial a sociedade especializada Paoli Balbino e Barros Administração Judicial Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 31.841.449/0001-06, na pessoa de seu representante legal e responsável técnico, Dr. Otávio de Paoli Balbino, OAB/MG 123.643, advogado militante na Comarca de Belo Horizonte/MG, telefone: (31) 3656-1514 - Av. Brasil, nº 1666, 13º Andar, sala 1301/1302, Bairro Funcionários, Belo Horizonte, MG, CEP 30140-004, endereço eletrônico: contato@pbbadvogados.com.br, o qual deverá ter seu nome incluído junto aos autos, para efeito de intimação das publicações, devendo a mesma ser intimado para, em 48 (quarenta e oito) horas, assinar o termo de compromisso, nos termos do art. 33 da Lei nº 11.101/05, sendo que, em virtude da pandemia da Covid-19, autorizo à Secretaria que proceda à remessa do termo pelos canais digitais disponíveis, devendo o Administrador Judicial providenciar a remessa da via original assinada através dos Correios, comprovando nos autos o envio do documento.
>
> Registre-se que independentemente da assinatura do termo de compromisso, deverá o Administrador Judicial, caso aceite a nomeação, assumir imediatamente suas funções e deveres, observando-se as disposições previstas no art. 22, I e II, da Lei de Recuperação e Falências.
>
> No que tange à remuneração do Administrador Judicial, conforme art. 24 da LRF, será fixada considerando a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho realizado e os valores praticados no mercado, observado o teto de 5% (cinco por cento) do passivo sujeito à recuperação judicial (§ 1º de citado dispositivo legal).
>
> Sopesando a elevada capacidade de pagamento da devedora, amplamente demonstrada em seus relatórios de fluxo de caixa e balancetes, mesmo no período de crise; a visível complexidade do serviço prestado, retratada em quadros de centenas de credores, de empregados e de contratos em vigor; e, por fim, os valores ordinariamente praticados no mercado quanto à matéria, arbitro remuneração para o Administrador Judicial em valor correspondente a 4% (quatro por cento) do total do passivo, ficando autorizado o pagamento em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais, com vencimento todo dia 05 de cada mês, sendo o primeiro pagamento em 05 de outubro de 2020, sem incidência da retenção estatuída no art. 24, § 2º, da Lei nº 11.101, de 2005, dado o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema (REsp nº 1700700/SP, Min.ª Nancy Andrighi, *DJ* de 08.02.2019).
>
> Fica advertido o Administrador Judicial de que haverão de ser carreadas aos autos notas fiscais emitidas por oportunidade do recebimento de valores.
>
> Além disso, fica advertido o Administrador Judicial para observância dos procedimentos constantes da Recomendação do CNJ nº 72, de 19 de agosto de 2020.
>
> B) Dispenso os requerentes da apresentação de certidões negativas para o exercício de suas atividades,

exceto para contratação com o Poder Público e para o recebimento de benefícios e incentivos fiscais e creditícios.

C) Ressalvadas as ações previstas pelo art. 6º, §§ 1º, 2º e 7º e pelo art. 49, §§ 3º e 4º, da Lei nº 11.101/2005, ordeno a suspensão, pelo prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, contados da publicação da presente decisão, de todas as ações e execuções contra os requerentes, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário, cabendo aos recuperandos comunicá-la aos juízos competentes, devendo os autos permanecerem nos juízos de origem;

D) Determino aos requerentes a apresentação de contas demonstrativas mensais, enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores e também a apresentação do plano de recuperação no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, 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) Intimem-se da presente decisão o Ministério Público e, por carta com A.R. a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal desta cidade, bem como de eventuais cidades em que as empresas possuírem filiais;

F) Informe-se ao Registro Público de Empresas (JUCEMG) os termos da presente decisão para anotação da recuperação judicial (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 11.101 de 2005);

G) A solicitação de documentos (contábeis ou não), livros, informações sobre bens, negócios e contratos poderão ser requisitados ou determinados oportunamente, quer pelo Juízo, quer pelo Administrador Judicial, assim como poderão ser solicitados por perito, caso seja nomeado, ficando esta desde já autorizada para tanto, a teor do art. 51, § 1º c.c. art. 22, I, *d*, e II, *a*, ambos da Lei nº 11.101 de 2005, independentemente de medida incidental autônoma, observando-se o encargo da autora de apresentar, em incidente apartado, seus balanços mensais todo dia 10 de cada mês, com os esclarecimentos e demais documentos que o Perito, se nomeado, ou o Administrador Judicial eventualmente solicitar(em);

H) A Secretaria para providenciar a publicação do edital previsto no art. 52, § 1º, da Lei nº 11.101 de 2005, contendo o resumo do pedido inicial, o teor desta decisão e a relação de credores juntada aos autos. Registre-se expressamente que as habilitações e divergências acerca dos créditos deverão ser apresentadas diretamente ao Administrador Judicial, nos termos do art. 7º da Lei nº 11.101 de 2005, com vistas a evitar incidentes e pedidos que prejudiquem o andamento desta recuperação judicial;

I) Imponho aos recuperandos o encargo da publicação do edital a que diz respeito do art. 52 da Lei nº 11.101 de 2005, em jornal de circulação nacional ou regional;

J) Intimem-se os requerentes para, no prazo de 15 dias, informarem o valor consolidado do passivo sujeito ao procedimento de recuperação judicial, adequando o valor da causa ao valor do passivo sujeito à renegociação, bem como ao recolhimento das custas processuais correspondentes, complementando-as na hipótese de readequação e consequente majoração do valor atribuído à causa na petição inicial;

K) Intimem-se os requerentes para juntarem aos autos, no mesmo prazo de 15 dias, lista de completa de bens dos requerentes, uma vez que ao ID 376348428 foram relacionados apenas bens relacionados à atividade, sem a indicação de bens particulares, tais como móveis e imóveis. (p. 517/523, doc. único).

Sustentou o agravante que, conforme o disposto no art. 48, § 2º da Lei nº 11.101/05, "a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis é condição imprescindível para a concessão do benefício da recuperação judicial aos produtores rurais, e somente a partir de então ficará equiparado ao empresário" (p. 05, doc. único).

Afirmou que os agravados somente obtiveram registro como empresário no mês do ajuizamento da presente recuperação, razão pela qual "não poderiam beneficiar-se pela disciplina da recuperação judicial e das falências, por não estarem inscritas no Registro Público de Empresas Mercantis pelo tempo mínimo prescrito na norma, que é requisito legal expresso" (p. 05, doc. único).

Asseverou que "não se pode aceitar que a parte venha a aproveitar de condições favoráveis para contratar em regime de pessoa física, e nesse momento se socorrer de um regime empresarial com eficácia retroativa em evidente prejuízo aos seus credores" (p. 07, doc. único).

Concluiu que "o indeferimento da recuperação aos empresários rurais, é medida impositiva uma vez que não foram preenchidos os requisitos legais (o registro na junta comercial de produtores rurais ocorreu dias antes do ajuizamento do pedido recuperacional) e por não haver comprovação do exercício da atividade agrícola por mais de dois anos (Lei nº 11.101/05, art. 48), tudo a revelar o desvio de finalidade na tentativa, por parte dos requerentes, de protegerem seu patrimônio em detrimento do direito dos credores" (p. 09, doc. único).

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso, para indeferir o processamento da recuperação judicial, com reconhecimento da ilegitimidade ativa dos agravados - produtores rurais - e, subsidiariamente, que as "operações realizadas antes das inscrições como empresários não se submetam à recuperação judicial, de modo a se admitir que apenas as operações realizadas pelo produtor rural, após sua equiparação ao empresário (após a respectiva inscrição), possam ser acolhidas na recuperação, excluindo-se ainda toda e qualquer operação/empréstimos de cunho pessoal que não esteja ligada a atividade rural" (p. 11, doc. único).

Em decisão inicial, foi indeferido o pedido de efeito suspensivo e recebido o recurso tão somente no efeito devolutivo.

Contraminuta apresentada pela parte agravada (doc. eletrônico n° 94).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais apresentou parecer pelo desprovimento do recurso (doc. eletrônico n° 97).

Feito o necessário resumo, conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade, eis que interposto contra decisão interlocutória proferida em processo de recuperação judicial, consoante decisão proferida no IRDR n° 1.0000.16.058664-0/006:

> Incidente de resolução de demandas repetitivas. Cabimento de agravo de instrumento em processos de recuperação judicial e falência. Necessidade de gestão de demandas repetitivas. Presença dos pressupostos do art. 976 do CPC/2015. Admissibilidade. Configurada a divergência jurisprudencial no que toca a admissibilidade de agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida em processos de recuperação judicial e falência, e inexistindo afetação de recurso no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal para a definição da tese sobre a questão, admite-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que tem como escopo a pacificação da tese jurídica mediante precedente vinculativo. Admitir o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e deferir a tutela de urgência (TJMG - IRDR-Cv n° 1.0000.16.058664-0/006, Rel. Des. Albergaria Costa, 1ª Seção Cível, j. em 23.11.2017, p. da súmula em 04.12.2017).

Revelam os autos que Jeferson Junior Rossi, Luiz Alberto Rossi, Iraci Rivelini Rosie e J&L Locação de Automóveis Ltda. - ME ajuizaram recuperação judicial, alegando os autores serem empresários rurais, eis que exercem regulamente atividade empresária como produtor rural desde 2009, 2010 e 2013, conforme inscrições ativas emitidas pela Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais e notas fiscais emitidas, tendo efetivado o registro na Junta Comercial em 2020.

Afirmaram que "o Grupo Agro Rossi possui grande destaque e é referência de sucesso, confiança, transparência e ética no agronegócio brasileiro ao longo desses 11 anos de história, gozando do melhor conceito no meio empresarial e sempre cumprindo com rigor e honestidade seus compromissos, apesar dos recorrentes problemas inerentes ao exercício da atividade empresarial no Brasil, em especial no setor em que atua e de fatores externos na economia mundial e seus reflexos internos" (p. 38, doc. único).

Aduziram que "por possuir uma característica de manter grande parte do seu endividamento em dólar, vem sofrendo forte impacto pelo atual cenário de verdadeiro caos econômico, instalado em razão dos efeitos da severa crise pandêmica decorrente da rápida e desenfreada disseminação do novo coronavírus - Covid 19" (p. 41, doc. único), bem como que "para efetiva superação desse cenário, surge a necessidade deste processo de recuperação judicial, cuja finalidade é de ajustar o caixa dos requerentes, buscando o equilíbrio financeiro exigido para pagamento dos seus débitos por meio de um plano de reestruturação, que ainda será apresentado tempestivamente nos termos do art. 53 da LFRE perante este Ilustre Magistrado para posterior apreciação e deliberação dos credores" (p. 46, doc. único).

Cinge-se o presente recurso à reapreciação da decisão de primeiro grau que deferiu o pedido de recuperação judicial dos autores, sobretudo em razão da ausência de prévio registro na Junta Comercial no biênio anterior ao ajuizamento do pedido.

Nesse aspecto, prevê o Código Civil de 2002 que:

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
>
> Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.
>
> Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

Com efeito, é certo que aquele que exerce profissionalmente as atividades de produção, consumo, circulação e distribuição de bens e serviços, com exceção das atividades intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, devem obter a inscrição no registro competente, sob pena de enquadrar-se em situação irregular.

Relativamente ao empresário rural, o Código Civil dispôs:

> 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.

Sobre o tema, Fábio Ulhoa Coelho preleciona:

> Atento a esta realidade, o Código Civil de 2002 reservou, para o exercente de atividade rural, um tratamento específico (art. 971). Se ele requerer sua inscrição no registro das empresas (Junta Comercial), será considerado empresário e submeter-se-á às normas de Direito Comercial. Esta deve ser a opção do agronegócio. Caso, porém, não requeira a inscrição neste registro, não se considera empresário e seu regime será o do Direito Civil (*Manual de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 18-19).

Destarte, a legislação civil adotou um tratamento diferenciado para o empreendedor rural, ao estabelecer a facultatividade de sua prévia inscrição junto ao órgão competente para que possa empreender, sendo certo que sua situação é regular, estando inscrito ou não perante a Junta Comercial, razão pela qual, diversamente do empresário comum, o ato de registro possui efeito *ex tunc*.

A respeito, segundo a lição de Ricardo Fiuza, o empreendedor rural que não levar a efeito a inscrição na Justa Comercial

> atuará pessoalmente no desenvolvimento de sua atividade, permanecendo vinculado a regime jurídico próprio, como pessoa física, também para os efeitos das legislações tributária, trabalhista e previdenciária, além de responder de forma ilimitada e direta com seu patrimônio pessoal pelas obrigações contraídas em razão do exercício de sua atividade (Fiúza, Ricardo; da Silva, Regina Beatriz. *Código civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

Em que pese o fato de que a efetivação do registro do empresário rural na Junta Comercial altere o regime jurídico ao qual estará vinculado, passando do regime próprio da legislação civil para o regime empresarial, o empreendedor rural ostenta a qualidade de empresário regular mesmo antes do registro.

Assim, não há qualquer dúvida quanto ao fato de que, a partir da data em que o empreendedor rural é inscrito na Junta Comercial, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário comum, com os benefícios atinentes ao enquadramento no regime empresarial, contudo, em razão do tratamento favorecido que recebe pela legislação civil, o efeito constitutivo de sua nova condição após o registro mercantil opera-se *ex tunc*, inclusive quanto à possibilidade de requerimento de sua recuperação judicial, na forma do art. 48 da Lei n° 11.101/2005:

> 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:
>
> I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
>
> II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
>
> III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;
>
> IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Com efeito, apesar da necessidade do prévio registro do produtor rural na Junta Comercial para procedibilidade do pedido de recuperação judicial, por se tratar de um instituto próprio do direito empresarial, o período anterior ao registro poderá ser computado para fins do cumprimento do requisito previsto no art. 48 da Lei nº 11.101/2005, atinente à comprovação da regularidade do exercício da atividade econômica rural pelo período mínimo de um biênio, eis que o exercício da atividade econômica agrícola antes de sua inscrição já era regular.

Acrescenta-se que não socorre a agravante a afirmativa de que "os agravados sempre se valeram dessa mera faculdade do registro na Junta Comercial para desenvolverem a sua atividade agropecuária em nome próprio, sob a qualificação de pessoa física, sujeita ao regime legal de Direito Civil" (p. 10, doc. único), tendo em vista a realização de empréstimos vultuosos, como no caso dos autos, que atingem a cifra de mais de cinco milhões de reais, é típico de atividade empresarial, com grande circulação de riqueza, e, à obviedade, não poderia se passar por pequeno produtor rural.

Ora, é certo que o acolhimento do pedido de cisão dos créditos anteriores ao registro do empreendedor rural inviabilizaria a própria recuperação judicial, que tem por valor primordial a proteção à ordem econômica, com a continuidade da atividade de exploração econômica e preservação da empresa, consoante dispõe o art. 47 da Lei nº 11.101/2005:

> 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.

Ademais, não existe qualquer dúvida nos autos de que os empréstimos e financiamentos realizados foram destinados a atividade rural, sobretudo a agrícola, sujeitando-se às regras da presente recuperação judicial, com exceção apenas daqueles expressamente excluídos do concurso de credores.

Portanto, restando devidamente comprovado nos autos que os autores exercem, há mais de 02 (dois) anos, atividade econômica rural, de forma regular, atendida a condição legal prevista no *caput* do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, devendo ser mantida a decisão que deferiu o pedido de recuperação judicial, incluindo os débitos contraídos no período anterior à inscrição do empreendedor rural perante a Junta Comercial.

Desse teor o posicionamento do STJ:

> 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 nº 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 nº 11.101/2005 (LRF), bastando que comprove, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 2 (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 (STJ - REsp nº 1800032 MT 2019/0050498-5, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 05.11.2019, *DJe* de 10.02.2020).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> 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 2 (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 (TJ-MG - AI: 10000204683213002 MG, Rel. Corrêa Junior, Câmaras Cíveis / 6ª Câmara Cível, j. em 01.12.2020, p. da súmula em 09.12.2020).

E, ainda, o entendimento dos demais Tribunais pátrios:

> Agravo de instrumento. Empresário rural e recuperação judicial. Regularidade do exercício da atividade rural anterior ao registro do empreendedor. Efeitos *ex tunc* da inscrição do produtor rural. Pedido de recuperação judicial (art. 48 da Lei nº 11.101/2005). Cômputo do período de exercício da atividade rural

anterior ao registro. Possibilidade. Decisão reformada. I - Sabe-se o art. 971 do Código Civil confere tratamento favorecido ao empresário rural, não sujeito a registro, em relação ao empresário comum. Por esse motivo é que o art. 971 dispensa o empresário rural daquela inscrição que é obrigatória para o empresário comum, estabelecendo que aquele (o rural) "pode requerer inscrição", nos termos do art. 968 do CC. II - Logo, o registro do produtor rural apenas o transfere do regime do Código Civil para o regime empresarial, com efeito *ex tunc*, pois não o transforma em empresário regular, condição que já antes ostentava apenas em decorrência do anterior exercício da atividade econômica rural. III - O STJ, em recentíssima jurisprudência, esclarece que o produtor rural, após obter o registro e passar ao regime empresarial, faz jus a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto à inscrição e aos efeitos desta decorrente (arts. 970 e 971 do Código Civil). Deste modo, adquire o produtor rural a condição de procedibilidade para requerer recuperação judicial, com base no art. 48 da Lei nº 11.101/2005 (LRF), bastando que comprove, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 2 (dois) anos. IV - *In casu*, uma vez implementada a condição de procedibilidade, posto que a agravante realizou a inscrição na Junta Comercial anteriormente a propositora do pedido de recuperação judicial e comprovou a exploração regular de atividade rural há mais de 02 (dois) anos, hei por bem reformar a decisão agravada para deferir o processamento da recuperação judicial à Janine Lemes Garcia de Sousa nos exatos termos da decisão exarada em evento nº 16 para os demais litisconsortes. Recurso conhecido e provido (TJGO - AI: 07141540720198090000, Rel. Ronnie Paes Sandre, 3ª Câmara Cível, j. em 03.06.2020, *DJe* de 03.06.2020).

Agravo de instrumento. Recuperação judicial de produtores rurais. Cabimento. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 48 da Lei nº 11.101/2005. Comprovação do exercício regular da atividade rural há pelo menos 02 (dois) anos. Faculdade do registro. Natureza declaratória da inscrição perante a Junta Comercial com efeitos *ex tunc*. Formalização poucos meses antes do ajuizamento da recuperação judicial incapaz de inviabilizar a pretensão. Alinhamento do entendimento desta corte aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça. - Para pleitear sua recuperação judicial o produtor rural deve exercer a atividade regularmente há pelo menos 02 (dois) anos, mesmo que a inscrição perante a Junta Comercial ocorra em lapso temporal inferior. Isso porque é declaratória a natureza da inscrição dos produtores rurais como empresários perante a Junta Comercial, possuindo efeitos *ex tunc*, porquanto, diferentemente do empresário comum, a atividade empresarial rural por eles exercida pode ser considerada regular independentemente do registro que lhes é facultativo - Diante da comprovação do preenchimento dos requisitos legais, mostra-se cabível a postulação da recuperação judicial pelos produtores que exercem regularmente a atividade rural há mais de dois anos, mesmo tendo os seus registros perante a Junta Comercial sido realiza dos poucos meses antes da propositura do feito. Recurso não provido (TJPR - 0058126-27.2020.8.16.0000, Rel. Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira, 18ª C. Cível, j. em 10.02.2021) (TJPR - ES: 00581262720208160000 PR 0058126-27.2020.8.16.0000, Rel. Des. Péricles Bellusci de Batista Pereira, 18ª Câmara Cível, j. em 10.02.2021 p. da súmula em 11.02.2021).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso. Custas recursais, pela parte agravante.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Alexandre Santiago e Ângela de Lourdes Rodrigues .

Súmula - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo de instrumento - Execução de título extrajudicial - Contrato de promessa de compra e venda - Imóvel objeto de alienação fiduciária - Penhora dos direitos relativos ao contrato - Possibilidade - Bem de família - Não demonstração.

- É cabível a penhora dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária, nos termos do disposto no art. 835, inciso XII, do CPC.

- O STJ firmou entendimento no sentido de que "a regra da impenhorabilidade do bem de família também abrange o imóvel em fase de aquisição, como aqueles decorrentes da celebração do compromisso de compra e venda ou do financiamento de imóvel para fins de moradia, [...]" Precedente. (REsp 1677079/SP. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 25.09.2018, *DJe* de 01.10.2018)

- Não obstante, nos termos da Lei nº 8009/90, a proteção do bem de família só pode ocorrer quando preenchidos os seus requisitos. Inexistindo prova de que o imóvel em questão é destinado à residência da entidade familiar do executado/agravante, não há como prevalecer a regra da impenhorabilidade.

- Recurso desprovido.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0000.20.559028-4/001 - Comarca de Uberlândia - Agravante: Diogo Gregorio dos Santos - Agravado: MRV Engenharia e Participações S.A. Relator: JUIZ DE DIREITO CONVOCADO MARCELO PEREIRA DA SILVA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 26 de janeiro de 2021. - *Marcelo Pereira da Silva* - Relator.

Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO MARCELO PEREIRA DA SILVA - Trata-se de agravo de instrumento, interposto por Diogo Gregorio dos Santos contra a decisão (ordem 64) que, nos autos da ação de execução de título extrajudicial que lhe move MRV Engenharia e Participações S.A., deferiu o pedido formulado pela exequente, ora agravada, de penhora dos créditos indicados, relativos aos direitos contratuais havidos pelo executado em razão do contrato de financiamento firmado com o Banco do Brasil S.A.

Assevera que, em que pese o inciso XII do art. 835 do CPC, que dispõe sobre a penhora dos direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia, é imperioso verificar a inviabilidade de se proceder com tal constrição, visto que o imóvel em questão é absolutamente impenhorável, por se tratar de bem de família, razão pela qual, consequentemente, os direitos relativos à sua aquisição também o são.

Requer a concessão do efeito suspensivo, e ao final, o provimento do recurso para reformar a decisão agravada.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo na decisão de ordem 92. Informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau, ordem 93.

Contrarrazões apresentadas pela agravada, pugnando pelo desprovimento do recurso, ordem 94.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Após a detida análise dos elementos dos autos, não vislumbro fundamentos hábeis a ensejar a reforma da decisão agravada. Senão vejamos.

Extrai-se dos autos que a agravada ajuizou ação de execução de título extrajudicial em desfavor do agravante, em 24.10.2017, com fulcro em contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel, no valor de R$145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais), firmado em 05.08.2015, alegando que, embora tenha firmado acordo de confissão de dívida, o devedor não honrou com o pagamento no valor de R$27.451,59 (vinte e sete mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e cinquenta e nove centavos) (ordem 06 e 25).

Diante do não pagamento por parte do executado/agravante, foram realizadas diversas tentativas de penhora, além de pesquisas junto aos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, todas sem êxito (ordem 38/47, 49 e 58).

Posteriormente, o Juízo *a quo* deferiu o pedido da exequente, ora agravante, de penhora de créditos relativos aos direitos contratuais havidos em razão do contrato de financiamento do imóvel objeto do contrato de compra e venda, firmado com o Banco do Brasil S.A., (ordem 64), contra a qual se insurge o executado, ora agravante.

Vejo que não lhe assiste razão.

De fato, consta da matrícula do imóvel objeto do contrato de compra e venda, ora executado, alienação fiduciária constituída em favor do Banco do Brasil, conforme documento de ordem 62.

Como cediço, o art. 835, inciso XII, do Código de Processo Civil prevê a possibilidade de que a penhora recaia sobre direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia, *in verbis*:

> Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
>
> [...]
>
> XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

Nesse contexto, conquanto não seja possível que a penhora recaia diretamente sobre o bem que foi objeto de promessa de compra e venda ou de alienação fiduciária, tendo em vista que o bem ainda não se encontra na esfera jurídica do executado, é cabível a penhora da expectativa de direito que esta parte tem em relação ao referido bem.

A propósito, já decidiu este Tribunal:

> Agravo de instrumento. Execução. Penhora. Tentativas frustradas. Convênio Bacenjud e Renajud. Sistema Infojud. Acesso a endereço e bens. Base de dados da receita federal do brasil. Penhora direitos aquisitivos. Possibilidade. Precedentes consolidados do STJ. Verificada a dificuldade de localização ou obtenção de bens penhoráveis, deve ser acolhido pedido formulado no sentido de penhorar direitos aquisitivos do imóvel, nos termos do art. 835, XII, do CPC, consoante precedentes consolidados do STJ. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv n° 1.0000.20.046866-8/001, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, 17ª Câmara Cível, j. em 20.08.2020, p. da súmula em 25.08.2020).
>
> Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Penhora de bem imóvel alienado fiduciariamente pelo executado a terceiro. Impedimento. Possibilidade de constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária. - Porque não integra o patrimônio do devedor fiduciante, o bem alienado fiduciariamente a terceiro não pode ser objeto de penhora para pagamento de dívida contraída por aquele. - É admissível a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária, e não a penhora do próprio bem alienado fiduciariamente (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv n° 1.0000.19.003800-0/001, Rel. Des. João Cancio, 18ª Câmara Cível, j. em 23.07.2019, p. da súmula em 23.07.2019).

Dessa forma, permite-se a constrição dos direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária, nos moldes da decisão agravada.

Por outro lado, não se desconhece que o STJ firmou entendimento no sentido de que a regra da impenhorabilidade do bem de família legal também abrange o imóvel em fase de aquisição, como aqueles decorrentes da celebração do compromisso de compra e venda ou financiamento de imóvel para fins de moradia.

A propósito, o seguinte precedente:

> Recurso especial. Direito processual civil. Bem imóvel. Alienação fiduciária em garantia. Direitos do devedor fiduciante. Penhora. Impossibilidade. Bem de família legal. Lei n° 8.009/1990. [...] - Cinge-se a controvérsia a definir se os direitos (posse) do devedor fiduciante sobre o imóvel objeto do contrato de alienação fiduciária em garantia podem receber a proteção da impenhorabilidade do bem de família legal (Lei nº 8.009/1990) em execução de título extrajudicial (cheques). - Não se admite a penhora do bem alienado fiduciariamente em execução promovida por terceiros contra o devedor fiduciante, haja vista que o patrimônio pertence ao credor fiduciário, permitindo-se, contudo, a constrição dos direitos

> decorrentes do contrato de alienação fiduciária. Precedentes. - A regra da impenhorabilidade do bem de família legal também abrange o imóvel em fase de aquisição, como aqueles decorrentes da celebração do compromisso de compra e venda ou do financiamento de imóvel para fins de moradia, sob pena de impedir que o devedor (executado) adquira o bem necessário à habitação da entidade familiar. - Na hipótese, tratando-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade. - Recurso especial provido (REsp 1677079/SP. Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 25.09.2018, *DJe* de 01.10.2018).

Todavia, nos termos da Lei n° 8009/90, a proteção do aludido bem só pode ocorrer quando cumpridos seus rígidos requisitos, os quais, a meu sentir, não foram, por ora, comprovados nos autos.

A Lei Federal nº 8.009/90 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.
>
> [...]
>
> 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.

O ônus de comprovar a alegada impenhorabilidade é do executado, ora agravante, nos termos do art. 373, I, do Código de Processo Civil, encargo do qual não se desincumbiu.

Dessa forma, inexistindo documentos capazes de comprovar, de forma segura, que o imóvel em questão é destinado à residência da entidade familiar do executado/agravante, posto que tal fato demanda melhor instrução do feito, não há como acolher a pretensão recursal.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas pelo agravante, suspensa a exigibilidade.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Álvares Cabral da Silva e Mariangela Meyer.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais - Preliminares - Ofensa ao princípio da dialeticidade - Ausência - Carência probatória - Matéria que se confunde com o mérito - Envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação - Prática abusiva - Erro substancial quanto ao objeto do negócio - Anulação do contrato - Ausência de desbloqueio e utilização do cartão pela consumidora - Inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito - Dano moral configurado - *Quantum* indenizatório - Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

- Não há que se falar em ofensa ao princípio da dialeticidade se a parte recorrente, em sua peça recursal, atacou suficientemente os fundamentos da sentença.

- A preliminar de carência probatória confunde-se com o próprio mérito recursal, devendo ser com este analisado.

- Constitui prática abusiva o envio de cartão de crédito ao consumidor sem o seu requerimento prévio, conforme o disposto do art. 39, III, do CDC e o enunciado da Súmula 532 do STJ, ensejando a reparação.

- Como prevê o art. 171 do Código Civil, o negócio jurídico é anulável quando houver erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

- A teor do disposto no art. 138 do CC, são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.

- O valor da indenização por danos morais deve ser ponderado e fixado em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não se descurando do caráter pedagógico, punitivo e reparatório da indenização. Afigura-se, portanto, razoável a fixação do *quantum* indenizatório em R$10.000,00 (dez mil reais).

Apelação Cível nº 1.0000.20.566833-8/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Olga Teresa Senne de Moraes – Apelado: Portoseg SA Crédito Financiamento e Investimento. – Relatora: Desª 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 rejeitar a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade e dar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Aparecida Grossi*. – Relatora.

Voto

DESª. APARECIDA GROSSI - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Olga Teresa Senne de Moraes, contra a sentença proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais, ajuizada em face de Portoseg S.A. Crédito Financiamento e Investimento, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I do CPC/2015, julgo improcedentes os pedidos encartados na exordial.

Imponho à autora o pagamento das custas e de honorários advocatícios que arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor atribuído à causa, suspensa a exigibilidade, pois foi concedida a gratuidade judiciária à autora na decisão de ID 95962514.

Em suas razões recursais, a recorrente sustenta, em síntese, que não celebrou nenhum contrato para utilização de cartão de crédito com a apelada, afirmando que "não solicitou e nem tão pouco utilizou o cartão de crédito enviado pela Apelada, sendo que só tomou conhecimento da sua existência, quando seu nome foi negativado".

Sustenta que "a Apelante nasceu em data de 29 de outubro de 1947, contando mais de setenta anos de idade, não tendo nenhuma intimidade com as novas tecnologias, especialmente correio eletrônico, *e-mail*, etc, sendo aposentada, tendo como renda mensal apenas a sua aposentadoria, no valor correspondente ao salário mínimo".

Outrossim, alega que

> se a Apelada enviou o cartão de crédito para o endereço da Apelante e este foi recebido por um dos seus filhos que, conseguiu desbloquear o cartão e passou a utilizá-lo, a culpa pelo evento deve ser debitada exclusivamente à Apelada, que permitiu que pessoa diversa da Apelante, promovesse o desbloqueio e utilização do cartão de crédito.

Ressalta, ainda, que "como a Apelada não produziu prova no sentido de que o cartão foi entregue e recebido diretamente pela Apelante, presume-se que o recebimento do cartão foi realizado por terceiro, fato que é suficiente para demonstrar a negligência e imprudência da Apelada".

Por fim, aduz que "a prova produzida demonstrou que as conversas noticiadas nos autos, não se deram entre a Apelante e os prepostos da Apelada, já que ocorreram através de dispositivos eletrônicos ou *Emails* que a Apelante não possui."

Requer o provimento do recurso para que seja declarada a inexistência da dívida negativada, reconhecendo a ilicitude do ato praticado pela apelada em enviar cartão de crédito não solicitado e permitir a sua utilização por terceiro, além da condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais, em virtude da negativação noticiada nos autos.

A apelada apresentou contrarrazões no doc. eletrônico nº 49, arguindo preliminares de não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade e de carência probatória. Requereu, no mérito, a manutenção da sentença.

Intimada a apelante a se manifestar quanto à preliminar suscitada em contrarrazões, assim o fez no doc. eletrônico nº 51.

É o Relatório.

Juízo de admissibilidade

Não conhecimento do recurso - violação ao princípio da dialeticidade (Suscitada pela apelada em sede de contrarrazões)

Em contrarrazões, argui a requerida/apelada preliminar de não conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialeticidade, alegando que as razões da apelação não atacam os fundamentos da sentença.

O art. 932, III, do CPC estabelece o seguinte: "Art. 932. Incumbe ao relator: III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; [...]."

O dispositivo legal sobredito trata, na segunda parte, do princípio da dialeticidade, através do qual a parte, ao manifestar seu inconformismo com o ato judicial, precisa necessariamente indicar os motivos de fato e de direito pelos quais se requer novo julgamento da questão nele cogitada.

Sobre a questão, lecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha:

> A apelação tem de conter, ainda, a exposição do fato e do direito aplicável e as razões que justifiquem o pedido recursal (art. 1.010, II e III, CPC), que hão de ser apresentadas juntamente com a petição de interposição, não havendo chance para juntada ou complementação posterior. Em razão dessa exigência, não se permite a interposição de apelação por "cota nos autos", nem por referência a alguma outra peça anteriormente oferecida, de forma que não se admite apelação cujas razões se restrinjam a reportar-se à petição inicial, à contestação ou à outra peça apresentada. A apelação deve "dialogar" com a sentença apelada: é preciso combater os pontos da decisão, e não simplesmente reiterar manifestações anteriores. O art. 932, III, CPC, é muito claro ao reputar inadmissível recurso que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida. (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da.

> Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela *nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13ª. ed. Salvador:-JusPodivm, v. 03, 2016, p. 176/177).

Compulsando os autos, verifica-se que Magistrado primevo entendeu que a autora estava ciente quanto à contratação do cartão de crédito e o utilizou para compras, entendendo como legítima a inserção de seu nome nos cadastros restritivos de créditos pela requerida, não havendo que se falar em indenização por danos morais.

Por sua vez, em suas razões recursais, a apelante alega que não estava ciente do cartão, que jamais o solicitou, e que todas as compras foram realizadas por terceiro, sem a sua ciência ou anuência, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da congruência ou da dialeticidade.

Destarte, entendo que no caso em tela não se vislumbra o vício sobredito, na medida em que a autora impugna especificamente os fundamentos da sentença.

Assim, rejeito a preliminar.

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, e passo à análise das suas razões.

Preliminares

Carência probatória (Suscitada pela ré em sede de contrarrazões)

Releva assinalar que a preliminar de carência probatória, suscitada em contrarrazões pela requerida, confunde-se com o mérito recursal, devendo ser com ele analisada.

Mérito

Cuidam os autos de ação declaratória de inexistência de relação jurídica c/c indenização por danos morais, por meio da qual se discute a legalidade da inscrição do nome da autora nos órgãos de proteção ao crédito, em razão de dívida referente a cartão de crédito enviado pela apelada.

Alega a autora, na inicial, que somente ficou sabendo da existência do cartão de crédito quando entrou em contato com a apelada para questionar acerca da negativação. Afirma que, anteriormente, havia feito seguro de seu veículo por meio da seguradora Porto Seguro - Cia de Seguros Gerais, mas que já havia efetuado o pagamento de todas as parcelas contratadas e que seu veículo nem seria mais segurado pela referida empresa.

Sustenta que as provas acostadas aos autos demonstram que a requerente acreditava tratar-se de relação jurídica de seguro veicular, por ter sido a única contratação que realizou junto à requerida, e que as conversas sobre o uso dos cartões e aumento do limite do crédito foram realizadas por terceiro e com total desconhecimento da autora.

Por tal razão, requereu a autora a declaração de nulidade das dívidas negativadas, em razão da ilicitude do envio do cartão de crédito não solicitado, e a condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais.

A controvérsia que assoma dos autos cinge-se à existência de defeito na relação jurídica entabulada entre as partes que a torne anulável, bem como se existe algum valor cobrado indevidamente e se tais fatos acarretaram dano moral à autora.

Cumpre destacar que a ausência de esgotamento da via administrativa não é óbice para que a parte recorra ao Judiciário para reivindicar eventual direito que entende ter sido lesado. Tal exigência encontra vedação no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Assim, ao contrário do que argumenta a apelada, a eventual ausência de busca de solução para o conflito pela autora na esfera administrativa não é óbice à propositura da demanda.

Noutro giro, insta asseverar que devem ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, por existir inequívoca relação de consumo entre as partes.

Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade civil da apelada é objetiva, nos termos do art. 14, do CDC, respondendo pelos danos causados ao consumidor em decorrência da falha da prestação de serviços, sem necessidade de discussão acerca de dolo ou culpa, *in verbis*:

> Art. 14 - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
>
> §1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - o modo de seu fornecimento;
>
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi fornecido.
>
> [...]
>
> § 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
>
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
>
> I - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Convém esclarecer, *a priori*, que o Código de Defesa do Consumidor não alterou as regras do ônus da prova estabelecidas no art. 373 do CPC/2015 (art. 333, CPC/73), permanecendo para o autor a prova dos fatos constitutivos do direito invocado e para o demandado, dos fatos extintivos, impeditivos ou modificados.

Portanto, para a análise do pedido inicial pela ótica da responsabilidade civil objetiva, basta que a parte autora prove o dano e o nexo causal com a conduta do agente, ficando a parte ré com o ônus da prova contrária, ou seja, de ocorrência de excludente de ilicitude que eventualmente afaste o nexo de causalidade entre o dano do consumidor e sua ação.

Feitas essas considerações, passo à análise das provas produzidas.

No caso vertente, extrai-se dos autos que a requerida enviou cartões à autora que não foram solicitados por ela, tendo em vista que a apelada não juntou provas de qualquer solicitação e nem de qualquer contrato assinado pela autora que comprovasse a ciência e a anuência da autora com o cartão de crédito.

Sendo assim, diante da ausência de provas no sentido de demonstrar que o cartão de crédito foi solicitado pela autora, entende-se que este foi enviado sem o prévio consentimento e requerimento por parte da consumidora apelante, o que é considerado uma prática abusiva pelo STJ. Nesse sentido é a orientação editada na Súmula 532 do STJ: "Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa."

A propósito, cumpre também colacionar o seguinte julgado:

> Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Envio de cartão com função crédito. Solicitação pelo consumidor. Inexistência conduta abusiva. Dano moral configurado. Indenização. Valor equitativo, proporcional e razoável. Decisão mantida. 1 - Independentemente da múltipla função e do bloqueio da função crédito, constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa. Precedentes. 2 - O valor da indenização por danos morais arbitrado na decisão agravada mostra-se equitativo, proporcional e razoável. 3 - Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1692076/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 06.02.2020, DJe 11.02.2020).

Sob outra ótica angular, em relação à tese argumentativa levantada pela autora, no sentido de que esta teria incorrido em erro substancial quando da celebração do contrato por meio de ligação telefônica, após o envio do cartão de crédito, cumpre transcrever o que prevê o art. 171, II, do CC/2002: "Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores."

Nesse sentido, convém registrar que, a teor do disposto no art. 138 do CC, que dispõe sobre o erro ou ignorância, são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial, que se traduz, no caso vertente, à luz do art. 139 do CC, quando interessar à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais.

Sobre o tema, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

> O pressuposto do negócio jurídico é a declaração da vontade do agente, em conformidade com a norma legal, e visando a uma produção de efeitos jurídicos. Elemento específico é, então, a emissão de vontade.

> Se falta, ele não se constitui. Ao revés, se existe, origina o negócio jurídico. Mas o direito não cogita de uma declaração de vontade qualquer. Cuida de sua realidade, de sua consonância com o verdadeiro e íntimo querer do agente, e de sua submissão ao ordenamento jurídico. Na verificação do negócio jurídico, cumpre de início apurar se houve uma declaração de vontade. E, depois, indagar se ela foi escorreita. Desde que tenha feito uma emissão de vontade, o agente desfechou com ela a criação de um negócio jurídico. Mas o resultado, ou seja, a produção de seus efeitos jurídicos, ainda se acha na dependência da verificação das circunstâncias que a envolveram. É que pode ter ocorrido uma declaração de vontade, mas em circunstâncias tais que não traduza a verdadeira atitude volitiva do agente, ou persiga um resultado em divórcio das prescrições legais. Nesses casos, não se nega a sua existência, pois que a vontade se manifestou e o negócio jurídico chegou a constituir-se. Recusa-lhe, porém, efeitos o ordenamento jurídico. Pode-se dizer então que há negócio jurídico, porém defeituoso, e nisto difere de todo daquelas hipóteses em que há ausência de vontade relativamente ao resultado, casos nos quais o negócio jurídico inexiste como tal e deve ser tido por nulo, o que ocorre quando o agente apenas parece ter realizado uma emissão de vontade sem tê-la feito ou sem ter capacidade para fazê-la, e nesses casos há um ato aparente e não verdadeiro (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p.429).

Acrescenta, ainda, o autor supracitado:

> O mais elementar dos vícios do consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro. Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos. Importa na falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 432).

No caso dos autos, conforme se depreende das provas juntadas pelas partes, é evidente a existência de vício na manifestação da vontade da autora, decorrente de erro substancial em relação ao objeto contratado, tendo em vista que a autora acreditava estar realizando um cadastro referente ao seu seguro de veículo, não tendo compreendido, à época, que estava negociando com a requerida a liberação de um cartão de crédito.

Tal conclusão permite-se a partir do exame da gravação da "Ligação de boas-vindas", disponibilizada pela apelada em doc. eletrônico nº 33, realizada entre a autora, Sra. Olga Teresa Senne de Moraes, e a atendente da Porto Seguro Rosimeire Caetano, cujas falas se transcreve a seguir:

> [...]
>
> Atendente Porto Seguro: [...] Senhora Olga, entrei em contato com a senhora para desejar boas-vindas referente ao cartão, o qual a senhora já recebeu e vai receber por esses dias, da Porto Seguro, ok? [...] Apenas atualizar o cadastro, passar algumas informações, qualquer dúvida é só a senhora me perguntar, tá bom?
>
> [...]

Atendente Porto Seguro: O estado civil da senhora consta como casada, está certo?

Sra. Olga: Isso.

Atendente Porto Seguro: Para o cadastro, qual o primeiro nome e último sobrenome de seu esposo?

Sra. Olga: O nome dele é Pedro Rodrigues de Moraes Silva.

Atendente Porto Seguro: É Leonardo?

Sra. Olga: Pedro... Não... Leonardo não, Leandro... Mas é o que vai dirigir, o que pode dirigir? É isso?

Atendente Porto Seguro: Não. O estado civil da senhora consta como casada, certo?

Sra. Olga: Certo, mas só que ele não dirige.

Atendente Porto Seguro: Não, é somente para o cadastro.

Sra. Olga: Ah, não... é Pedro Rodrigues de Moraes Silva. [...]

Atendente Porto Seguro: Certo. Senhora Olga, lembrando que a Porto, ela não pede senha por telefone nem por e-mail, se caso isso ocorrer, não é prática da Porto Seguro, e toda vez que a senhora for utilizar o cartão da Porto Seguro, a senhora acumula pontos. Essa pontuação, a senhora pode trocar por descontos no seu seguro do ano que vem, e a senhora tem descontos de até 25% na sua franquia. Esse é um programa gratuito. Quando a senhora for utilizar o cartão, automaticamente, a senhora recebe as mensagens no seu celular que foi utilizado. A senhora conta com investimento mensal de R$4,99 por cartão, que lhe protege contra perda, roubo, compra indevida e saques sob coações. Senhora Olga, assim que a senhora receber o seu cartão, se a senhora quiser, a senhora pode baixar o aplicativo do cartão da Porto Seguro. Para baixar, é só a senhora buscar por "cartão de crédito Porto Seguro" e, com esse aplicativo instalado, basta a senhora se cadastrar, que nele a senhora tem todas as informações do seu cartão também, tá bom?

Sra. Olga: Ah, tá bom. Eu dou para meu filho porque eu não sei mexer com essas coisas. A gente vai ficando velha, a gente... né? Aí eu dou pra ele e ele ... (inaudível)

Atendente Porto Seguro: Ah, tudo bem, imagina. Senhora Olga, a Porto Seguro, pensando na sua pontuação, presenteia a senhora com dois cartões adicionais gratuitos livres de anuidade. Como eles não têm custo de anuidade e ajudam a senhora na pontuação, um já está disponível no nome de seu esposo. Porém eles vêm bloqueados, o desbloqueio é somente a senhora que faz, com o CPF dele, tá bom?

Sra. Olga: Tá bom.

Atendente Porto Seguro: A senhora deseja colocar mais alguém, filhos, maiores de 16?

Sra. Olga: Um filho, que ele que está, assim, mais dirigindo pra mim, também, sabe?

Atendente Porto Seguro: Ah, tudo bem. Qual é o nome dele?

Sra. Olga: Leva eu e meu esposo nos lugares. É Leandro Senne de Moraes.

Atendente Porto Seguro: Só um momento, qual é o nome dele?

Sra. Olga: Leandro Senne de Moraes [...] [...]"

Como se vê, é perceptível que a autora não entendeu que se tratava de cartão de crédito, apenas acreditou que se tratava de cadastro referente ao seguro veicular, por suas falas: "[...] Mas é o que

vai dirigir, o que pode dirigir? É isso? [...] Certo, mas só que ele não dirige. [...] Um filho, que ele que está, assim, mais dirigindo pra mim, também, sabe? [...] Leva eu e meu esposo nos lugares. [...]

A própria autora, na ligação, informa que não compreende bem assuntos dessa natureza, por ser idosa, quando diz que: "[...] Eu dou para meu filho porque eu não sei mexer com essas coisas. A gente vai ficando velha, a gente... né? [...]"

Nessa ordem de ideias, é possível concluir que desde a primeira ligação a autora, senhora idosa, não conseguiu compreender que estava sendo negociada na ligação a contratação de cartão de crédito. Na verdade, percebe-se nitidamente que a autora informou os dados de seu esposo e de seu filho, acreditando estar realizando simples cadastro referente ao seguro do veículo, o que, à evidência, configura-se como um erro substancial em relação ao objeto do contrato.

Somado a isso, a falta de ciência da autora quanto ao cartão fica evidente também nas demais gravações juntadas pela apelada, também no doc. eletrônico nº 33.

Isso porque, no segundo áudio, nomeado "Ligações para obter informações e confirmar utilização", constata-se que a autora se indispôs psicologicamente em razão da confusão em relação à contratação do cartão de crédito, sendo necessário que seu filho assumisse a conversa realizada com a funcionária da ré:

> [...]
>
> Filho da Sra. Olga: [...] eu estou olhando com a minha mãe aqui, é um contrato, acho que de um financiamento que foi feito a ela, certo, você quer o número do contrato? Porque estão cobrando dela e ela quer saber o que que é isso, porque ela não sabe o que que é. Como que eu faço pra saber?
>
> Atendente Porto Seguro: É Olga Teresa Senne?
>
> Filho da sra. Olga: Isso, de Moraes.
>
> Atendente Porto Seguro: Ela está aí?
>
> Filho da sra. Olga: Não, ela não está aqui agora não, porque ela até passou mal por causa disso.
>
> Atendente Porto Seguro: Certo. Informações a gente só passa ao titular ou algum responsável que esteja autorizado.
>
> [...]

Por fim, na última gravação disponibilizada pela apelada, que retrata uma conversa entre a autora e a atendente Cristina, observa-se que aquela informa que não sabia que se tratava de cartão de crédito e que acreditava ser apenas um cadastro referente ao seguro do veículo também firmado com a requerida:

> Sra. Olga: [...] usaram um cartão no meu nome e eu não tenho nada a ver com isso, não fui eu que fiz essas compras, então eu queria ver o que que você pode me ajudar. Eu precisava da cópia do contrato.
>
> [...]

> Atendente Porto Seguro: A senhora ficou sabendo como que existia um cartão de crédito em seu nome?
>
> Sra. Olga: Não, quando eu fiz o seguro do carro, eles me deram o cartão, só que eu nem desbloquear não desbloqueei, e esse Leandro, que também tinha, que ele também dirigia o carro, ele desbloqueou o dele e fez compras no meu nome sem eu saber. E tá devendo, e agora eu recebi do Serasa, meu nome foi pro SPC.
>
> Atendente Porto Seguro: Mas esse Leandro é o quê da senhora?
>
> Sra. Olga: É filho.
>
> Atendente Porto Seguro: Porque assim, uma vez que um familiar da senhora desbloqueia o cartão e utiliza, a responsabilidade é da senhora e dele, não tem como fazer nenhum cancelamento, a dívida é ativa.
>
> Sra. Olga: Agora, você vê... Eu fiz tudo inocentemente, eu não sabia que tinha esse direito, eu pensei que fosse só para o seguro do carro, não me falaram nada, eu não tenho condição, meu marido é doente, não tenho condição, agora, e meu nome que vai pra lá? Se foi ele que fez sem eu saber. [...] Eu não autorizei porque eu não sabia que tinha esse direito de comprar as coisas. Eu pensei que fosse só do carro, você entendeu? Porque das outras vezes que eu fiz o seguro, não tinha nada disso.
>
> Atendente Porto Seguro: Entendi. O cartão de crédito, ele serve realmente pra isso, para esse fim, para utilizar em compras [...].
>
> [...]"

Além disso, o somatório das demais provas carreadas aos autos comprova que a liberação e a utilização do cartão de crédito não foram feitas pela autora, mas sim por terceiro.

Ressalta-se que, em todos os protocolos de atendimento on-line juntados pela apelada (docs. eletrônicos nº 27/32), o e-mail cadastrado é "leandro_moraes@yahoo.com", ou seja, não pertence à autora. Além disso, o teor das conversas também leva ao entendimento de que não foram realizadas pela apelante, tendo em vista a linguagem utilizada e a insistência do interlocutor em conseguir fazer alterações no limite do cartão sem precisar apresentar todos os documentos do titular da conta, conforme se transcreve:

> [...]
>
> Muita burocracia pra pedir esse aumento! Sendo eu a titular do cartão deveria ser na hora o aumento ... pago sempre certinho
>
> [...]
>
> Já deveriam ter aumentado automaticamente [...]
>
> Muita coisa pra pedir um aumento, não sei o porquê disso! Por que não aumentaram automático ainda??
>
> [...]

Ao receber a resposta da atendente da Porto Seguro, de que "em sistema o aumento de limite automático não está disponível, somente mediante ao envio de documentos" (entre eles cópia do CPF; holerite; comprovante de recebimento do benefício do INSS; extrato bancário com limite de che-

que especial; fatura de outro cartão de crédito), o interlocutor respondeu apenas "Entendi, vou ver o que faço", não prosseguindo com o aumento do limite do cartão.

Por fim, ainda que se fosse cogitar que o vício da vontade fosse convalidado pelo uso do cartão de crédito pelo filho da autora, no caso dos autos, tal entendimento não pode ser adotado, porque, conforme transcrição do primeiro áudio disponibilizado pela apelada, "Ligação de boas-vindas" (doc. eletrônico nº 33), foi informado pela atendente que somente a autora poderia realizar o desbloqueio do cartão:

> [...]
>
> Atendente Porto Seguro: [...] Senhora Olga, a Porto Seguro, pensando na sua pontuação, presenteia a senhora com dois cartões adicionais gratuitos livres de anuidade. Como eles não têm custo de anuidade e ajudam a senhora na pontuação, um já está disponível no nome de seu esposo. Porém eles vêm bloqueados, o desbloqueio é somente a senhora que faz, com o CPF dele, tá bom?
>
> [...]

A apelante alega que não desbloqueou o cartão e que não autorizou ninguém a desbloqueá-lo. Como se trata de prova negativa, ou prova diabólica, caberia à requerida provar que referido desbloqueio foi realizado pela própria autora.

Dessa maneira, ainda que a apelada demonstrasse que o desbloqueio foi realizado pelo filho da autora ou por outro terceiro, isso estaria em contradição com a fala da própria atendente no áudio de boas-vindas, no sentido de que o desbloqueio somente poderia ser realizado pela autora, o que demonstra a negligência da apelada.

Sendo assim, não havendo nos autos nenhuma prova de que a própria autora realizou o desbloqueio, não há que se falar em anuência da autora com o cartão de crédito enviado sem sua solicitação, o que não afasta, porém, o direito da ré de eventualmente buscar reparação perante o terceiro fraudador.

Destarte, provado que a apelante incorreu em erro substancial quanto ao objeto da relação jurídica, viciando, em consequência, a sua vontade, e que não desbloqueou ou utilizou o cartão, não convalidando seu envio não solicitado, a relação jurídica deve ser anulada.

Imperioso ressaltar que se trata de relação jurídica celebrada com pessoa vulnerável, que deve ser especialmente protegida pelo ordenamento jurídico.

A respeito da vulnerabilidade, prevista no art. 4º, I, do CDC, Rizzatto Nunes leciona:

> O inciso I do art. 4º reconhece: o consumidor é vulnerável.
>
> Tal reconhecimento é uma primeira medida de realização da isonomia garantida na Constituição Federal.
>
> Significa ele que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.

> O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.
>
> É por isso que, quando se fala em «escolha» do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro.
>
> O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor. É fato que haverá consumidores individuais com boa capacidade econômica e às vezes até superior à de pequenos fornecedores. Mas essa é a exceção da regra geral (NUNES, Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 122/123).

Além disso, urge frisar que norteiam a relação jurídica consumerista os princípios da transparência, boa-fé e da confiança que elevam a importância da clareza e precisão da informação prestada pelo fornecedor ao consumidor, visando a proteger a parte hipossuficiente da relação de possíveis enganos ou erros.

A propósito, Cláudia Lima Marques destaca:

> O direito à informação assegurado no art. 6º, III, corresponde ao dever de informar imposto pelo CDC nos arts. 12, 14, 18 e 20, nos arts. 30 e 31, nos arts. 46 e 54 ao fornecedor. Este dever de prestar informação não se restringe à fase pré-contratual, da publicidade, práticas comerciais ou oferta (arts. 30,31,34,35, 40 e 52), mas inclui o dever de informar através do contrato (arts. 46, 48, 52 e 54) e de informar durante o transcorrer da relação (a contrario, art. 51, I, IV, XIII, c/c art. 6º, III), especialmente no momento da cobrança da dívida (a contrario, art. 42, parágrafo único, c/c art. 6º, III), ainda mais nos contratos cativos de longa duração, [...] pois, se não se sabe dos riscos naquele momento, não pode decidir sobre a continuação do vínculo ou o tipo de prestação futura, se contínua; se não sabe quanto pagar ou se houve erro na cobrança ou se está discutindo quanto pagar, necessita a informação clara e correta sobre a dívida e suas parcelas. Neste momento informar é mais do que cumprir com o dever anexo de informação - é cooperar e ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade (pois é fornecedor que detém a informação!) e boa fé. (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 178)

Sobre a boa-fé objetiva, Sérgio Cavalieri Filho apresenta as seguintes lições:

> O Código de Defesa do Consumidor adotou, expressamente, a cláusula geral da boa-fé objetiva no seu art. 4º, III, o que importa dizer que deve ser ela considerada inserida em todas as relações jurídicas de consumo. [...]
>
> Em primeiro lugar, é fonte de novos deveres anexos ou acessórios (função criadora ou integrativa), tais como o dever de informar, de cuidado, de cooperação, de lealdade. Importa dizer que em toda e qual-

quer relação jurídica obrigacional de consumo esses deveres estarão presentes, ainda que não inscritos expressamente no instrumento contratual. Quem contrata não contrata apenas a prestação principal; contrata também cooperação, respeito, lealdade etc.

[...]

Destarte, o credor tem a obrigação de se abster de todo e qualquer ato, mesmo lícito, que seja capaz de tornar a execução da obrigação do devedor mais onerosa. O direito do outro, a ser preservado no contrato, é agora preocupação da contraparte. A vantagem excessiva, antes indício de um bom negócio, já não é mais assim vista. O que conta é a probidade, a preocupação com o direito do outro, o sentimento de colaboração que deve presidir os negócios jurídicos.

[...]

A segunda função da boa-fé objetiva é a função interpretativa; critério hermenêutico ou paradigma interpretativo destinado ao juiz para ser utilizado na interpretação de todo negócio jurídico que gera relação de consumo. Tal critério, na medida em que privilegia o sentido mais conforme à lealdade e honestidade entre as partes, proíbe a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir, prejudicar ou tirar vantagem sem justa causa. Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que em todas as relações de consumo as partes devem pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social.

[...]

A terceira função da boa-fé é a função de controle - limite ao exercício dos direitos subjetivos, "seja reduzindo a liberdade dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e liberando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta" (Claudia Lima Marques, ob. cit., p. 215) (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo. Átlas, 2019. p. 62/63).

No tocante à transparência, o autor supracitado assevera:

Em suma, o princípio da transparência inverteu os papéis tradicionais. Antes era o consumidor que tinha que correr em busca da informação.

Quando ia comprar um carro usado em uma agência, tinha que virá-lo do avesso para não ser enganado; antes de fazer um contrato de seguro, tinha que procurar saber tudo a seu respeito para não ser surpreendido; tinha que procurar conhecer as cláusulas gerais arquivadas em um cartório qualquer lá no fim do mundo.

Hoje, como assinalado, os papéis se inverteram e é o fornecedor que tem o dever de informar, dever esse que persiste não só na fase pré-contratual, quando as informações são fundamentais para a decisão do consumidor, mas até na fase pós-contratual, como se vê do art. 10, § 1o, do CDC [...] (Cavalieri Filho, Sérgio. Programa de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo. Átlas, 2019, p. 66).

Portanto, nessa hipótese, diante da ausência de prova de solicitação, de desbloqueio e de utilização do cartão pela autora, considerando que ela acreditou tratar-se de contrato de seguro veicular e

não de cartão de crédito, deve-se interpretar a situação de forma mais favorável à consumidora, anulando a relação jurídica referente ao cartão de crédito.

A propósito, já decidiu este eg. Tribunal:

> Apelação cível. Ação anulatória de negócios jurídicos c/c repetição de indébito e reparação por danos morais. Pactos de cartão de crédito consignado. Vício de consentimento. Empréstimos pessoais. Erro substancial. Contratações inválidas. Descontos em folha de pagamento. Restituição dos valores. Reparação por dano moral. Prejuízo configurado. Indenização. Critérios de arbitramento. - A força obrigatória dos Contratos cede às máculas que recaem sobre a manifestação volitiva, que têm o condão de tornar nulo ou anulável o negócio jurídico, o que ocorre nas hipóteses de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude. - Quando comprovadamente realizado com vício de consentimento, o contrato é passível de anulação. - As pessoas jurídicas prestadoras de serviços respondem, objetivamente, por prejuízos decorrentes de falha na consecução de suas atividades, por se tratar de responsabilidade oriunda do risco do empreendimento. - As cobranças de parcelas, mediante consignações mensais em folha de pagamento, com base em inválidas e anuladas contratações de Empréstimos Pessoais, autorizam a restituição dos respectivos valores. - Essas condutas ilegais atentam contra o Sistema de Proteção ao Consumidor e materializam práticas abusivas e deflagradoras de dano moral. - No arbitramento do valor indenizatório devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e as suas repercussões. - O ressarcimento por dano extrapatrimonial não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pela prática dos ilícitos (TJMG - Apelação Cível 1.0473.17.001391-5/001, Relator: Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 06.02.2020, p. em 18.02.2020).
>
> Direito civil e processual civil. Ação ordinária. Compra e venda de imóvel urbano. Escritura pública. Erro na correta indicação da matrícula do bem. Vício de consentimento. Configuração. Rescisão do contrato. Volta ao *status quo ante*. 1. Tenho que, de acordo com a causa de pedir apresentada na petição inicial, e independentemente do *nomen iuris* dado à ação e dos pedidos expressamente formulados, constata-se que pretendeu o autor, ora apelado, a declaração de nulidade da escritura de compra e venda do imóvel por ele vendido à ré, ora apelante, em razão de alegado erro sobre o objeto do contrato (o imóvel levado a registro tem uma construção, enquanto o imóvel vendido não a tem); sendo que o pedido de obrigação de fazer para que a requerida regularizasse a situação é mera consequência lógico-jurídica da pretensão anulatória. 2. O negócio jurídico também é anulável por erro "quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio". (art. 138 do CC). 3. Rescindido o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, as partes contratantes devem voltar ao *status quo ante*, com a restituição do preço ou do montante pago pelo comprador devidamente corrigido (TJMG - Apelação Cível 1.0674.16.000469-5/001, Relator: Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 11.04.2018, p. em 20.04.2018).

No tocante ao pedido indenizatório, entendo que assiste razão à autora, tendo em vista que os danos morais restaram comprovados diante da conduta da apelada de enviar cartão de crédito sem sua solicitação e sem o seu entendimento acerca do que se tratava, pois sua vontade estava maculada por erro substancial quanto ao objeto, além de permitir o desbloqueio do cartão por terceiro e negativar o nome da autora por esses gastos.

Ressalta-se, novamente, o segundo áudio juntado aos autos, já transcrito acima, em que o filho da autora informa à atendente da Porto Seguro que a autora até passou mal em razão de toda a situação ora discutida.

Em relação ao montante da indenização, sabe-se que deve ser estipulado pelo magistrado de forma equitativa, de modo que não seja tão alto a ponto de importar em enriquecimento sem causa da vítima, nem tão 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 (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 3, responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: 2019, 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. (ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. Código civil comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 914).

Destarte, a fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observados o caráter pedagógico, punitivo e reparatório da indenização.

Insta asseverar que o entendimento desta eg. 17ª Câmara Cível, em hipóteses similares, sempre foi de fixar o valor da indenização, em casos similares, em quantia equivalente a 20 (vinte) salários mínimos.

Todavia, o valor supracitado afigura-se exorbitante, e reapreciando os fundamentos para a fixação do dano moral que deve observar as particularidades do caso concreto, revestir-se de caráter pedagógico, inibidor, punitivo e compensatório, bem como em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, entendo que a quantia de R$10.000,00 (dez mil reais) mostrar-se-ia suficiente para reparar os prejuízos sofridos pelo apelado.

A propósito, confira-se o julgado do col. STJ:

> Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual civil. Decisão de admissibilidade do recurso especial. Fundamentos impugnados. Reconsideração. Responsabilidade civil por inclusão indevida em cadastro restritivo de crédito. *Quantum* do dano moral. Valor razoável. Agravo interno provido. Agravo em recurso especial conhecido. Recurso especial desprovido. 1. Em decorrência da impugnação dos fundamentos da decisão que negou seguimento ao recurso especial, o agravo interno merece provimento. 2. O valor arbitrado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais somente pode ser revisado em sede de recurso especial quando irrisório ou exorbitante. 3. No caso, o montante fixado em R$10.000,00 (dez mil reais) não se mostra exorbitante nem desproporcional aos danos causados ao ofendido, pela inscrição de seu nome em órgão de proteção ao crédito, oriunda de cobrança indevida. 4. Agravo interno provido, a fim de conhecer do agravo do art. 1.042 do CPC/2015 para negar provimento ao recurso especial (AgInt no AREsp 1648035/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 24.08.2020, DJe 15.09.2020).

Destarte, considerando o recente julgado do Col. Superior Tribunal de Justiça, que é o responsável pela interpretação da lei infraconstitucional, reposiciono-me para fixar o valor da indenização por danos morais, decorrente de inscrição indevida nos órgãos de proteção ao crédito, em R$10.000,00 (dez mil reais).

Por fim, cumpre gizar que os valores deverão ser corrigidos monetariamente pelo IGP-M, desde a data de cada cobrança, conforme a Súmula nº 43 do STJ, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a citação.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para:

a) declarar a nulidade da relação jurídica referente ao cartão de crédito objeto da lide e consequentemente, a inexistência do débito ora discutido;

b) determinar que a apelada promova a exclusão do nome da autora dos cadastros de proteção ao crédito, sob pena de multa diária de R$1.000,00 (mil reais), limitada a R$30.000,00 (trinta mil reais);

c) condenar a apelada ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$10.000,00 (dez mil reais), com juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, e correção monetária a partir desta decisão.

Tendo em vista o que restou decidido, condeno a apelada ao pagamento integral das custas processuais, inclusive recursais, e dos honorários advocatícios, que majoro para 17% (dezessete por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11 do CPC.

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Acompanho o judicioso voto da Em. Relatora, para dar provimento ao recurso, reformando a r. Sentença, para julgar procedentes os pedidos iniciais da autora, declarando a nulidade do negócio jurídico objeto da presente demanda, com a consequente inexistência do débito ora discutido; ordenar a exclusão do nome da postulante dos cadastros restritivos ao crédito e condenar a postulada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$10.000,00 (dez mil reais), devidamente corrigidos monetariamente, pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, deste Eg. Tribunal, e acrescidos de juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês.

Registro que, não obstante comungue do entendimento de que, nestes casos, em que há vício de consentimento da contratação, o *quantum* reparatório deva ser fixado em 20 (vinte) salários mínimos - a fim de cumprir a sua função compensatória pelo ultraje experimentado pelo lesado e, ainda, levando-se em conta a condição da ofensora -, não se pode olvidar que, em sua Exordial (cód. 02), a requerente pugnou pelo recebimento do valor arbitrado pela Em. Relatora (de R$10.000,00 - dez mil reais), devendo, pois, o Julgador se ater aos limites da lide, nos termos do disposto nos arts. 141 e 492, do CPC, não fixando a indenização por danos extrapatrimoniais em quantia superior àquela pretendida pela parte.

DES. AMAURI PINTO FERREIRA - De acordo com a Relatora.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação cível - Compra pela internet - Cancelamento da compra - Estorno não realizado - Administradora de cartão de crédito - Cadeia de fornecedores - Responsabilidade - Dano moral configurado - Valor indenizatório - Observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

- A administradora de cartão de crédito, por fazer parte da cadeia de fornecimento, responde pelos danos causados ao consumidor.

- O desgaste, a preocupação com uma cobrança injusta e o sentimento de impotência experimentado pelo autor, diante do descaso da parte requerida em dar solução justa e em tempo hábil a uma questão simples de ser resolvida na via extrajudicial, ensejam na devida reparação por dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.20.580806-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Fabiano Borges Pereira - Apelado: Banco Bradesco Cartões S.A. Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2021. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Voto

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente embate sobre recurso de apelação interposto por Fabiano Borges Pereira, contra sentença proferida pela MM.ª Juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Pirapora, Dr.ª Moema Miranda Gonçalves, nos autos da ação de repetição de indébito, ajuizada em desfavor de Banco Bradesco Cartões S.A., que julgou improcedente o pedido inicial.

Alega o apelante, em apertada síntese, que a legislação prevê a prerrogativa ao consumidor de se arrepender de compra realizada fora do estabelecimento comercial, fixando o prazo de sete dias contados da assinatura do contrato, ou do recebimento do produto. Determina ainda a devolução dos valores pagos a qualquer título; que a legislação não menciona necessidade de justificativa por parte do consumidor, bastando manifestar-se. Afirma que a propaganda omitiu o fato da aquisição dar-se em moeda estrangeira. Aduz que o Banco é o administrador do cartão de crédito utilizado para a aquisição do produto adquirido via internet, por via de consequência, responde objetivamente. Afirma que informou o Banco que fora vítima de propaganda enganosa e de fraude contra o

consumidor, portanto, não reconhecia a compra lançada com valores superiores em mais de quatro vezes à aquisição. Sustenta que o Banco deveria ter bloqueado a transação e comunicado as autoridades competentes. Afirma que o valor da compra excedia o seu limite e, por isso, não poderia ter sido autorizada.

Preparo, documento de ordem 161 e 162.

Contrarrazões, documento de ordem 166.

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, vez que, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que Fabiano Borges Pereira (apelante) ajuizou a presente ação de repetição de indébito em face de "ticketsrjbr.com" e Banco Bradesco Cartões S.A. (apelado), alegando que adquiriu cinco ingressos para a apresentação de David Gilmour no site do primeiro requerido, pelo valor de US$750,00 (setecentos e cinquenta dólares), cada, mais taxa de entrega de US$20,00 (vinte dólares). Afirmou que pensou que os preços estavam expressos em real, porém, ao receber a confirmação de pagamento, constatou que a cobrança ocorreu em dólar. Disse que tentou cancelar a compra com ambos os requeridos, mas não obteve sucesso. Sustentou que lhe foi cobrada a quantia de R$14.232,86 (quatorze mil, duzentos e trinta e dois reais e oitenta e seis centavos), e que, em razão disso, incorreu em gastos relativos a pagamento de juros cobrados pelo segundo requerido (R$22.978,14 - vinte e dois mil, novecentos e setenta e oito reais e quatorze centavos) e para a contratação de advogado (R$3.500,00 - três mil e quinhentos reais). Requereu a condenação ao pagamento indenização por danos materiais (R$26.478,14 - vinte e seis mil, quatrocentos e setenta e oito reais e quatorze centavos), compensação por danos morais e à restituição em dobro dos valores cobrados (R$45.956,28 - quarenta e cinco mil, novecentos e cinquenta e seis reais e vinte e oito reais).

Registro que, diante da dificuldade de citação, atendendo ao pedido do requerente, foi determinada a exclusão do polo passivo da primeira requerida ("ticketsrjbr.com"), documento de ordem 45. Assim, a demanda continuou apenas em relação à operadora de cartão de crédito, Banco Bradesco Cartões S.A.

> O magistrado julgou improcedentes os pedidos iniciais, sob o seguinte fundamento:
>
> No presente caso, a compra foi realizada no sítio eletrônico "ticketsrjbr.com", que é completamente alheio aos serviços realizados pelo réu, o qual apenas autorizou o pagamento por meio do cartão de crédito.
>
> Ora, ao se deparar com uma solicitação de pagamento por meio de cartão de crédito, deve o réu apenas autorizar ou não a transação, sem perquirir sobre a procedência do vendedor ou do prestador de serviço contratado pelo consumidor. [...].

Por todo o exposto, tem-se que o réu Banco Bradesco Cartões S.A. não pode ser condenado ao pagamento das indenizações pleiteadas pelo autor, que foi vítima de atuação exclusiva das pessoas responsáveis pelo site "ticketsrjbr.com", por meio do qual realizou as compras.

Destarte, ausente falha na prestação dos serviços, em face do réu Banco Bradesco Cartões S.A., são improcedentes os pedidos.

Ainda que não seja toda, alguma razão assiste ao apelante.

De fato, não se pode imputar ao Banco Bradesco Cartões S.A. os danos suportados pelo autor em razão do não cancelamento da compra realizada pela internet, junto ao site "ticketsrjbr.com". A devolução do valor dos ingressos, bem como a reparação pelos danos morais, sofridos em razão do não cumprimento do disposto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, são inerentes ao portal eletrônico que comercializou os ingressos do *show*, não à operadora de cartão de créditos.

Não obstante, a operadora de cartão de créditos deve responder pelos danos causados enquanto intermediadora da relação, já que atuou dentro da cadeia de fornecedores da relação jurídica ora discutida. Deve-se, portanto, avaliar se houve ou não falha na prestação de serviços ofertada por ela, enquanto operadora.

Nesse contexto, são pilares do dever de reparação a ocorrência dos requisitos exigidos à responsabilidade civil, nos termos dos arts. 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 (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Lado outro, o dever de reparar por danos causados na prestação defeituosa de serviços dispensa a prova da culpa do prestador, bastando a comprovação do dano e do nexo de causalidade, *ex vi* do art. 14, *caput*, 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.

Com espeque no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores e por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Entendo que os danos de ordem moral devem ser reconhecidos no caso em tela, pelo descaso da operadora de cartão de crédito em dar solução justa e em tempo hábil à questão lhe foi reportada, conforme demonstrado pelos documentos que acompanham a inicial, ordem 04 a 21.

Observa-se que a administradora de cartão de crédito se recusou ao cancelamento da compra, mesmo tendo o apelante preenchido o formulário que ela mesma disponibiliza para os casos de desacordo comercial. Vejamos:

> Em resposta ao contato efetuado em 03.11.2015, solicitando cancelamento da despesa do estabelecimento TICKETS RJ AVENTURA FL USD realizada através do seu cartão de crédito Mastercard 53**.****.****.9110.
>
> Informamos que estamos impossibilitados de atender sua solicitação de cancelamento de despesa.
>
> Informamos ainda, que o cartão de crédito serve apenas como meio de pagamento de acordos efetuados entre cliente e estabelecimento, da mesma forma ocorre com o cancelamento da despesa que deve ser acordado entre cliente e estabelecimento, sendo o estabelecimento responsável pelo cancelamento da despesa.
>
> Para que o banco possa intervir no processo de cancelamento da despesa conforme regra operacional da bandeira, faz-se necessário a apresentação do documento de cancelamento emitido pelo estabelecimento para analise e carta explicativa detalhada informando o motivo do cancelamento [...].

O autor foi diligente, cauteloso e realizou o procedimento disponibilizado pela própria apelada para o cancelamento do lançamento feito em seu cartão de crédito, munindo a referida solicitação de provas do desacordo havido entre ela e a empresa vendedora de ingressos pela internet. Caberia à operadora atender ao pedido do cliente, ainda mais nessas condições.

O desgaste, a preocupação com uma cobrança injusta, a privação dos recursos financeiros, decorrente do pagamento da fatura do cartão de crédito de uma compra que poderia ser cancelada, e o sentimento de impotência experimentado pelo apelante, que não teve alternativa senão recorrer ao judiciário, para tentar por fim a uma questão simples de ser resolvida na via extrajudicial, ultrapassam os limites do mero aborrecimento.

Nesse sentido, cito julgado deste eg. Tribunal de Justiça:

> Apelações cíveis. Cobrança indevida. Pagamento parcelado. Assinatura mensal. Mercadoria enviada mês a mês. Cancelamento. Interrupção do contrato. Manutenção da cobrança. Estabelecimento comercial e administradora de cartão de crédito. Ilegitimidade passiva *ad causam* da administradora de cartão de crédito. Rejeição. Teoria da asserção. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Excludente de responsabilidade. Prova. Ônus do fornecedor. Ausência. Repetição em dobro. Má-fé. Inocorrência. Danos morais. Inexistência. Meros aborrecimentos. - Pela teoria da asserção, adotada pelo STJ, sempre que houver a necessidade, no caso concreto, de uma cognição mais aprofundada para então decidir sobre a presença ou não das condições da ação, após esgotados os meios probatórios, haverá, na verdade, um juízo sobre o próprio mérito da questão, com julgamento resolvendo o mérito. - As relações entre o consumidor, de um lado e, de outro, o estabelecimento comercial e a administradora de cartão de crédito, devem ser analisadas sob o prisma da responsabilidade civil objetiva, de sorte que basta a prova dos danos e do nexo de causalidade para que surja o dever de indenizar, sendo despicienda a indagação a respeito da culpa. - Os fornecedores somente se eximem da responsabilidade acaso comprovem a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. - A repetição do indébito em dobro pressupõe a prova de dolo por parte dos fornecedores. - A mera cobrança de valores indevidos nas faturas de cartão de crédito, bem como o descaso e o desinteresse dos fornecedores em cancelar a referida cobrança, por si só, não revelam danos de ordem moral. - Não se cuidando de danos *in re ipsa*, pertence ao requerente o ônus de comprovar que a falha no serviço causou-lhe humilhação, dor ou sofrimento desarrazoados, que extrapolaram os aborrecimentos naturais do cotidiano numa sociedade de consumo. - Recursos

> principais, interpostos pelas rés, parcialmente providos e desprovidos o recurso adesivo, interposto pelos autores (TJMG. Apelação Cível nº 1.0145.15.022468-4/001, Rel. Des. Lílian Maciel, 20ª Câmara Cível, j. em 02.04.2020, p. da súmula em 03.04.2020).

Também:

> Ação de indenização. Danos materiais e morais. Compra pela internet. Arrependimento. Devolução do produto realizada. Ausência de estorno do valor pago. Danos morais. Ocorrência. - Aplicando-se o CDC à relação trazida a Juízo, é um direito do consumidor o arrependimento da compra realizada pela internet, com o estorno do valor pago. O consumidor não pode ser penalizado por causa de divergências, ou falha na comunicação, existentes entre o vendedor do produto e a administradora do cartão de crédito em relação ao pedido de cancelamento da venda do produto e devolução do valor pago. De acordo com a Súmula nº 362, do STJ, "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento" (TJMG. Apelação Cível nº 1.0051.09.027174-6/001, Rel. Des. Pereira da Silva, *DJe* de 19.12.2013).

Portanto, tenho que a operadora de cartões de crédito apelada deve sim ser condenada ao pagamento de indenização pelos danos morais causados ao apelante, em razão da negligência verificada na sua prestação de serviços.

Em relação ao valor indenizatório arbitrado, tem-se que a quantia fixada a título de danos morais não pode ser inexpressiva a ponto de estimular a repetição de fatos, tais como os narrados nos autos, nem ser exorbitante para que não possa ocasionar enriquecimento sem causa.

Assim, considero que o valor de R$15.000,00 (quinze mil reais) atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no caso em questão.

Feitas tais considerações, dou parcial provimento ao recurso de apelação para reformar a sentença e condenar a parte apelada, Banco Bradesco Cartões S.A., ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$15.000,00 (quinze mil reais), a ser corrigido a partir do arbitramento, pelos índices da Corregedoria deste Tribunal de Justiça, e também acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

Reformulo o ônus da sucumbência, cabendo à parte apelada o pagamento de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação à título de honorários de sucumbência e 5% (cinco por cento) pela parte apelante. Custas, inclusive as recursais, meio a meio.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador José de Carvalho Barbosa e a Juíza de Direito convocada Maria das Graças Rocha Santos.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Apelação cível - Ação de usucapião - Coisa alheia - Intenção de possuir - Lotes de terreno contíguos - Muro de divisa - Aréa invadida - Descoberta.

- O fenômeno usucapião permite a quem possui por certo tempo uma coisa alheia se tornar seu proprietário, sabido que a coisa é alheia; contudo, quem não tem a intenção de possuir coisa alheia, situação própria de quem descobre que o muro de divisa de seu lote de terreno avançou na área do lote de terreno vizinho, sobre a área surgida invadida não tem usucapião, de vez que não existente posse justa querida de coisa alheia com a intenção de dono.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.09.747324-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Ivonete Rocha e Silva de Souza, Roberto Marcio de Souza - Apelados: Antô**nio Garcia de Melo, Maria da Consolação Moreira de Melo. Relator: DES. SALDANHA DA FONSECA.**

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de junho de 2021. - Saldanha da Fonseca - Relator.

Voto

DES. SALDANHA DA FONSECA - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Roberto Márcio de Souza e Ivonete Rocha e Silva de Souza, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito Substituto da Vara de Registros Públicos da Comarca de Belo Horizonte, Juliano Martins Brito, nos autos de ação de usucapião, ajuizada em face de Antônio Garcia de Melo e Maria da Consolação Moreira de Melo, cujo dispositivo é de improcedência do pedido de usucapião ordinária e condenação dos autores ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (documento 21). Embargos de declaração (documento 24) acolhidos, para declarar suspensa a exigibilidade dos ônus da sucumbência em razão do deferimento do pedido de gratuidade da justiça (documento 26).

Os apelantes (documento 28) sustentam que adquiriram em 29.12.2000 o imóvel constituído pelo lote 11 da quadra 37, situado na Rua São João da Lagoa, nº 420, bairro Santa Branca, Belo Horizonte, sendo uma casa com área de 100 (cem) m², edificada na parte dos fundos do lote com fração ideal de 63,30% (sessenta e três inteiros e trinta centésimos por cento), e uma área de 58 (cinquenta e oito) m² de loja comercial, edificada na parte da frente do lote, com fração ideal de 36,70% (trinta e seis inteiros e setenta décimos por cento), e que seu antecessor adquiriu o imóvel em 20.12.1959 com área de 360 m². Afirmam que os apelados ajuizaram ação reivindicatória em 17.10.2006, ale-

gando que adquiriram um imóvel em 2004, localizado na Rua São João da Lagoa, nº 412, bairro Santa Branca, Belo Horizonte, com área de 360 (trezentos e sessenta) m², e quando da medição, constaram que o imóvel possuía 270 (duzentos e setenta) m², acusando uma invasão de área 90 (noventa) m², área objeto de usucapião. Aduzem que a improcedência do pedido de usucapião se deu pela compreensão de que, apesar do possuidor anterior ter a suposta propriedade da área por um longo período (desde 1976), a continuidade não restou comprovada pelo fato não consumo de energia elétrica no período de 10.2000 até 05.2001, período considerado de não exercício de posse por qualquer pessoa. Alegam que o imóvel objeto da lide foi adquirido em 1959 por Jair Brandão Nascimento, cujo óbito ocorreu em 27.06.1976, posse que sua esposa e herdeiros mantiveram até 29.12.2000, quando lhes transferiram por meio de contrato particular, totalizando mais de 25 (vinte e cinco) anos de posse exercida pelos proprietários anteriores. Afirmam que os volumes faturados nas contas de água em 10.2000 e 03.2001 foi 10 (dez) m³, e apenas não houve consumo e faturamento no período de 11.2000 a 02.2001, porque período de transição das titularidades das contas, posse e propriedade ocorrida com a celebração do contrato particular de compra e venda em 29.12.2000. Aludem que não é volume de consumo de energia elétrica ou de água que determina a existência de posse do imóvel, sendo possível ter sua posse sem nele residir ou enquanto nele está realizando adequações e reformas. Aduzem que as provas documental e testemunhal caminham no sentido de que não houve alteração no estado de fato das coisas (muro de divisa) de modo que a suposta invasão está consolidada no tempo desde 05.12.1959 até momento presente, evidenciado que a ação reivindicatória dos apelados é temerária e que o deferimento da usucapião é medida que se impõe. Alegam que a soma da posse do antecessor com a posse atual ultrapassa 30 (trinta) anos, estando mais do que preenchido o requisito temporal para declarar a prescrição aquisitiva da área de 90 (noventa) m². Aduzem que adquiriram o imóvel com a área de 360 (trezentos e sessenta) m², e que a área de usucapião de 90 (noventa) m² nele está inserida, não se tratando de dois imóveis, mas de um só, sendo possível usucapião urbana especial a fim de declarar a prescrição aquisitiva dos 90 m².

Os apelados (documento 21) alegam que os apelantes invadiram a área de 90 (noventa) m² do imóvel que são proprietários, com área de 360 (trezentos e sessenta) m², por isso ajuizaram ação reivindicatória quanto à área de 90 (noventa) m² invadida pelos autores, fato contido no laudo pericial juntado como prova emprestada.

Recurso próprio e tempestivo.

A controvérsia reside em saber se proprietários de lotes de terreno contíguos por erro de edificação de muro longitudinal de divisa poderiam um em relação ao outro usucapir faixa de terra que o muro referenciado atribuiu a um dos imóveis por erro não notado.

Rudolf Von Ihering, na obra "Teoria Simplificada da Posse", ensina:

> [...] Em geral, o possuidor de uma coisa é ao mesmo tempo o seu proprietário. Ordinariamente o proprietário é o possuidor, e, enquanto subsistir tal relação normal é inútil estabelecer-se uma distinção. Mas, desde o momento que a propriedade e a posse se separam, o contraste produz-se imediatamente

> com tal evidência que não pode passar despercebido, nem sequer ao leigo. É evidente, até para o espírito mais simples, que a subtração violenta e clandestina de uma coisa móvel não faz perder a propriedade ao proprietário, e ainda quando mesmo em toda a sua vida ele não tenha ouvido falar em possuidor nem em proprietário seria capaz de definir de fato as posições distintas de um e de outro, com uma exatidão tão perfeita que não lhe restaria senão aprender a linguagem do jurista. Uma chama-se propriedade; a outra posse. [...] O fato e o direito, tal é a antítese a que se reduz a distinção entre posse e a propriedade. A posse é o poder de fato e a propriedade, o poder de direito sobre a coisa. Ambas podem achar-se com o proprietário, mas podem também separar-se, podendo acontecer isso de duas maneiras: ou o proprietário transfere a outrem tão somente a posse, ficando com a propriedade; ou a posse lhe é arrebatada contra sua vontade. No primeiro caso, a posse é justa (possessio justa), e o proprietário mesmo deve respeitá-la; no segundo, é injusta (possessio injusta), e o proprietário pode acabar com ela por uma ação judicial. Ora, uma vez dotado com essa faculdade, fica-lhe garantido o direito de possuir. [...] (Ihering, Rudolf Von. *Teoria Simplificada da Posse*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2009. p. 09-10).

Destarte, posse justa, e não injusta, carece de proteção quanto aos efeitos jurídicos produzidos.

A usucapião é modo de aquisição da propriedade sobre uma coisa pela posse prolongada, por certo tempo, nas condições estabelecidas pela lei. A usucapião é instituto antiquíssimo, anterior à Lei das XII Tábuas. Baseia-se na posse da coisa por parte de quem não o seu proprietário e a sua duração por certo tempo. Da conjugação da posse com o tempo faz a lei derivar a aquisição, que é um dos efeitos mais notáveis da posse, visto que o simples fato de se prolongar por certo tempo a transforma de um estado de fato em propriedade.

A posse *ad usucapionem* tem por características ser:

> - posse com intenção de dono (*animus domini*);
>
> - posse mansa e pacífica, exercida sem qualquer manifestação em sentido contrário de quem tenha legítimo interesse, sem oposição do proprietário do bem, e se em algum momento houver contestação dessa posse pelo proprietário, desaparece o requisito mansidão;
>
> - posse contínua e duradora, com determinado lapso temporal, posse sem intervalos, sem interrupção, com exceção do art. 1.243 do CC que admite a soma de posses sucessivas ou acesso possessionis;
>
> - quanto à duração, há prazos estabelecidos em lei, de acordo com a correspondente modalidade de usucapião;
>
> - posse usucapível deve se apresentar sem vícios objetivos, sem a violência, a clandestinidade e a precariedade, é a posse justa;
>
> - posse de boa-fé e com justo título, em regra a usucapião ordinária de bem imóvel ou móvel exige a boa-fé e o justo título (arts. 1.242 e 1.260 do CC), requisitos que são até dispensáveis para outras modalidades de usucapião.

Do exposto é possível perceber que a posse usucapível deve ser justa, pelo que deve se apresentar sem vícios objetivos, sem a violência, a clandestinidade e a precariedade.

Os autos processuais provam que:

- os apelantes adquiriram o lote de terreno 11 da quadra 37, da Rua São João da Lagoa, nº 420, bairro Santa Branca, com área lançada pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (MG) de 360 (trezentos e sessenta) m² (documento 03);

- os apelados adquiriram o lote 10 da quadra 37, da Rua São João da Lagoa, nº 412, bairro Santa Branca, com área lançada pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte (MG) de 360 (trezentos e sessenta) m² (documentos 03 e 09);

- o Laudo Pericial elaborado nos autos de ação reivindicatória ajuizada pelos apelados indica que o lote deles tem por medida 360 (trezentos e sessenta) m², mas que os apelantes edificaram um muro longitudinal que ensejou uma invasão de 90 (noventa) m², estando o lote dos apelados com 270 (duzentos e setenta) m² (documento 03);

- a prova testemunhal (documento 18) indica que apelantes e apelados residem, respectivamente, nos lotes de terreno 11 e 10 da quadra 37, da Rua São João da Lagoa, bairro Santa Branca, e que os apelantes teriam edificado um muro paralelo dentro do imóvel dos apelados, ensejando uma invasão de área de 90 m²;

- a prova testemunhal referenciada também indica que, entre os lotes de terreno 11 e 10, já havia um muro por ocasião em que apelantes e apelados foram residir nos respectivos lotes de terreno, e que o pai da testemunha Sandra Elizabeth Athayde foi quem edificou o muro de divisa que resultou na invasão de área de 90 (noventa) m² no lote de terreno dos apelados (documento 18).

Respeitadas as doutas opiniões técnicas contrárias, não é justa a posse de proprietário de lote de terreno contíguo cujo muro longitudinal edificado adentrou na área de lote de terreno confinante, fato jurídico de percepção não facilitada no tempo e que deixa certo não existir posse usucapível dessa área posteriormente revelada invadida, mas em boa métrica erro de direito que desafia acertamento para que os vizinhos tenham seus lotes de terreno em conformidade às aquisições realizadas.

As linhas técnicas anteriores subsumidas ao fato jurídico destes autos processuais eletrônicos,revela que os apelantes são carecedores de posse justa, pelo que também de usucapião em qualquer de suas modalidades, de vez que, por erro de direito, mantiveram um muro longitudinal de divisa com o lote de terreno dos apelados, que invadira a área deste em 90 (noventa) m², decerto acreditando se tratar de muro edificado em divisa certa, premissa verdadeira de mão dupla e que alcança a recepção desse fato pelos apelados, até quando foram despertados a verificar as medidas de direito do lote de terreno.

Em recorte final, o fenômeno usucapião permite a quem possui por certo tempo uma coisa alheia se tornar seu proprietário, sabido que a coisa é alheia; contudo, quem não tem a intenção de possuir coisa alheia, situação própria de quem descobre que o muro de divisa de seu lote de terreno avançou na área do lote de terreno vizinho, sobre a área surgida invadida, não tem usucapião, de vez que não existente posse justa querida de coisa alheia com a intenção de dono.

Com tais razões, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença recorrida e condenar os apelantes ao pagamento das custas recursais e dos honorários advocatícios finais (art. 85, §§ 2º e 11, CPC) de 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa (documentos 21 e 26), ficando suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça (art. 98, § 3º, CPC).

Votaram de acordo com o Relator o Desembargador Domingos Coelho e o Juiz de Direito convocado Marcelo Pereira da Silva.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Venda de bebida alcoólica a adolescente - Art. 243 do estatuto da criança e do adolescente - Absolvição por erro de tipo - Possibilidade - Réu que não tinha conhecimento acerca da menoridade do adquirente da bebida alcoólica - Absolvição que se impõe - Recurso provido.

- Ainda que evidenciada a tipicidade formal-objetiva do crime do art. 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente, se a prova dos autos demonstra que o apelante não tinha conhecimento a respeito menoridade do comprador da bebida alcoólica, deve ser reconhecida a figura legal do erro de tipo, prevista no art. 20 do CP, e ser ele absolvido, com base no art. 386, VI, do CPP.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0486.17.000087-2/001 - Comarca de Peçanha - Apelante: J.A.A. - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2021. - *Nelson Missias de Morais* - Relator.

Voto

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal, interposta por J.A.A. contra a r. sentença de f. 75/79, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Peçanha, que o condenou nos termos do art. 243 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), à pena de 2 (dois) anos de detenção, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa.

Nas razões recursais de f. 87/91, a defesa requer a absolvição do apelante, alegando que ele teria agido em erro sobre elemento constitutivo do tipo legal, qual seja, a menoridade do adquirente da bebida alcoólica. Alternativamente, pugna pela redução da pena de prestação de serviços à comunidade.

Contrarrazões às f. 93/97, nas quais o Ministério Público postula pela confirmação da sentença.

A d. Procuradoria de Justiça, em parecer de f. 110/113-v., opina pelo não provimento do recurso.

Esse, em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Mérito.

Segundo a denúncia, no dia 5 de julho de 2016, por volta de 12h20min, o apelante, que é proprietário do estabelecimento "Bar do XXXXXXXXX", localizado na Praça XXXX XXXXXXXX XX XXXX, nº XX, Coroaci, MG, vendeu uma dose de cachaça para o adolescente W.A., de 13 (treze) anos de idade.

Decorrido regularmente o trâmite processual e encerrada a instrução criminal, o d. sentenciante, julgando procedente o pedido contido na denúncia, condenou o acusado à pena de 2 (dois) anos de detenção e 10 (dez) dias-multa.

Irresignada, sustenta a defesa que o apelante não sabia que W. era menor de idade.

Após exame detido do acervo probatório, das razões e contrarrazões recursais, restei-me convencido pela incidência da figura legal do erro de tipo no presente caso, prevista no art. 20, *caput*, do CP, o qual prevê que: *Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.*

O apelante, nas duas ocasiões em que foi ouvido durante a persecução penal (f. 11/12 e mídia digital à f. 71), disse que no dia dos fatos vendeu cachaça a um indivíduo *"alto, moreno"* que *"aparentava ser maior de idade, portanto não lhe questionou se possuía idade para comprar a bebida"* (f. 12).

No interrogatório (mídia - f. 71) o apelante esclareceu que no mesmo dia um menor tentou comprar bebida, mas se negou a efetuar a venda, reafirmando que nunca vendeu bebidas alcoólicas a menores. Disse que posteriormente apareceu em seu estabelecimento um indivíduo moreno, alto e vendeu bebida para ele, esclarecendo achar que não se trata do adolescente W. e que tal pessoa não estava de uniforme escolar.

Também em juízo, foram ouvidos os adolescentes G. e W.

O primeiro disse que no dia dos fatos tentou comprar cachaça no bar do acusado, mas este lhe perguntou se era "de menor" e, diante da resposta positiva, negou-se a efetuar a venda. Disse que pediu a seu colega W., o qual foi ao mesmo local e conseguiu comprar a bebida. Disse que não entrou no bar juntamente com W., ficou na porta, fora do campo de visão do apelante. Afirmou que não trajava uniforme escolar, mas W. estava com tal vestimenta.

No mesmo sentido, W. relatou que seu colega G. lhe disse que não havia conseguido comprar bebida e, por ter o declarante aparência de mais velho, pediu-lhe para realizar a compra. Disse que conseguiu comprar a bebida e, pelo que se recorda, o apelante não lhe perguntou a idade. Afirmou que estava de uniforme escolar no dia dos fatos.

A conselheira tutelar V.A.F., na mesma audiência (mídia - f. 71), disse que G. lhe relatou que não conseguiu comprar bebida e então pediu a W., que logrou efetuar a compra. Disse que em conversa com o acusado este afirmou que não vendeu bebida ao primeiro por ser menor, mas efetuou a venda ao segundo porque achou que era "de maior". Disse que W. estava de uniforme escolar, mas esclareceu que há "maiores" matriculados na escola. Afirmou que W. aparentava ser mais velho.

A testemunha B.R.O., também conselheira tutelar, na mesma audiência, narrou os fatos da mesma forma e esclareceu que pelo porte físico e pela face, W. aparentava ser maior de idade à época dos fatos.

Diante desse quadro probatório, conquanto se constate a tipicidade formal-objetiva da conduta criminosa, até porque restou demonstrado que o apelante efetuou a venda de bebida alcoólica a adolescente, o mesmo não se pode afirmar no plano subjetivo, sabendo-se que o Código Penal brasileiro, após a reforma de 1984, adotou a teoria finalista da ação em que o dolo ou a culpa integram o exame da tipicidade da conduta humana praticada em sua fase interna.

Alberto Silva Franco leciona que:

> O erro de tipo poder ser inevitável (invencível) ou evitável (vencível). Na primeira hipótese, o agente não poderia evitar ou superar o erro ainda que tivesse empregado grande diligência. Nesse caso, o erro exclui tanto o dolo quanto a culpa e, portanto, a tipicidade. Na segunda hipótese, o erro seria evitável, uma vez que a situação real poderia ser prevista pelo agente, de forma que, se tivesse atendido ao cuidado devido, teria podido superá-lo. Nesse caso, o dolo fixa excluído, mas subsiste a culpa desde que o fato seja previsto em lei como crime culposo (FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 176.).

Com efeito, o quadro probatório, a meu juízo, permite a plausível conclusão de que o apelante não tinha real ciência de que W., para quem vendeu bebida alcoólica, era menor de 18 (dezoito) anos de idade.

Conforme se viu, a alegação do apelante foi ainda corroborada pelos relatos da conselheira tutelar B.R.O., que confirmou em juízo que W. não aparentava ser adolescente.

Importa registrar que momentos antes o acusado se negou a vender bebida ao menor G. justamente em razão de sua pouca idade, o que demonstra que o apelante possuía certo cuidado ao realizar a venda de bebidas alcoólicas, ainda que tenha se confundido em relação a W.

O fato de W. estar uniformizado, de fato poderia dar indícios ao apelante acerca de sua menoridade. Contudo, o apelante não se atentou à vestimenta do adolescente e, conforme relatado pela conselheira tutelar V. em juízo, há também maiores que estudam na mesma escola dos adolescentes.

Assim, ainda que se considere certo descuido por parte do apelante, pois, se tivesse sido cauteloso, poderia superar o erro e saber exatamente a idade de W. tal situação caracteriza, no meu entendimento, um erro vencível ou evitável. E, como cediço, inexiste previsão legal para a modalidade culposa do delito do art. 243 do ECA, sendo a absolvição medida imperiosa.

Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para absolver o apelante nos termos do art. 386, VI, do CPP.

Sem custas.

É como voto.

Caso prevaleça meu entendimento, comunique-se essa decisão ao juízo de origem.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTA PRETA E GLAUCO FERNANDES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. COMUNICAR.

Recurso em sentido estrito - Crime de ameaça - Audiência de retratação - Denúncia já recebida -Impossibilidade.

- A audiência de retratação prevista no art. 16 da Lei nº 13.340/06 só se realiza mediante requerimento, antes do recebimento da denúncia, e ouvido o Ministério Público.

- Se houve o recebimento da denúncia, correta a decisão que reformulou a sentença anterior, que extinguiu a punibilidade do apelante pela ausência de representação, cuja retratação ocorreu após o recebimento da denúncia.

Rec em Sentido Estrito nº 1.0177.19.000606-0/001 - Comarca de Conceição do Rio Verde - Recorrentes: Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Primeiro), L.F. (Segundo) - Recorridos: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, L.F.- 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 negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 06 de maio de 2021. - *Dirceu Walace Baroni*. – Relator.

Voto

DES. DIRCEU WALACE BARONI - Trata-se de recurso em sentido estrito, interposto por L.F., contra a decisão de f. 88/88v, que se retratou no recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público, e revogou a decisão que julgou extinta a punibilidade do acusado por retratação da representação feita pela vítima.

Nas razões recursais de f. 98/101, sustenta a defesa que o recurso anteriormente interposto pelo Ministério Público é intempestivo e, portanto, não poderia gerar o juízo de retratação.

Alega, ainda, que a vítima não tinha intenção de representar contra o acusado, pois foi induzida a assinar o termo de representação, e que a vítima "estava a manifestar seu desejo em retratar-se de representação antes levada a efeito", devendo ser restabelecida a decisão *a quo* que extinguiu a punibilidade do réu.

Contrarrazões do Ministério Público às f. 103/104, ratificando suas razões iniciais de inconformismo.

Os autos, em seguida, foram encaminhados a este TJMG, uma vez que já foi exercido uma vez o juízo de retratação (f. 105).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial (f. 111/113v).

É o breve Relatório.

Recurso próprio tempestivo, motivo pelo qual dele conheço. Para melhor análise do recurso, impõe-se a exposição breve dos atos processuais.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra L.F., pois, no dia de agosto de 2019, por volta de 15h, na Rua Vereador Darcy Rodrigues Carvalho, nº 238, bairro Chácara das Rosas, em Conceição do Rio Verde, o acusado teria ameaçado de causar mal injusto e grave à vítima Ana Maria da Silva, sua esposa, na medida em que afirmou "vou te matar, vou te matar".

Assim, foi denunciado, como incurso no art. 147 do CP.

A denúncia foi recebida em 26 de agosto de 2019 (f. 38). O acusado apresentou defesa preliminar à f. 59/62, requerendo a designação de audiência preliminar de retratação, anexando uma declaração da vítima, datada de 25 de outubro de 2019, declarando que tinha interesse em retratar da representação (f. 63).

O d. magistrado primevo acolheu o pedido e designou a audiência prevista no art. 16 da Lei nº 11.340/06 (f. 64), intimando-se o Ministério Público da audiência (f. 64v).

Na audiência, não compareceu o representante do Ministério Público justificadamente, ocasião em que a vítima foi ouvida, a qual desistiu da representação, restando julgada extinta a punibilidade do réu, com fulcro no art. 107, VI, do CP (f. 67).

Intimado, o *Parquet*, no dia 27.01.2020 (f. 73v), interpôs recurso no dia 30 de janeiro de 2020 (f. 74), apresentando as razões de f. 77/79, pugnando pela reforma da decisão que extinguiu a punibilidade de L.F., alegando que, uma vez recebida a denúncia, não caberia mais a audiência do art. 16 da Lei Maria da Penha.

Aduziu, ainda, que a vítima foi ouvida na fase policial e demonstrou interesse em processar o acusado, além do que assinou o termo de representação. Intimada das medidas protetivas, ela também se quedou inerte. E, após 2 (dois) meses do recebimento da denúncia, que a vítima aparece e diz-se enganada ao assinar a representação.

Sustenta, assim, que sem valor a retratação firmada pela vítima em juízo, devendo ser cassada a decisão e retomado o feito o curso regular.

A defesa apresentou contrarrazões às f. 82/87, alegando intempestividade do recurso ministerial e, no mérito, pugnou pelo seu desprovimento.

Na fase do art. 589 do CPP, o il. Magistrado *a quo* retratou-se da decisão anterior, revogando-a, e determinando o regular andamento do feito (f. 88).

Diante da nova decisão, o acusado dela recorreu, aduzindo que o recurso interposto pelo Ministério Público estava intempestivo, pois ele foi intimado da designação da audiência do art. 16 da Lei nº 11.340/06, e não se manifestou, recorrendo somente após a extinção da punibilidade do réu.

Sem razão, contudo.

Isso porque o recurso do Ministério Público não foi contra a decisão que designou a audiência de retratação, mas sim contra a decisão que julgou extinta a punibilidade do acusado, até mesmo porque a primeira é irrecorrível.

E, intimado da sentença que extinguiu a punibilidade do réu no dia 27 de janeiro de 2020, interpôs o recurso no dia 30 de janeiro de 2020, portanto, dentro do quinquídio legal.

Assim, não há que se falar em intempestividade do recurso do Ministério Público e, por conseguinte, retomada da decisão inicial.

Adentrando ao mérito, alega a defesa que a vítima, desde o primeiro momento, não tinha intenção de processar seu marido. Alega que foi a filha da vítima que acionou a Polícia e que o delegado apenas deu o termo para ela assinar, sem qualquer explicação, o que vicia a representação ofertada e justificava a audiência de retratação.

Novamente, sorte não socorre à defesa.

Ora, pelo que se extrai do depoimento do condutor do flagrante, o policial W.S.S., foi a vítima quem acionou a Polícia, dizendo que estava sendo ameaçada de morte pelo acusado, o qual estava na posse de uma faca (f. 2), o que também consta do BO de f. 10.

A vítima A.M.S., por sua vez, ao ser ouvida pela autoridade policial, confirmou a ameaça sofrida por seu marido, afirmando, contudo, que fora a sua filha quem chamou a polícia, mas, ao final, disse "a declarante deseja representar criminalmente em desfavor de L.F.; que deseja medidas protetivas" (f. 4).

E, em seguida, assinou o termo de representação de f. 14. Oferecida denúncia, ela foi devidamente recebida à f. 38. Reza o art. 16 da Lei Maria da Penha:

> Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Com efeito, a audiência de retratação somente será realizada antes do recebimento da denúncia, o que não correu no presente caso, pois a audiência foi realizada após o recebimento da denúncia, diante do pedido do réu para que se realizasse referido ato processual.

Nesse sentido é o entendimento deste eg. Tribunal:

> Apelação criminal. Ameaça. Lei Maria da Penha. Preliminar. Ausência de realização da audiência prevista no art. 16 da Lei 11.340/06. Inobrigatoriedade. Designação somente quando houver manifestação da vítima no sentido de desistir do feito. Preliminar rejeitada. Mérito. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Palavra da vítima. Relevância. Condenação mantida. Confissão espontânea extrajudicial. Atenuante. Reconhecimento. Possibilidade. - A correta interpretação do art. 16, da Lei 11.340/06, estabelece a excepcionalidade da audiência para a retratação da representação oferecida pela

> vítima, devendo, então, ser designado tal ato somente nas hipóteses em que a vítima manifeste o desejo de se retratar, antes do oferecimento da denúncia, o que não ocorreu *in casu*. - Não há que se falar em absolvição do acusado, se o material incriminatório constante dos autos é robusto, apresentando-se apto a ensejar a certeza autorizativa para o juízo condenatório. - A palavra da vítima reveste-se de crucial importância em crimes contra a mulher no âmbito das relações domésticas, porquanto, na maioria das vezes, são praticados no recinto do lar habitado pela vítima e seu agressor, sem a presença de testemunhas. - Tendo o acusado confessado espontaneamente a autoria delitiva do crime de roubo, ainda que extrajudicialmente, impõe-se o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, "d", do CP em seu favor (TJMG - Apelação Criminal 1.0079.17.001924-8/001, Relator: Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 24.06.2020, p. em 26.06.2020).
>
> Apelação criminal. Lesão corporal e ameaça em contexto de violência doméstica. Preliminar. Alegação de nulidade da representação da vítima por ausência de intimação para a audiência prevista no art. 16 da Lei Maria da Penha. Inocorrência. Termo de representação devidamente firmado nos autos, sem qualquer indício de vontade de retratação. Mérito. Substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. Impossibilidade. Crime cometido com grave ameaça. Réu reincidente. Recurso conhecido e desprovido, rejeitada preliminar. - Comprovadas satisfatoriamente as lesões sofridas pelas vítimas, não há falar em absolvição do crime de lesão corporal, especialmente por não ter o réu comprovado, como lhe competia, que agira amparado pela excludente da legítima defesa. Tratando-se de crime cometido mediante violência e sendo o réu reincidente, inviável o acolhimento dos pedidos de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, assim como a concessão do sursis, nos termos dos artigos 44, I e II e 77, I do Código Penal (TJMG - Apelação Criminal 1.0071.16.002004-7/001, Relatora: Desª. Márcia Milanez, 8ª Câmara Criminal, j. em 28.05.2020, p. em 01.06.2020).

Dessa forma, correta a decisão que reformou a decisão anterior e determinou o regular andamento do feito, porquanto houve um tumulto processual que merecia ser corrigido.

Lado outro, não veio nenhuma comprovação nos autos que o interesse da vítima e representar contra o acusado está maculado por vício de consentimento.

Em assim sendo, nego provimento ao recurso, mantenho a decisão impugnada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Anacleto Rodrigues e Maurício Pinto Ferreira.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Injúria racial e ameaça - Absolvição - Impossibilidade - Palavras ofensivas à raça - Delito do art. 140, § 3º, do cp configurado - Ameaça que foi confirmada pelas testemunhas presenciais - Autoria e materialidade comprovadas - Declarações prestadas pela vítima e confirmadas pela prova testemunhal - Credibilidade - Harmonia com o contexto probatório - Condenação mantida - Recurso não provido.

- Nos crimes praticados na clandestinidade há que se dar elevada credibilidade ao depoimento da vítima, não se vislumbrando indícios de que a ofendida estivesse incriminando injustamente o agente acerca dos fatos, até mesmo porque suas declarações foram confirmadas pela prova testemunhal.

APELAÇÃO CRIMINAL N° 1.0384.13.000715-4/001 - Comarca de Leopoldina - Apelante: F.J.S.V. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - *Doorgal Borges de Andrada* - Relator.

Voto

DES. DOORGAL BORGES DE ANDRADA - Trata-se de apelação criminal, interposta por F.J.S.V. em face da r. sentença de f. 78/80-v, que julgou procedente a denúncia, condenando-o nas iras dos arts. 140, § 3°, e 147, ambos do Código Penal, à pena total de 01 (um) ano de reclusão, e 01 (um) mês de detenção, em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 02 (dois) salários mínimos.

Nas razões de recurso (f. 92/96) o apelante pleiteia a absolvição, argumentando que as ofensas raciais foram recíprocas, que ambos estavam nervosos por questões anteriores e, ao se encontrarem, ofenderam-se. Afirma que não há que se falar em injúria, uma vez que ambos são negros, ambos estavam como os ânimos alterados e se ofenderam mutuamente, tratando-se de fato atípico, dado o abalo emocional em que se encontravam. Sustenta que não restou comprovado que o apelante objetivou ofender a honra subjetiva ou a imagem da vítima, pretendendo rebaixá-la, levando-a a

condição de inferioridade frente as demais pessoas da sociedade. Assevera, ainda, que não restou configurado o crime de ameaça; que a ameaça para constituir crime tem que ser idônea, séria e concreta, capaz de efetivamente impingir medo à vítima, sendo certo que quando a vítima não lhe dá crédito, falta-lhe potencialidade lesiva, não se configurando o crime. Alega que no caso em tela ocorreu somente um descontrole emocional entre os envolvidos, tanto é que em sua oitiva judicial a vítima declarou expressamente não querer o prosseguimento do feito e o apelante declarou que ambos já haviam se entendido e conviviam bem. Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja absolvido de ambos os crimes.

Contrarrazões ministeriais, à f. 97/101-v, pugnando pela manutenção do *decisum*.

A seu turno, a d. Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se no sentido conhecimento e desprovimento do apelo (f. 108/110).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que no dia 09 de novembro de 2012, por volta de 17h30min, na rua Ismail Ávila, nº 899, em Leopoldina/MG, o denunciado ameaçou de mal injusto e grave a vítima M.A.G.S.S., bem como a ofendeu utilizando-se de elementos referentes a cor.

Segundo apurado, na data e local dos fatos, a vítima encontrava-se na porta de sua residência, quando o denunciado se aproximou e a ameaçou, dizendo "o que é seu está guardado".

Na sequência, o denunciado a chamou de "negra preta", além de xingá-la de outros palavrões, como chifruda e magrela.

Da absolvição.

A materialidade restou comprovada pelo termo circunstanciado de ocorrência (f. 03/05), B.O. (f. 06/08), pelo termo de representação (f. 13), bem como pela prova testemunhal.

Da mesma forma, a autoria é induvidosa, embora negada pelo acusado, que afirma que foi a vítima quem o ofendeu.

A vítima, ouvida em ambas as fases, confirmou os fatos descritos na denúncia. Vejamos: "na data do fato somente as testemunhas R. e M.A. presenciaram os fatos; que tais testemunhas já prestaram depoimentos no presente inquérito policial" (vítima, f. 37/38).

Em juízo (f. 65) a vítima assim declarou:

> que a declarante não tem interesse em prosseguir com o feito, pois o acusado não mexe mais com ela; que não deseja continuar com o processo, desde que o acusado não implique mais com a declarante; que a declarante não xingou o acusado; que a confusão começou porque o acusado quebrou o carro do marido da declarante; que o acusado começou a ofender a declarante, chamando-a de piranha, vagabunda e nega preta; que o acusado disse para a declarante que o que era dela "estava guardado"; que a acusada disse

> que o acusado era mais preto que ela e não podia chamá-la de nega preta; que a declarante achou que o acusado iria matá-la; que o acusado já chegou a colocar arma na cabeça da declarante (vítima, f. 65).

A testemunha R.S.V.(f. 66), ouvida em juízo, confirmou os fatos descritos na denúncia:

> que confirma o depoimento de f. 09/10; que reconhece o acusado como sendo a pessoa aqui presente; que presenciou o acusado proferindo xingamentos à vítima; que também presenciou o acusado ameaçando a vítima, dizendo que o que era dela estava guardado; que não se recorda se a vítima também xingou o acusado; que se recorda apenas do acusado xingando e ameaçando a vítima; que a vítima estava muito nervosa na hora, mas não se recorda se ela xingou o acusado; que o acusado é problemático; que o acusado já quebrou o carro do irmão da depoente; que o acusado bebia muito na época e acredita que tenha sido por isso que ele quebrou o carro; que não se recorda se a vítima chamou o acusado de macaco.

Também a testemunha M.A.M.S.V., à f. 67, assim se pronunciou:

> que é cunhada da vítima; que confirma as declarações de f. 11/12, que lhe foram lidas nesta oportunidade; que os xingamentos foram recíprocos; que a vítima e o acusado chamou a vítima de macaca preta; que a vítima disse ao acusado que se ela era macaca preta o acusado também era, pois são da mesma cor; que quando a depoente chegou ao local, a confusão já estava ocorrendo; que os xingamentos da vítima foram desdobramento dos proferidos pelo acusado; que presenciou o acusado ameaçando a vítima; que o acusado, inclusive lançou um foguete abaixo do carro do irmão da depoente; que o acusado ameaçou toda a família da depoente.

Portanto, entendo que a versão apresentada pela vítima foi confirmada pelas testemunhas presenciais, merecendo assim, total credibilidade, de modo que restaram suficientemente comprovados os crimes de injúria racial e ameaça, previstos nos art. 140, §3°, e 147, ambos do CP.

Embora haja indícios de que a vítima tenha também xingado o acusado, vejo que tal fato se deu apenas após a mesma ter sido ofendida pelo réu, o que não descaracteriza a ocorrência do delito.

É cediço que nos delitos desta natureza, a palavra da vítima assume especial valoração, posto que é sabido que tais ofensas ocorrem preponderantemente na clandestinidade, sem nenhuma testemunha presencial, não se vislumbrando indícios de que a ofendida estivesse incriminando injustamente o agente acerca de tais fatos, até mesmo porque, a versão apresentada pela mesma foi confirmada por outras testemunhas.

A respeito do tema, o seguinte julgado:

> Apelação criminal. Injúria racial. Autoria devidamente comprovada. Absolvição. Impossibilidade. Restando a palavra da vítima firme e segura quanto à imputação de atributos ofensivos referentes à raça e cor, pela acusada, aliada aos depoimentos testemunhais, impossível a pretendida absolvição. Desprovimento ao recurso é medida que se impõe (TJMG - Apelação Criminal n° 1.0470.15.007618- 5/001, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, 3ª Câmara Criminal, j. em 03.03.2020, p. da súmula em 13.03.2020).

> Apelação criminal. Injúria racial. Pedido de absolvição. Descabimento. Materialidade e autoria comprovadas. Palavra da vítima e prova testemunhal. Condenação mantida. - Comprovadas, através das declarações da vítima que foram amparadas pela prova testemunhal, a materialidade e autoria do crime narrado na denúncia, não há que se falar em absolvição. - Havendo elementos de prova acerca da agressão verbal, proferida pelo agente, consistente na utilização de elementos referentes à raça e à cor da ofendida, a condenação pela prática do delito previsto no art. 140, § 3º, do CP (injúria racial) é medida de rigor (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0153.10.009603-8/001, Rel. Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, j. em 12.12.2018, p. da súmula em 19.12.2018).

Quanto ao crime de ameaça, vejo que a mesma foi idônea, pois a vítima declarou em juízo que ao ser ameaçada pelo réu, realmente achou que ele iria lhe matar.

No que tange ao delito de injúria racial, cumpre destacar que o bem jurídico a ser preservado na lei penal através do crime de injúria é a honra subjetiva, ou seja, o sentimento de cada um a respeito de sua dignidade ou decoro.

Isso significa dizer que, na injúria o sujeito passivo é a pessoa ofendida, atingida em seu sentimento de dignidade, situação plenamente visível nos autos, que atrai a aplicação do art. 140, § 3º, do CP.

Neste sentido já se manifestou este eg. TJMG:

APELAÇÃO CRIMINAL - INJÚRIA RACIAL - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - DESCABIMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL - CONDENAÇÃO MANTIDA.

-Comprovadas, através das declarações da vítima que foram amparadas pela prova testemunhal, a materialidade e autoria do crime narrado na denúncia, não há que se falar em absolvição.

-Havendo elementos de prova acerca da agressão verbal, proferida pelo agente, consistente na utilização de elementos referentes à raça e à cor da ofendida, a condenação pela prática do delito previsto no art. 140, §3º, do CP (injúria racial) é medida de rigor. (TJMG - Apelação Criminal 1.0153.10.009603-8/001, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/12/2018, publicação da súmula em 19/12/2018). Grifo nosso.

EMENTA: APELAÇÃO - INJÚRIA E INJÚRIA QUALIFICADA PELO PRECONCEITO RACIAL - AUTORIA E MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO

-DOSIMETRIA - ELEVAÇÃO DA PENA-BASE - DISCRICIONARIEDADE - CONFISSÃO ESPONTÂNEA - REPARAÇÃO CIVIL EM FAVOR DA VÍTIMA - DANO IN RE IPSA - ARBITRAMENTO DE VALOR MÍNIMO.

1. O Crime de Injúria torna-se qualificado quando as ofensas à honra subjetiva basearem-se em elementos de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

2. Em razão da inexistência de parâmetros máximos e mínimos no Código Penal, o aumento de pena-base, por força de circunstâncias judiciais desfavoráveis, insere-se no campo da discriciona-

riedade do Julgador, consoante os princípios da proporcionalidade, necessidade e adequação, em observância à individualização da pena.

3. O arbitramento de valor mínimo a título de reparação por danos morais suportados pela Vítima considerará a extensão da ofensa, a capacidade financeira e o desestímulo à reiteração da conduta. (TJMG - Apelação Criminal 1.0151.14.001987-9/001, Relator(a): Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Boccalini , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/09/2018, publicação da súmula em 05/10/2018). Grifo nosso.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 15 DA LEI N. 10.826/2003 E ART. 140, § 3 °, DO CP - DISPARO DE ARMA DE FOGO E INJÚRIA RACIAL - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO POR AUSÊNCIA DE PROVAS - PRELIMINAR DE OFÍCIO

- PRECLUSÃO DA MATÉRIA - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO EM ACÓRDÃO - AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA DEFENSIVA - RECURSO NÃO CONHECIDO - RECURSO DO MP - CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE INJÚRIA RACIAL - VIABILIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO FIRME E CONSISTENTE - DOLO EVIDENCIADO - EXPRESSÃO PEJORATIVA - ELEMENTOS DE COR E RAÇA - RECURSO PROVIDO. DE OFÍCIO: INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO DA PENA DIANTE DA CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO ÓRGÃO COLEGIADO - POSSIBILIDADE - DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO - TENDÊNCIA HASTEADA PELO STF PELO JULGAMENTO DO ARE N. 964.246.

- Se o acórdão condenou o réu pela prática do delito tipificado no art. 15 da Lei n. 10.826/2003 e não houve manifestação de inconformismo da Defesa, preclusa está a matéria, não havendo que se falar em absolvição por ausência de provas.

- Não há que se falar em absolvição por ausência de provas, se o conjunto probatório acostado nos autos é bastante firme e consistente ao comprovar que o réu praticou o delito previsto no art. 140, § 3º, do CP.

- Ao insultar a vítima por meio de expressão pejorativa referente à raça e sua cor, restou configurado o dolo do réu em macular a honra subjetiva daquela.

- Conforme determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246, deve ser adotado o entendimento de que, assim que exauridas as possibilidades de recurso em Segunda Instância (embargos de declaração e infringentes), é possível o início da execução da pena, quando a sentença condenatória for confirmada pelo órgão colegiado, sendo prescindível o trânsito em julgado da aludida decisão. (TJMG - Apelação Criminal 1.0525.13.013513-6/002, Relator(a): Des.(a) Jaubert Carneiro Jaques , 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 28/08/2018, publicação da súmula em 06/09/2018). Grifo nosso.

Assim, tendo o réu praticado um fato típico, antijurídico e culpável, deve responder pelos atos cometidos, pois o Judiciário não pode se omitir quanto à prestação jurisdicional, uma vez que a ação é promovida pela Justiça Pública.

Dessa forma, imperiosa, *in casu*, a manutenção da sentença condenatória.

Quanto a dosimetria, vejo que não há qualquer reparo a ser feito, visto que as penas fixadas para ambos os delitos já foram aplicadas no mínimo legal, e ainda substituídas por restritivas de direitos.

Em face do exposto, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do presente voto.

Custas isentas, conforme a sentença.

DES. CORRÊA CAMARGO (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a). DES. EDUARDO BRUM - De acordo com o(a) Relator(a).

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Estatuto da Criança e do Adolescente - Atos infracionais análogos ao crime previsto no art. 217-a do Código Penal - Absolvição por ausência de prova e negativa de autoria - Impossibilidade - Prova consistente - Firme palavra das vítimas corroborada por diversos elementos probatórios - Desclassificação para o ato infracional análogo ao delito previsto no art. 215-a, do CP - Não cabimento - Medida sócioeducativa - Internação - Excepcionalidade - Inadequação ao caso concreto - Aplicação de liberdade assistida combinada com tratamento psicológico - Viabilidade - Recurso provido em parte.

- Impossível a absolvição quando o conjunto probatório comprova de forma segura e inquestionável a autoria e materialidade dos atos infracionais análogos ao crime previsto no art. 217-A, do Código Penal.

- Examinando a prova oral produzida, infere-se que os atos libidinosos praticados pelo menor foram capazes de ferir a dignidade das vítimas com a mesma intensidade de uma conjunção carnal, sendo, portanto, inviável a desclassificação pretendida pela defesa.

- A aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser direcionada pela adequação ao caso concreto, bem como pela real necessidade de reeducação e recuperação do menor, tendo como termômetro as circunstâncias do ato infracional e as condições pessoais do representado.

- A medida socioeducativa de internação não há de ser aplicada tão somente em razão da gravidade em abstrato da conduta praticada, devendo apenas ser cominada excepcionalmente, quando recomendada pelas peculiaridades do caso concreto, ao agente que se dedica de forma reiterada às práticas delitivas. Caso contrário, havendo a necessidade de um enfoque mais psicológico, a aplicação de medida socioeducativa mais branda é a saída mais adequada e eficaz à tomada de consciência do adolescente infrator.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0680.20.001465-1/002 - Comarca de Taiobeiras - Apelante: Adolescente em conflito c/ lei - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2021. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Voto

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de recurso de apelação interposto por adolescente em conflito com a lei, contra a sentença de f. 130/132-v, pela qual o MM. Juiz de Direito da Vara Infracional da Infância e da Juventude da Comarca de Taiobeiras/MG julgou procedente a representação proposta pelo Ministério Público para reconhecer a prática, pelo apelante, do ato infracional análogo ao crime previsto no art. 217-A do Código Penal, impondo, ao mesmo, a medida socioeducativa de internação, por prazo indeterminado, com revisão a cada seis meses, a teor do disposto no art. 121 e seguintes da Lei nº 8.069/90.

Sobre os fatos, consta na denúncia:

> "[...] no ano de 2019, na Rua Santa Catarina, nº 210, Bairro Planalto, Taiobeiras/MG, o representado T.F.S. praticou atos libidinosos com L.G. Pereira Silva, menor de quatorze anos.
>
> Consta ainda dos documentos anexos que, no dia 31 de Agosto de 2020, por volta das 08h, na Rua Santa Catarina, nº 210, Bairro Planalto, Taiobeiras/MG, o representado T.F.S. praticou atos libidinosos com K.V.P.S., menor de quatorze anos.
>
> Conforme apurado, o representado e a vítima L.G. são vizinhos, sendo que a criança tinha o costume de ir à casa do representado.
>
> No ano de 2019, numa dessas idas à casa do representado, a vítima L.G. estava brincando com o celular de T., na sala da casa, onde também estava o representado, enquanto a mãe deste não se encontrava no local.
>
> De repente, enquanto a vítima L.G. brincava com o telefone, ajoelhada no chão, apoiando-se no sofá, o representado abaixou a bermuda e a cueca da criança, tendo abaixado também as suas roupas e começou a tentar penetrar o seu pênis no ânus da vítima. Não obtendo êxito em realizar a penetração, pois a criança tentava se desvencilhar a todo o tempo, o representado colocou o pênis entre as pernas da vítima L.G. e começou a esfregá-lo com movimentos.
>
> Ao tentar fugir, o representado segurou a vítima L.G. por trás, tendo permitido que a criança fosse embora momentos depois. Ao soltar a vítima, o representado ainda proferiu os seguintes dizeres, ameaçando-a: "se você contar, eu vou te bater".
>
> Ainda segundo o caderno investigativo, no dia 31 de agosto de 2020, pela manhã, a vítima K. e seu irmão M.V., que são vizinhos do representado, foram até a casa deste para buscarem umas peças de bicicletas, tendo M.V. ido embora primeiro e K. ficado ali durante algum tempo brincando com o celular representado.

> Em dado momento, enquanto K. brincava com o celular, ajoelhado no chão, apoiando os cotovelos no sofá da sala, o representado chegou por trás da vítima e abaixou a bermuda e a cueca desta até os joelhos. Neste momento, o representado também abaixou as suas roupas e começou a tentar penetrar o seu pênis no ânus da vítima K.
>
> Não conseguindo realizar a penetração, o representado colocou o seu pênis entre as pernas da vítima K. e começou a esfregá-lo, fazendo movimentos.
>
> Não concordando com a situação, a vítima K. tentou se desvencilhar, porém o representado o segurou e só permitiu que a criança fosse embora depois de um certo tempo.
>
> Ressalta-se que durante todo o ato os menores estavam a sós na casa do representado, visto que a mãe deste não se encontrava no momento".

Intimado da decisão, o menor manifestou interesse em recorrer (f. 138). Nas razões de f. 141/143, a defesa pugnou pela absolvição por ausência de provas. Subsidiariamente, requereu a desclassificação para o ato infracional análogo ao crime previsto no art. 215-A do Código Penal. Por fim, requereu o abrandamento da medida socioeducativa para o meio aberto correspondente à liberdade assistida.

Contrarrazões ministeriais apresentadas às f. 149/152, manifestando-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo desprovimento do apelo defensivo.

Em Juízo de reexame (f. 148), o Juízo *a quo* manteve a decisão pelos seus próprios fundamentos.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo (f. 175/176-v).

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Não havendo preliminares, adentro ao exame do mérito.

Em tese principal, a defesa pugnou pela absolvição por ausência de provas.

Porém, com as devidas vênias, razão não lhe assiste, porquanto os elementos probatórios existentes nos autos são bastante firmes e consistentes para embasar a procedência da representação.

Vejamos.

A materialidade fora cabalmente demonstrada pelo Boletim de Ocorrência de f. 03/08; pelo Auto de Corpo de Delito às f. 21/22, relatório do Conselho Tutelar de f. 25/28 e; ainda, pela incisiva prova oral produzida.

Quanto à autoria, a prova revelou-se inconteste, conforme se passa a demonstrar.

Interrogado, o menor representado negou ter praticado os atos libidinosos com as vítimas.

Porém, em firme contraponto, os ofendidos foram claros e harmônicos em suas versões ao apontar o ora recorrente pelos fatos narrados na representação.

Durante o depoimento especial, a vítima L.G.P.S. disse que estava na casa do apelante mexendo no celular deste, quando o apelante tirou a roupa e começou a fazer "bestagem", colocando o pênis no meio de suas pernas, o segurou e tentou colocar no bumbum, que após soltá-lo o ameaçou de bater caso contasse para alguém o ocorrido. Disse, também, que sabe que o apelante abusou de K., irmão de V.

No mesmo rumo, a vítima K. foi categórica durante seu depoimento especial, relatando que brincava com o celular, ajoelhado no chão, apoiando os cotovelos no sofá da sala, quando o apelante chegou por trás e abaixou a bermuda e a cueca até os joelhos e tentou penetrar o pênis dele no seu ânus. Disse, ainda, que o apelante o segurou pelos braços e colocou o pênis entre as suas pernas e começou a esfregar, fazendo movimentos, não concordando com a situação tentou sair, mas o representado o segurou e só permitiu que fosse embora após certo tempo. K. relatou que contou o ocorrido para o seu irmão M.V., após contaram para o seu genitor e esse procurou a polícia.

A propósito, cumpre destacar que, em relação ao valor probatório da versão da vítima nos crimes contra a dignidade sexual, este eg. TJMG tem decidido que

> "a palavra da vítima, quando uníssona e corroborada pelos demais elementos coligidos, é suficiente e idônea para embasar a condenação do réu pelos crimes de estupro e atentado violento ao pudor" (AC nº 1.0498.06.007254-9/001, Rel. Des. Jane Silva, *DJ* de 29.05.2007).

No mesmo sentido:

> Estupro e atentado violento ao pudor. Absolvição por ausência de provas. Palavra da vítima. Inadmissibilidade. Continuidade delitiva. Possibilidade. 1. Nos crimes contra os costumes, rotineiramente praticados às ocultas, a palavra da vítima tem relevância especial, pois além de apontar o autor dos delitos, é rica em detalhes, mostrando-se firme e coerente com a dinâmica dos fatos e com os demais elementos de prova. 2. Em que pese o dissenso pretoriano, sendo os crimes de estupro e atentado violento ao pudor da mesma espécie, posto que atingem o mesmo bem jurídico protegido, ou seja, a liberdade sexual, impõe-se reconhecer a continuidade delitiva entre as duas condutas delituosas, já que ao longo do tempo descrito na denúncia foram praticados vários e sucessivos crimes sexuais contra a vítima, valendo-se das mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outros dados semelhantes, de tal forma que os vários crimes estão ligados por nexo de continuidade, havendo, assim, a incidência da regra prevista no art. 71 do CP. Recurso parcialmente provido. (TJMG - Número do processo: 1.0024.04.287788-6/001(1); Numeração Única: 2877886-60.2004.8.13.0024. Rel. Antônio Armando dos Anjos, p. da súmula 12.03.2008).

Não é outro o entendimento doutrinário:

> "A falta de credibilidade da vítima poderá, portanto, conduzir à absolvição do acusado, ao passo que a verossimilhança de suas palavras será decisiva para um decreto condenatório" (Greco, Rogério. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 629).

No caso específico, corroborando ainda mais a firme versão apresentada pelos ofendidos, temos ainda o depoimento do policial militar A.A., que ratificou em juízo o histórico do boletim de ocorrência (f. 07), confirmando que atendeu a ocorrência, sendo relatado por uma criança chamada K. que o apelante deu a ele um aparelho celular e enquanto jogava o representado tirou a roupa dele e tentou lhe abusar. O castrense disse que, durante a ocorrência, apareceu espontaneamente outra criança de nome L.G., a qual relatou que também foi vítima do apelante pela prática do mesmo ato há algum tempo.

Além disso, temos também o depoimento da senhora S.S., genitora de K., que disse em juízo que seu filho relatou a sua irmã A. que o apelante só deixava ele jogar se permitisse que fizesse "aquilo" e abaixou a roupa e tentou abusar de K., esse lhe contou que foi ameaçado pelo apelante para não contar para ninguém o ocorrido. Ademais, a informante disse ainda que seu outro filho de nome M.V. lhe disse que viu pela janela K. com as calças abaixadas e o apelante tentando praticar o ato sexual e que a vítima L.G. relatou aos policiais que também, havia sofrido abuso sexual cometido pelo apelante.

No mais, tem-se ainda o depoimento do conselheiro tutelar H.A., em juízo, confirmando que foram acionados pelo senhor A.L., genitor de K., para apurar o abuso sexual sofrido pelo seu filho.

Portanto, constata-se que o conjunto probatório acostado no caderno processual é bastante contundente e incisivo ao comprovar a prática dos atos infracionais pelo apelante, sendo que a tese defensiva, apresentada de maneira bem abstrata e genérica, não fora capaz de afastar a responsabilidade infracional do menor.

Assim, restando exaustivamente demonstrada a prática dos atos infracionais em comento, a procedência da representação é medida que se impõe, devendo, assim ser conservada nos termos da exímia sentença *a quo*.

Inclusive, neste sentido, é o judicioso parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 175/176-v.

Melhor sorte não socorre ao apelante quando pretende a desclassificação dos atos infracionais para a conduta análoga à descrita no art. 215, do Código Penal.

Conforme demonstrado, constata-se que os atos de libidinagens praticados pelo apelante foram forçados, buscando a todo custo constranger as vítimas à conjunção carnal.

Pela prova oral infere-se que o apelante tirou a roupa e tentou penetrar o pênis dele no ânus das vítimas, bem como colocou o pênis no meio das pernas das vítimas.

Denota-se, portanto, que os atos praticados pelo apelante foram capazes de ferir a dignidade das vítimas com a mesma intensidade de uma conjunção carnal, devendo, portanto, ser mantida a capitulação definida pelo juiz singular.

Assim, sem maiores delongas, rechaço o pleito desclassificatório.

Por outro lado, merece prosperar a tese defensiva requerendo o abrandamento da medida socioeducativa de internação para o meio aberto correspondente à liberdade assistida.

No que tange à espécie de medida socioeducativa a ser aplicada, é cediço que o objetivo destas, conforme leciona o Estatuto da Criança e do Adolescente, é a reeducação do menor visando a sua reintegração à sociedade e não a sua "punição" por ato infracional. Tais medidas, a propósito, se despem de caráter repressivo, não havendo que se cogitar qualquer analogia à sistemática atinente à pena.

Em outras palavras, a medida socioeducativa tem cunho pedagógico, visando reinserir o menor no contexto familiar e sociológico, não possuindo caráter retributivo.

Sabe-se que a internação é medida regida pelo princípio da excepcionalidade, devendo apenas ser aplicada quando presente uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quais sejam, (I) quando o ato infracional é cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, (II) por reiteração no cometimento de infrações graves ou (III) por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Noutra órbita, é cediço que o art. 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente trata da medida de liberdade assistida, a qual tem por desiderato o acompanhamento, o auxílio e a orientação do adolescente por profissional capacitado, que será designado e supervisionado pelo magistrado.

Na hipótese em espécie, em que pese o fato do ato infracional ter se revestido de gravidade, contando com relativa violência presumida por tratar- se a vítima de vulnerável - o que, a primeira vista, autorizaria a aplicação da internação - importa, para a escolha da melhor medida socioeducativa a ser aplicada, mergulharmos a fundo na psique do acusado. Ao que se deduz, os pensamentos do adolescente infrator - que à época dos fatos contava com apenas 15 (quinze) anos de idade - provavelmente, vêm sendo impulsionado pelo turbilhão de emoções e desejos instintivos próprios da adolescência, os quais foram lamentavelmente materializados na pessoa das vítimas. Fato é que o adolescente, cujos filtros morais são reduzidos em virtude da própria idade que detém, acabou por, de modo execrável, dar vazão ao seu incontrolável desejo sexual no afã de satisfazer sua lascívia.

Ao que parece, trata-se de um ato impulsivo, isolado, marcado por precariedade simbólica, sem prévia avaliação dos possíveis desdobramentos e consequências de sua atitude.

Além disso, vale frisar que a prova oral colhida nos autos demonstrou que o apelante trabalha e estuda, estando no nono ano do primário.

A testemunha E.G.C. confirmou em juízo que o apelante trabalha meio período como repositor em um supermercado, sendo um operário exemplar que "nunca faltou".

A testemunha L.R.S. relatou em juízo que o apelante é um menino educado e bastante comportado, que sempre ia à igreja.

O enfoque da medida a ser imposta deve ser, pois, primordialmente psicológico, com ênfase na resolução dos conflitos internos que o menor atravessa nessa abstrusa fase da vida que o levou a praticar os odiosos atos infracionais que ora se examina.

Registro que não há certidão de antecedentes infracionais nos autos. Todavia, pela consistente prova oral produzida em juízo, pode-se inferir seguramente que o apelante não possui envolvimento prévio com a criminalidade. Certo é que, ao se encarcerar o referido adolescente em uma unidade de internação, o mesmo terá contato diário com outros menores que vêm se valendo das mais diversas modalidades infracionais como meio de vida, o que, sem dúvidas, poderia refletir de forma negativa na personalidade do representado, frise-se, ainda em formação e, por isso, suscetível às mais diversas influências externas.

Demais disso, por ter praticado ato infracional análogo a crime sexual, poderá sofrer represálias de outros internos, e definitivamente, não é isso que o auxiliará na tomada de consciência acerca da gravidade dos atos praticados, gerando-lhe, ao revés, sentimento de impotência e medo diante da situação vivida.

Daí, a estratégia pedagógica que se mostra, no meu sentir, mais acertada para a efetiva recuperação e profunda reflexão do menor acerca dos odiosos atos praticados, seria a substituição da medida de internação pela liberdade assistida cumulada com tratamento psicológico adequado, visto que o adolescente continuará inserido no meio social, porém exercendo atividade produtiva e recebendo orientação de pessoa capacitada, a qual o ajudará compreender a ilicitude de seu ato e a reaprender condutas ilícitas hoje equivocadamente consideradas como trivial.

Tal direcionamento será de grande valia para o adolescente, eis que, além de promover socialmente o menor e sua família, o orientador supervisionará a frequência e o aproveitamento escolar do mesmo, se incumbindo, ainda, de diligenciar no sentido de sua profissionalização (art. 119 do ECA).

Assim, em atenção ao escopo principal do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é a integral proteção do menor inimputável, entendo ser mais adequada às peculiaridades do caso em voga a medida socioeducativa da liberdade assistida, pelo prazo de 02 (dois) anos, cumulado com tratamento psicológico.

Isto porque, considerando que pode haver aplicação cumulativa de medidas socioeducativas, reporto-me à inteligência do art. 99, art. 100 e art. 101, inciso V, do Estatuto Menorista, para determinar, ainda, que, além da medida imposta alhures, o menor infrator receba tratamento psicológico ou psiquiátrico adequado para uma real tomada de consciência acerca de seus atos, com a consequente mudança de pensamento no que diz respeito às práticas sexuais forçadas.

Destarte, diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, para, mantendo o édito condenatório, substituir a medida de internação pela liberdade assistida, e, ainda, determinar a inclusão do menor em tratamento psicológico ou psiquiátrico adequado.

Custas isentas, nos termos do art. 141, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Bruno Terra Dias e Paula Cunha e Silva

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelações criminais - Preliminar de não conhecimento de um dos recursos suscitada pelo PGJ - Intempestividade - Inocorrência - Rejeição - Mérito - Primeiro recurso - Crime de furto qualificado - Decote da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do CP - Impossibilidade - Provas pericial e documental que atestam o rompimento de obstáculo - Segundo apelo - Desclassificação do crime de receptação para o de favorecimento real - Não cabimento - Agente que assumiu que iria comprar os bens subtraídos - Objetos que foram levados para a residência de sua companheira - Outro denunciado que transportou os objetos - Condutas tipificadas no art. 180 do CP.

- Tendo em vista que o prazo para a interposição do recurso de apelação começa a correr a partir da última intimação, não há que se falar em intempestividade no caso em que inexistente nos autos registro de que a Defesa tenha sido intimada da sentença pelo órgão oficial. Preliminar rejeitada.

- Não há que se falar em decote da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do CP, se tanto a prova pericial quanto a testemunhal comprovam que a subtração deu-se mediante rompimento de obstáculo.

- Inviável o pleito de desclassificação do crime de receptação para o de favorecimento real, quando demonstrado que há prova nos autos de que a conduta perpetrada pelos agentes se subsome àquela descrita no art. 180 do CP.

Apelação Criminal nº 1.0471.20.001467-1/001 - Comarca de Pará de Minas - 1º Apelante: T.C.J.V. - 2º Apelante: J.M.E., G.J.C.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 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 rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 23 de junho de 2021. - *Sálvio Chaves*. – Relator.

Voto

DES. SÁLVIO CHAVES - Trata-se de recursos de apelação, interpostos em favor de T.C.J.V., J.M.E. e G.J.C.P., em face da sentença de f. 308/319-v que, ao julgar a denúncia como sendo parcialmen-

te procedente, condenou o acusado T.C.J.V. como incurso nas iras do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, à uma pena de 02 (dois) anos e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto, bem como submeteu os réus J.M.E. e G.J.C.P., nos termos do art. 180 do Código Penal, fixando, em desfavor de ambos, uma pena de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, tendo as respectivas penas corporais sido substituídas por restritivas de direitos, tudo em razão de evento ocorrido em 22.06.2020, consubstanciado no fato de que os nominados acusados, de forma livre, consciente e previamente orquestrados, subtraíram para si, mediante rompimento de obstáculo, os objetos descritos no Auto de Restituição de f. 77/79, de propriedade da vítima C.F.V. Expedido em favor dos acusados alvará de soltura clausulado, encontrando todos eles em liberdade.

As intimações sobre o inteiro teor da r. sentença ocorreram de forma regulares, f. 333, 342 e 344, tendo o acusado T.C. manifestado seu desinteresse em recorrer, e os demais acusados (J. e G.) manifestado interesse em recorrer.

Foi apresentado termo de recurso em favor de todos os acusados, isto à f. 336.

Inconformada, recorre a defesa técnica do acusado T., razões de f. 347/350, ocasião em que pugna pela reforma parcial da decisão combatida, a fim de que seja afastado o reconhecimento da qualificadora disposta no art. 155, § 4º, I, do Código Penal, sob o argumento de que não há nos autos provas de que o acusado teria destruído ou rompido qualquer obstáculo para subtrair os objetos. Alega, ainda, que o laudo pericial se mostrou contraditório e inconclusivo.

Em vista das razões de f. 351/354, a defesa de J. e G. busca a reforma parcial da decisão de primeiro grau, a fim de que seja procedida a desclassificação do crime de receptação para o de favorecimento real, disposto no art. 349 do Código Penal.

Contrarrazões ministeriais às f. 355/357, pelo desprovimento dos recursos.

Em parecer de f. 363/365, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso aviado pelo acusado T.C.J.V., ante a sua manifesta intempestividade, e pelo conhecimento e não provimento do recurso dos demais acusados.

É o Relatório.

Quanto à preliminar eriçada pela PGJ de não conhecimento do recurso do acusado T., tenho que não merece prosperar.

Isso porque não obstante tenha nominado acusado manifestado que não deseja recorrer da sentença, isso no momento em que foi intimado sobre o seu inteiro teor, em 02.12.2020, f. 334, e a defesa interposto o presente recurso em 17.12.2020, f. 336, não há nos autos qualquer certidão que ateste ter sido realizada a publicação da sentença no Diário da Justiça eletrônico, ou seja, inexistente a intimação da defesa.

Sabe-se que o prazo recursal inicia-se a partir da última intimação válida.

A certidão de f. 320, a que faz referência a PGJ em seu parecer, dá conta, apenas, que a sentença foi publicada na Secretaria, não se referindo a ato de intimação da parte no órgão oficial, como pretende fazer crer.

Logo, inexistente nos autos qualquer registro oficial de que a defesa tenha sido intimada da sentença, pelo que, não há que se falar em intempestividade do recurso.

Pelo que, sem maiores delongas, rejeito a preliminar e conheço dos recursos, vez que próprios e tempestivos.

Não há outras preliminares a serem apreciadas ou suscitadas de ofício, pelo que passo aos respectivos méritos recursais.

Do primeiro recurso

A autoria e a materialidade referentes ao delito de furto qualificado quanto ao acusado T. mostram-se incontestes nos autos, inclusive por sua própria confissão, tanto é que nem sequer há irresignação defensiva quanto a isso.

Nessa toada, busca, unicamente, o decote da causa de aumento disposta no art. 155, § 4º, I, do Código Penal, alegando, para tanto, que não há nos autos provas de que o agente teria destruído ou mesmo rompido qualquer obstáculo para poder subtrair os objetos descritos na denúncia ministerial.

Alegou a defesa, em suas razões de recorrer, mais precisamente à f. 349, que o laudo pericial acostado ao processo faz menção a uma mera suposição, destacando, ainda, o conteúdo da f. 153, não havendo, desta feita, a necessária certeza de que houve arrombamento na localidade.

Todavia, vejo que tal alegação não deve prosperar.

Ora, analisando detidamente o laudo pericial encartado aos autos, f. 146/153, verifica-se que, em sua conclusão, o perito responsável dispôs que: "Pela análise dos vestígios encontrados no local, supõe-se que os autores tenham deixado o veiculo rebocado na via, próximo à interdição da via, caminhado até o galpão da empresa, e com a ferramenta, deslocado o portão para a entrada dentro do mesmo".

Veja-se, portanto, que a suposição a qual se refere a defesa é referente ao fato de que os autores teriam deixado, aparentemente, ou supostamente, o veículo utilizado na empreitada em via pública, próximo à interdição da via, deixando de observar que, na mesma ocasião, foi consignado claramente que os agentes deslocaram o portão do galpão.

Ainda que assim não fosse, na continuidade de sua conclusão, o perito concluiu "que houve o arrombamento do galpão e do veículo da empresa para o furto da fiação de cobre".

Logo, não há que se falar que a perícia se valeu de meras suposições, tendo em vista que estas, a meu ver, são referentes unicamente ao local em que o veículo utilizado havia sido deixado e não quanto à prática do furto em si.

Ademais, à f. 151, há uma cópia da fotografia que demonstra a marca deixada pelo uso de ferramenta abaixo do portão, bem como a cópia da fotografia da própria ferramenta que, nos dizeres do perito, isto à f. 148, foi empregada para retirar o portão do lugar, a fim de que os autores pudessem adentrar no local.

Outro ponto que merece relevo é que o veículo da empresa, que também foi utilizado no transporte dos bens subtraídos, teve sua fiação cortada, conforme nos mostra a imagem de f. 150, o que denota que foi realizada uma "ligação direta", nos termos do que foi consignado à f. 153.

Noutro lado, vejo que a própria prova testemunhal corrobora o que foi sedimentado no laudo pericial.

Vejamos:

O proprietário do estabelecimento, ao prestar depoimento na fase policial, afirmou que, ao tomar conhecimento do ocorrido, prontamente se deslocou ao local, ocasião em que, dentre outras coisas, verificou que o cadeado do portão estava "estourado" (f. 09), afirmação esta que, logo adiante, em juízo, foi confirmada (Mídia de f. 257).

Nesse mesmo sentido, o acusado G.J., na fase extrajudicial, ao confessar os fatos, ponderou que T. arrombou o portão do galpão e cortou alguns cabos que estavam no local e colocou-os em uma caminhonete (f. 11).

Aliás, o próprio T. afirmou que arrombou o portão, isto em posse de uma barra de ferro, o que lhe deu amplo acesso ao interior do estabelecimento, oportunidade em que subtraiu os fios de cobre (f. 15).

Vale ressaltar que os depoimentos prestados pelos acusados foram confirmados em juízo.

Posto isto, vejo que não há nos autos apenas a prova pericial, existindo, nesse contexto, ampla prova testemunhal, inclusive sendo mencionadas as próprias confissões dos acusados, ocasião em que estes foram unânimes em apontar que houve arrombamento do portão para o ingresso no interior do estabelecimento comercial.

Logo, não há que se falar em decote da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, vez que restou devidamente comprovado nos autos a prática de rompimento de obstáculo.

Aliás, sobre a eficácia da prova testemunhal em casos como este em judice, eis o entendimento externado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Penal. Processual Penal. Agravo regimental no recurso especial. Furto qualificado. Rompimento de obstáculo. Inexistência de exame pericial. Justificativa idônea apresentada pelo acórdão recorrido. Possibilidade de utilização de outros meios de prova em direito permitidos. Precedentes. - Conforme consignado no *decisum* monocrático reprochado, a jurisprudência desta eg. Corte Superior entende "[...] ser admissível a prova testemunhal na comprovação das qualificadoras do delito de furto quando os vestígios da infração forem removidos/alterados pela vítima após os fatos com o objetivo de garantir a sua segurança" (AgRg no REsp n. 1.809.401/MS, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 4/8/2020). Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1906323/MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 02.03.2021, DJe 08.03.2021).

Portanto, mantenho a incidência da qualificadora do art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Aproveitando-me da oportunidade, saliento que não há reformas a serem procedidas na pena aplicada, uma vez que aplicada conforme as disposições do art. 59 do Código Penal, devendo ser salientado que o agente ostenta mais de uma condenação apta a macular os antecedentes criminais, mas que, em virtude do reconhecimento da agravante da reincidência e de duas causas atenuantes (confissão espontânea e menoridade relativa), sua pena final foi estabelecida no mínimo legal.

A manutenção do regime semiaberto como inicial para cumprimento da pena é medida de rigor, tendo em vista se tratar de acusado reincidente e portador de maus antecedentes.

Do segundo recurso

Requereu a Defesa dos acusados J. e G. a reforma da decisão de piso, a fim de que seja procedida a desclassificação do delito de receptação para o de favorecimento real, disposto no art. 349 do Código Penal.

A meu ver, sem razão.

Ora, o acusado G., em seu depoimento prestado na Delegacia, ponderou que T. fez contato com J. e passou a "fita" sobre um galpão, de modo que o primeiro teria arrombado o portão do estabelecimento, cortado alguns fios e os colocado em uma caminhonete que estava no local. Diante disso, T. se encontrou com J. na cidade de Betim, ocasião em que todos foram ao local dos fatos, sendo que estes colocaram os cabos que estavam na caminhonete no interior do veículo de T., tendo J. subtraído, ainda, algumas ferramentas. Com isso, conforme disse, retornaram a Betim e deixaram os objetos na residência da companheira do réu J. (f. 11/12).

Em juízo, o citado acusado confirmou o seu depoimento anteriormente prestado (Mídia de f. 257).

O próprio acusado J. disse, em juízo, que não atuou no ato de subtração, mas que ajudou T. no transporte dos objetos furtados, uma vez que pretendia adquiri-los, mesmo tendo ciência da sua origem ilícita, razão pela qual os fios furtados foram levados para a casa de sua companheira (Mídia de f. 257).

E ao contrário do que foi salientado pela defesa na peça recursal, o denunciado T. não ponderou em juízo que havia praticado o ato sozinho, ao contrário, foi enfático em dizer que pediu ajuda a J. no transporte dos bens furtados (Mídia de f. 257).

É possível se verificar, portanto, que G. e J. ajudaram o réu T. a transportar a res furtiva até a cidade de Betim, tendo estes, inclusive, se deslocado ao local do fato para auxiliá-los.

Importante consignar ainda, como já dito, que J. deixou claro que sua intenção era adquirir os fios de cobre das mãos de T., fato este que, por si só, impede a pretendida desclassificação, uma vez que, para que reste configurada a prática delitiva do favorecimento real, é necessário que o agente preste auxílio a outro criminoso, o que ocorreu no caso, a fim, todavia, de tornar seguro o provei-

to do crime, isto em favor do primeiro agente, o que não é o caso dos autos, tendo em vista que, repito, os objetos seriam adquiridos por J., tanto é que foram levados até a residência da companheira deste último.

Quanto ao acusado G., também não vejo como proceder à pretendida desclassificação, uma vez que o art. 180 do Código Penal é claro em dispor que pratica o crime de receptação o agente que, dentre outras coisas, transporta produto que sabe ter origem ilícita em proveito próprio ou alheio.

No caso, G., comprovadamente, efetuou transporte de mercadoria que sabidamente era produto de crime, para fins de proveito a ser exercido por J.

Cabe ressaltar ainda que o próprio art. 342, do Código Penal elucida que pratica o crime de favorecimento real aquele que prestar auxílio a criminoso, fora dos casos de receptação.

Assim, em se tratando claramente de caso de receptação, não há que se falar em desclassificação para o crime de favorecimento real.

Nestes termos já decidiu esta Egrégia Câmara Criminal:

> Apelação criminal. Receptação. Autoria e materialidade comprovadas. Dolo. Circunstâncias indicativas. Desclassificação para favorecimento real (art. 349 do Código Penal). Inviabilidade. Condenação mantida. Atenuante da confissão espontânea. Reconhecimento. Pena aquém do mínimo. Impossibilidade. Detração do tempo de prisão provisória em outro processo. Não cabimento. Modificação da pena restritiva de direito aplicada. Descabimento. Custas processuais. Suspensão do pagamento. - Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar ao acusado a autoria do crime de receptação, a manutenção da condenação é medida de rigor. - Considerando-se que a prova da ciência da origem ilícita da coisa, no crime de receptação, é difícil de ser obtida, as circunstâncias das quais se revestem o fato permitem que seja auferido o dolo na conduta do agente, como ocorreu, *in casu*. - Restando perfeitamente caracterizado o crime de receptação, não há que se falar em desclassificação para o delito de favorecimento real (art. 349 do Código Penal), que possui caráter subsidiário. - Tendo o acusado confessado a prática do crime em sede policial, mister se faz o reconhecimento da atenuante respectiva, a qual, entretanto, não pode conduzir a pena para aquém do mínimo legal, em observância aos enunciados da Súmula 231 do STJ e da Súmula 42, deste Tribunal de Justiça. - Não há amparo legal quanto à pretensão de detração do tempo em que o acusado ficou preso provisoriamente por outro processo, no qual restou absolvido, pois inexiste "crédito" de tempo de prisão anterior para futuro abatimento, no caso de eventual prática de novo crime. - Não deve ser substituída a pena de prestação de serviços à comunidade por outra, se ela foi aplicada em conformidade com os artigos 43, 44, § 2º e 46, todos do Código Penal, devendo eventual dificuldade de cumprimento desta, ser demonstrado junto ao Juízo da Execução, o qual é competente para alterar a sua forma de cumprimento, nos termos do art. 148, da LEP. - Constatada a hipossuficiência do acusado, deve lhe ser concedida a suspensão do pagamento das custas processuais, na forma do art. 98 do Novo Código de Processo Civil (TJMG - Apelação Criminal 1.0518.15.010786-1/001, Relator: Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 13.04.2020, p. em 23.04.2020).

Na mesma toada, analisando as reprimendas corporais estabelecidas em desfavor dos nominados acusados, vejo que não há reparos a se fazer, uma vez que suas reprimendas foram estabelecidas

no mínimo legal, cominado ao delito pelo qual foram condenados. Mantenho da mesma forma a fixação do regime aberto e a substituição das penas corporais por restritivas de direitos.

Mediante estas considerações, nego provimento aos recursos e mantenho intacta a decisão de primeiro grau.

Custas, na forma da r. sentença, f. 319. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Paulo Calmon Nogueira da Gama e Marcílio Eustáquio Santos.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação Criminal - Falso testemunho - Materialidade e autoria comprovadas - Absolvição - Impossibilidade - Pena - Redução - Necessidade - Prescrição - Ocorrência - Extinção da punibilidade.

- Tendo a acusada, conscientemente, proferido afirmação falsa, bem como negado a verdade, na condição de testemunha, em processo judicial, praticado com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, há de ser condenada nas iras do art. 342, § 1º, do CP.

- Deve ser reduzida a pena fixada na sentença se o douto sentenciante se olvidou de que, à época dos fatos, o delito previsto no art. 342 do Código Penal cominava pena de um a três anos de reclusão, além da multa.

- Decorrido o prazo prescricional entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, impõe-se declarar a extinção da punibilidade da acusada, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa.

Apelação Criminal nº 1.0312.12.001472-4/001 - Comarca de Ipanema - Apelante: S.O.- Apelado: Ministério Público Do Estado de Minas Gerais. Relator: Des. Agostinho Gomes de Azevedo.

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 e, em consequência, declarar a extinção da punibilidade da apelante, pela prescrição.

Belo Horizonte, 03 de fevereiro de 2021. - *Agostinho Gomes de Azevedo*. – Relator.

Voto

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação, interposto por S.O., em face da sentença de f. 252/254-v, que a condenou como incursa nas sanções do art. 342, § 1º, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, no mínimo legal.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que:

> [...] na data de 30 de agosto de 2006, na Av. Sete de Setembro, nº 1030, Centro, Ipanema/MG, os denunciados fizeram afirmação falsa, negando a verdade como testemunha, em processo judicial, a fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal.
>
> Consta que os denunciados prestavam depoimento no juízo local acerca do crime de homicídio ocorrido em data de 13.05.2006, na localidade da Barra da Figueira, Distrito de Pocrane/MG, tendo como vítima

> K.R.D. e réu J.E.M.B., quando alegaram terem visto uma arma nas proximidades do corpo da vítima no processo de homicídio mencionado.
>
> O depoimento da testemunha J.C.A., à f. 17, demonstra o crime de falso testemunho cometido pelos denunciados, pois essa testemunha presenciou o crime e afirma que não havia nenhuma arma perto do corpo da vítima ou na cintura dela.
>
> A testemunha J.C. afirma, ainda, que nenhum dos denunciados foram ao local dos fatos e que J.C. e seu genitor, J.A.A., providenciaram socorro para a vítima.
>
> A testemunha J.A.A. reafirmou a versão de J.C.A., a qual é corroborada por outras testemunhas [...] (f. 03/04).

A denúncia foi recebida em 16 de abril de 2007 (f. 46).

Em 24 de junho de 2009, o processo e o prazo prescricional foram suspensos em relação aos acusados J.J.M. e S.O. (f. 90/91), voltando a correr, em relação a esta, em 27 de novembro de 2014 (f. 178/179).

À f. 198, foi extinta a punibilidade do acusado J., em razão de seu falecimento.

A sentença condenatória foi publicada em 13 de março de 2018 (f. 252).

Inconformada, apelou a acusada (f. 265/266), requerendo a defesa, em síntese, a absolvição da ré quanto à prática do delito tipificado no art. 342, § 1º, do Código Penal. Pleiteou, ainda, a concessão dos benefícios da justiça gratuita e o arbitramento de honorários advocatícios (f. 272/274).

Em contrarrazões, o *Parquet* pugnou pela manutenção da sentença recorrida (f. 278/280).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso, em seu parecer de f. 291/292-v.

É o Relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

Pleiteia a defesa a absolvição da acusada quanto à imputação pela prática do crime de falso testemunho, por atipicidade da conduta ou por insuficiência probatória.

Analisei detidamente as razões apresentadas pela combativa defesa, comparando-as com a r. sentença hostilizada e com as provas colacionadas aos autos, e vejo que a condenação é a medida que se impõe.

O crime de falso testemunho (art. 342 do CP), inserto no Título XI do Código Penal, referente aos "Crimes Contra a Administração Pública", é classificado pela doutrina como crime formal, ou seja, prescinde da existência de resultado naturalístico para sua consumação.

Assim, o simples ato de fazer afirmação falsa como testemunha em processo judicial já configura o crime descrito no art. 342 do CPB, situação bem demonstrada nesses autos.

A materialidade é comprovada pelos documentos de f. 08 e 15, nos quais constam, respectivamente, o termo de audiência e o depoimento prestado pela acusada em juízo no processo de nº

0312.06.004527-4, em que se apura crime de homicídio, que espanta qualquer dúvida em relação à autoria, em que pesem as negativas da agente.

Há nos autos elementos suficientes a comprovar que o depoimento judicial da ré foi inverídico, uma vez que esta afirmou que havia uma arma de fogo ao lado do corpo da vítima (f. 15), a fim de corroborar a tese de defesa naquele feito, no sentido de que o acusado da prática do crime de homicídio agiu amparado pela excludente da legítima defesa, tendo sido a versão apresentada pela ora apelante dissonante dos demais elementos de prova colacionados naqueles autos.

Isso porque, na mesma audiência de instrução e julgamento, a testemunha presencial, J.C.A. (f. 09), bem como as testemunhas C.A.A. (f. 10) e M.B.D. (f. 11/12), foram uníssonos em negar a existência da referida arma de fogo no local dos fatos.

No mesmo sentido, foram os depoimentos das testemunhas C.S. (f. 29/30), M.P.C.A. (f. 31) e E.A.O. (f. 32).

Do mesmo modo, as testemunhas M.P.C.A., C.A.A. e E.A.O., quando ouvidas nos presentes autos, reafirmaram que não havia arma de fogo ao lado do corpo vítima do homicídio:

> [...] ouviu estampidos semelhantes a disparos de arma de fogo; que, um pouco depois, presenciou eu sogro J.A. e seu cunhado J.C. socorrendo R.; que não havia mais ninguém no local além de J.A., J.C e R.; que não presenciou, tampouco ouviu dizer, que R. estaria armado; que não viu a acusada S. em nenhum momento no local dos fatos, mesmo após o ocorrido; [...] (M.P.C.A. - f. 218).

"que C.R. não andava armado; que não presenciou os fatos, mas pode dizer que quando R. chegou ao hospital não estava armado; que não ouviu nada de terceiros acerca do fato de R. estar ou não armado no dia dos fatos." (C.A.A. - f. 219).

"[...] que não viu nenhuma arma de fogo no local dos fatos; [...] que ninguém relatou ter visto qualquer tipo de arma no local; [...]" (E.A.O. - f. 220).

Pelo exposto, dúvidas não há de que a acusada praticou o delito previsto no art. 342 do CP, o qual, para sua configuração, basta o dolo genérico, consistente na vontade e consciência de proferir afirmação falsa, bem como de negar ou silenciar acerca da verdade, na condição de testemunha, perito, contador ou intérprete, seja em processo judicial ou administrativo, seja no inquérito policial ou juízo arbitral.

A propósito: "Comete o delito de falso testemunho aquele que faz afirmação inverídica ao depor em juízo, com o intuito de favorecer o acusado" (TJSP - Ap. - Rel. Cunha Camargo - RT 575/342).

> Penal. Falso testemunho. Matéria fático-probatória. Materialidade e autoria. Suficiência de provas. Dolo. Demonstração. Condenação mantida. Fixação das penas. Substituição por restritivas de direitos. Critérios. Readequação. Recurso parcialmente provido. - Para a caracterização do crime de falso testemunho basta o dolo genérico, consistente na vontade consciente de falsear a verdade, e que a falsidade verse sobre circunstância juridicamente relevante. - Comete o crime de falso testemunho aquele que, sabendo

> que terceira pessoa usou seu nome para ocultar a verdadeira identidade perante a autoridade policial, confirma a autoria do depoimento prestado pelo farsante ao ser chamado a testemunhar sobre o fato em juízo, faltando com a verdade. - Fixada a pena privativa de liberdade no patamar de um ano de reclusão, a substituição deve se dar por uma pena restritiva de direitos ou multa, sendo inadmissível a sua substituição por duas restritivas de direitos (Apelação Criminal 1.0461.08.053609-1/001, Relator: Des. Júlio Cezar Guttierrez, 4ª Câmara Criminal, j. em 31.08.2011, p. em 14.09.2011).

É claro que nem todo testemunho que se opõe à verdade real é falso, vez que decorre da percepção que alguém tem e faz da realidade, assim como nem toda contradição entre as declarações é apta, por si só, para caracterizar o dolo do tipo.

Todavia, *in casu*, tenho que não remanesce dúvida acerca da intenção da apelante de falsear a verdade, pois seus depoimentos estão em total desarmonia com as declarações das demais testemunhas ouvidas.

Assim, estou convencido de que a apelante incorreu no delito de falso testemunho, cuja caracterização, conforme acima mencionado, não exige uma finalidade específica, bastando a presença da vontade consciente de falsear a verdade (dolo genérico) e que a falsidade verse sobre circunstância juridicamente relevante, o que ocorreu no presente caso.

Da mesma forma, restou configurada a majorante prevista no art. 342, § 1º, do Código Penal, pois o crime foi praticado com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal em que se apura um delito de homicídio.

Diante do exposto, mantenho a sentença recorrida, que condenou a apelante S.O. nas iras do art. 342, § 1º, do CPB, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por outro lado, no que tange à pena fixada, vejo que o *decisum* merece reparo.

Isso porque, o douto sentenciante analisou de forma favorável todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mas fixou pena privativa de liberdade da acusada em 02 (dois) anos de reclusão, se olvidando de que, à época dos fatos, isto é, em 30 de agosto de 2006, o delito previsto no art. 342 do Código Penal cominava pena de um a três anos de reclusão, além da multa, sendo que, somente com o advento da Lei nº 12.850/13, passou a prever abstratamente a pena corporal de dois a quatro anos de reclusão.

Sendo assim, reduzo a pena-base da acusada para 01 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes.

Inexistem causas de diminuição de pena, mas presente a majorante do § 1º do art. 342 do CP, elevo a reprimenda em um sexto, concretizando-a, definitivamente, em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Fixo o regime aberto para o cumprimento da pena corporal.

A reprimenda final enseja a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o que deixo de dispor a respeito por razões práticas.

É que, a prevalecer junto à Turma Julgadora a pena imposta à ré, mister se faz a declaração da extinção da punibilidade, pela ocorrência da prescrição, a qual é matéria de ordem pública, devendo ser declarada, quando reconhecida, em qualquer fase do processo, de ofício ou a requerimento das partes, o que acaba por obstar a realização dos efeitos normais desta manifestação.

A pena privativa de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão determina prazo prescricional de quatro anos, conforme art. 109, V, c/c o art. 110, *caput* e § 1º, do CP.

Afere-se do caderno processual que os fatos ocorreram em 30 de agosto de 2006 (f. 03), a denúncia foi recebida em 16 de abril de 2007 (f. 46) e a sentença condenatória publicada em 13 de março de 2018 (f. 252).

Assim sendo, considerando que, entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, descontando-se o período em que o prazo prescricional encontrava-se suspenso (24.06.2009 até 27.11.2014), transcorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, na modalidade retroativa, pela pena em concreto aplicada à infração penal.

O mesmo se aplica à pena de multa, nos termos do art. 114, II, do Código Penal.

Tratando-se de prescrição da pretensão punitiva, ficará a apelante isenta do pagamento das custas processuais e seu nome não poderá ser lançado no rol dos culpados, uma vez que a prescrição ora reconhecida equipara-se a uma absolvição.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena imposta à acusada para 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa e, consequentemente, declarar a extinção de sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa, nos termos do art. 107, IV, c/c art. 109, V, e art. 114, todos do Código Penal.

Na oportunidade, arbitro os honorários advocatícios em favor da nobre causídica, Dra. T.S.T., OAB/MG nº 151.109, em R$500,49 (quinhentos reais e quarenta e nove centavos), pelas razões recursais apresentadas.

É como voto.

Votaram de acordo como o Relator os Desembargadores Sálvio Chaves e Paulo Calmon Nogueira da Gama.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E, EM CONSEQUÊNCIA, DECLARARAM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA APELANTE, PELA PRESCRIÇÃO.

Agravo em execução - Inclusão em regime disciplinar diferenciado (RDD) - Necessidade.

- Havendo fundadas suspeitas de que o agravante participava, de dentro do presídio, de associação destinada ao tráfico de drogas, a imposição de regime disciplinar diferenciado é de rigor, conforme determina o art. 52, II, da Lei de Execuções Penais. Da mesma forma, existindo indícios de que o agravado exercia a liderança da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC, deve o regime disciplinar diferenciado ser cumprido em estabelecimento federal, conforme preceitua o parágrafo terceiro do referido dispositivo.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0325.12.001780-2/001 - Comarca de Francisco Sá - Agravante: M.O.C. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.ª KÁRIN EMMERICH.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 29 de junho de 2021. - *Kárin Emmerich* - Relatora.

Voto

DES.ª KÁRIN EMMERICH - Trata-se de agravo em execução penal, interposto pela defesa técnica de M.O.C. contra decisão de número de Ordem 105, que determinou a transferência do agravante para um presídio federal de segurança máxima, em regime disciplinar diferenciado.

Em suas razões recursais (documento eletrônico de número de Ordem 104), busca a defesa reforma do *decisum*, sustentando inexistir provas sobre a participação do penitente em organização criminosa, bem como não haver apuração da falta grave que lhe fora imputada no curso da execução. Alega, ainda, não estarem preenchidos os requisitos legais para a transferência do sentenciado para o sistema penitenciário federal. Requer, assim, o retorno para presídio estadual e, alternativamente, a suspensão da transferência até o julgamento do incidente de apuração de falta.

Contrarrazões ministeriais no documento eletrônico de nº 108, pelo improvimento.

Em juízo de retratação, a magistrada manteve a decisão combatida por seus próprios fundamentos (documento eletrônico de número de Ordem 109).

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, por meio do parecer de número de Ordem, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Inexistindo preliminares, arguidas ou apreciáveis *ex officio*, passo à análise do mérito recursal.

Consoante se verifica, a defesa pleiteia a reforma da decisão que determinou a transferência do agravante para um presídio federal de segurança máxima, em regime disciplinar diferenciado.

Releva notar que o art. 52 da Lei nº 7.210/84 assim dispõe:

> Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> II - recolhimento em cela individual; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso; (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> VI - fiscalização do conteúdo da correspondência; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).
>
> § 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> I - que apresentem alto risco para a Ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime

> disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> I - continua apresentando alto risco para a Ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 5º Na hipótese prevista no § 3º deste art., o regime disciplinar diferenciado deverá contar com alta segurança interna e externa, principalmente no que diz respeito à necessidade de se evitar contato do preso com membros de sua organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou de grupos rivais. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 6º A visita de que trata o inciso III do caput deste art. será gravada em sistema de áudio ou de áudio e vídeo e, com autorização judicial, fiscalizada por agente penitenciário. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)
>
> § 7º Após os primeiros 6 (seis) meses de regime disciplinar diferenciado, o preso que não receber a visita de que trata o inciso III do caput deste art. poderá, após prévio agendamento, ter contato telefônico, que será gravado, com uma pessoa da família, 2 (duas) vezes por mês e por 10 (dez) minutos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Observa-se, assim, que o detento pode ser encaminhado para o RDD quando: a) praticar falta grave consistente em fato previsto na lei como crime doloso, sendo que a referida conduta deve causar subversão da ordem ou da disciplina interna; b) ou, ainda, se o preso apresentar alto risco para a ordem ou segurança do sistema prisional ou da sociedade; c) ou, por fim, se recair fundadas suspeitas de que o preso participa ou está envolvido com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada,

Na hipótese, há indícios contundentes de que o agravado, mesmo estando sob custódia estatal, participava ativamente de associação destinada ao tráfico, exercendo o comando do referido grupo por meio de contato telefônico. Vejamos como a douta magistrada fundamentou a decisão que determinou a submissão ao regime disciplinar diferenciado:

> [...] Cumpre ressaltar que o Regime Disciplinar Diferenciado não se trata de um regime especial de cumprimento de pena, eis que não se encontra no rol do art. 33 do Código Penal. Como já mencionado acima, referida medida corresponde a uma espécie de sanção disciplinar decorrente da prática de um crime doloso praticado pelo sentenciado e que acarrete na subversão da ordem ou disciplina interna.

Nesse plano, constatado as atividades delituosas exercidas pelo apenado no interior das unidades prisionais, subvertendo a ordem e disciplina interna, imperioso se torna a sua inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado, de maneira a fortalecer a repressão de crimes.

Nesse sentido:

> Agravo em execução penal. Prática de falta disciplinar grave. Tentativa de fuga e ameaça contra agente penitenciário. Aplicação do regime disciplinar diferenciado. Inteligência do art. 52 da lei de execução penal. Constitucionalidade. Recurso conhecido e não provido. - A inserção do recuperando em Regime Disciplinar Diferenciado não viola os direitos e garantias individuais assegurados no art. 5º da Constituição Federal. Em verdade, cuida-se de resposta do Estado adequada à grave sanção disciplinar cometida pelo sentenciado. - Restando demonstrado que o recuperando é pessoa envolvida em delitos graves, demonstrando má formação de personalidade e que é avesso à obediência hierárquica, submetê-lo ao Regime Disciplinar Diferenciado é medida que se impõe (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0704.13.009401-1/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, j. em 11.08.2015, p. em 21.08.2015).

Noutro norte, verifica-se que razão também assiste o ministério público no que diz respeito ao requerimento de transferência do sentenciado para uma unidade prisional federal de segurança máxima, eis que preenchidos os requisitos impostos pelo § 3º do art. 52 da LEP. Nos exatos termos:

> § 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da criminosa ou milícia privada Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.
>
> Como se percebe de uma simples análise das investigações anexadas ao requerimento ministerial, além de confirmada a liderança exercida pelo sentenciado perante uma associação criminosa, tem-se, ainda, fortes indícios de que o mesmo integra a facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC (APFD/AAFAI - seq. 70.1, f. 08/24).
>
> Nesta esteira, resta constatada a efetiva necessidade de transferência do sentenciado para um estabelecimento penal federal de segurança máxima, tendo em vista a sua alta periculosidade e a ineficácia das estruturas estaduais de afastar-lhe das atividades criminosas.
>
> À vista do exposto, o requerimento de seq. 70.1, ACOLHO sujeitando M.O.C. ao Regime Disciplinar Diferenciado, a ser cumprido em ESTABELECIMENTO PENAL FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA o que faço com arrimo no art. 52 da Lei nº 7.210/84 PENAL FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA, c.c. Lei nº 11.671/08 [...].

Ora, consoante é cediço que o RDD é medida extrema e, como tal, destinada exatamente aos detentos com alto potencial lesivo, ou seja, referido regime foi concebido com o objetivo de atender às demandas de defesa da ordem pública e de maior segurança nos estabelecimentos penais. Destina-se, portanto, exatamente àqueles que, mesmo encarcerados, permanecem participando e/ou comandando facções criminosas não só no interior do sistema prisional como também no contexto social.

Observa-se, assim, que, havendo fundadas suspeitas de que o agravante participava de dentro do presídio de associação destinada ao tráfico de drogas, a imposição de regime disciplinar diferenciado é de rigor conforme determina o art. 52, II, da Lei de Execuções Penais. Da mesma forma, existindo indícios de que o agravado exercia a liderança da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC, deve o regime disciplinar diferenciado ser cumprido em estabelecimento federal, conforme preceitua o parágrafo terceiro do referido dispositivo.

Cumpre ressaltar que o legislador, ao disciplinar o RDD não exigiu provas irrefutáveis sobre o envolvimento ou participação em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, bastando fundadas suspeitas. Igualmente, a transferência para estabelecimento prisional federal exige tão somente que haja indícios de que o preso exerça a liderança de grupo criminoso. Assim, a leitura atenta do art. 52 da LEP é suficiente para afastar as teses defensivas de insuficiência de provas e de ausência de apuração da falta grave que lhe fora imputada ao preso no curso da execução, porquanto, repita-se, foi demonstrada fundadas razões sobre a participação do acusado em associação destinada ao tráfico, bem como estão presentes robustos indícios de que agravado exercia a liderança da facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC, Inexiste, portanto, qualquer irregularidade na fixação do regime diferenciado disciplinar (RDD) ao agravante, tendo em vista que a situação narrada nos autos se encaixa perfeitamente nas hipóteses previstas no do art. 52 da Lei nº 7.210/1984 (LEP).

Nesse sentido:

> Agravo em execução penal. Prática de falta disciplinar grave. Tentativa de fuga e ameaça contra agente penitenciário. Aplicação do regime disciplinar diferenciado. Inteligência do art. 52 da lei de execução penal. Constitucionalidade. Recurso conhecido e não provido. - A inserção do recuperando em Regime Disciplinar Diferenciado não viola os direitos e garantias individuais assegurados no art. 5º da Constituição Federal. Em verdade, cuida-se de resposta do Estado adequada à grave sanção disciplinar cometida pelo sentenciado - Restando demonstrado que o recuperando é pessoa envolvida em delitos graves, demonstrando má formação de personalidade e que é avesso à obediência hierárquica, submetê-lo ao Regime Disciplinar Diferenciado é medida que se impõe (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0704.13.009401-1/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, j. em 11.08.2015, p. em 21.08.2015).

Dessa forma, a decisão agravada merece ser mantida integralmente, haja vista que a inclusão do agravante no regime disciplinar diferenciado, a ser cumprido em estabelecimento prisional federal, foi devidamente fundamentada.

Dispositivo.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo, mantendo inalterada a decisão proferida pela MM.ª Juíza de Direito Lorena Teixeira Vaz.

Custas na forma do art. 804 do CPP.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDISON FEITAL LEITE E ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Tráfico de drogas - Recurso defensivo - Desclassificação para o delito previsto no art. 348 do CP - Impossibilidade - Comprovação da materialidade e da autoria da mercancia ilícita - Isenção das custas processuais - Descabimento - Efeito da condenação - Recurso ministerial - Aumento da pena-base - Possibilidade - Decote da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 - Não acolhimento - Apelados que preenchem os requisitos legais - Fixação de regime mais rigoroso - Impossibilidade - Quantum de pena e circunstâncias judiciais que autorizam o regime aberto para início de cumprimento da pena e substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos - Manutenção da prisão dos apelados - Prejudicado.

- Comprovada a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas, não há falar em desclassificação para o delito de favorecimento pessoal.

- O pagamento das custas processuais é um dos efeitos da condenação penal, consoante art. 804 do Código de Processo Penal.

- Conforme orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça, a apreciação da isenção deve ser reservada ao Juízo da Execução, diante da possibilidade de alteração após a condenação.

- Perfeitamente possível a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a quantidade e qualidade da droga apreendida.

- Em sendo os apelados primários, de bons antecedentes e que não se dediquem a atividades criminosas e nem integrem associação criminosa, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art.33 da Lei de Drogas deve ser mantida.

- Pelo *quantum* das penas aplicadas em face dos apelados (menos de quatro anos) e em sendo os mesmos primários, há de ser mantido o regime aberto para início de cumprimento da pena, bem como a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

- Em razão da substituição das penas resta prejudicado o pleito ministerial quanto à manutenção das prisões dos apelados.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.18.001860-4/001 - Comarca de Sete Lagoas - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: C.S.O., W.L.O.S. - Apelado:

C.S.O, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, W.L.O.S. Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGAR PROVIMENTO AO DEFENSIVO.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 2020. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

Voto

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Por meio da denúncia, o Ministério Público narrou os fatos e imputou aos apelantes a prática das condutas previstas no art. 33, *caput*, da Lei nº 11343/06 (f. 02D-02D-v).

O pedido ministerial foi julgado procedente, com a condenação dos apelantes, à pena privativa de liberdade, cada um, de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, sendo cada dia multa fixada na fração mínima legal, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (f. 117-131-v).

O Ministério Público apresentou recurso onde se requer o aumento da pena-base dos apelados, o decote da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena e, por fim, a manutenção da prisão dos recorridos (f. 168-173).

A defesa interpôs o presente recurso, por meio do qual pleiteia, quanto à apelante C., a desclassificação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o crime descrito no art. 348 do CP e, por fim, a isenção das custas processuais quanto a ambos os apelantes (f. 190-200).

Contrarrazões defensivas às f. 177-181 e Ministeriais às f. 201-203-v pelo conhecimento e desprovimento dos recursos adversos.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 205-210, para se conhecer das apelações e negar-lhes provimento.

É o relatório.

Conheço dos recursos, porque atendidos os pressupostos legais para isso.

Sobre os fatos, foram assim narrados na denúncia (f. 02D-02D-v):

> No dia 23 de janeiro de 2018, por volta de 10h15, na Avenida Maria Stella de Souza, nº 26, no Bairro Kwait, nesta cidade, os denunciados C.S.O. e W.L.O.S. mantinham em depósito 2,54g (dois gramas e

> cinquenta e quatro centigramas) de maconha; 5,03g (cinco gramas e três centigramas) de crack; 1.138,97 (mil cento e trinta e oito gramas e noventa e sete centigramas) de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal.
>
> Na data e local acima descritos, Policiais Militares, ao realizarem patrulhamento na região, abordaram o denunciado W. em atitude suspeita. Ao ser abordado, o denunciado gritou para que sua irmã L. "voltasse a sua casa, trancasse a porta e avisasse sua mãe", momento em que a irmã L. retornou a sua casa às pressas.
>
> Os Policiais a perseguiram até a residência e visualizaram a denunciada C., mãe de W. e de L., dispensando, do outro lado do muro, uma caixa metálica contendo 621 (seiscentos e vinte e um) porções de cocaína e 22 (vinte e duas) porções de crack. Os Policiais ainda encontraram, no local, 1 (uma) porção de crack, 1 (uma) de maconha e 39 (trinta e nove) unidades de material elétrico para construção de dois celulares.

Passo à análise, primeiramente, do recurso defensivo, por questão de coerência.

Desclassificação do delito de tráfico de drogas atribuído à apelante para o de favorecimento pessoal

A defesa pugna pela desclassificação do delito de tráfico de drogas atribuído à apelante C. para aquele descrito no art. 348 do CP.

O pleito defensivo não merece acolhimento.

Isso porque, conforme se depreende de toda a prova produzida nos autos, restou demonstrado que a apelante praticou o delito de tráfico de drogas e não favorecimento pessoal como tenta fazer crer a defesa.

Em juízo, as testemunhas e policiais militares R.P.S.S. e C.P.G. (mídia de f. 99) confirmaram que, após a detenção do apelante W., este gritou para sua irmã L. para que avisasse sua genitora, ora, também, recorrente. Após ser avisada da detenção de seu filho, C. se desfez de uma caixa metálica, a qual possuía em seu interior grande quantidade de entorpecentes, jogando-a em um quintal.

Em seu interrogatório, o apelado W. afirmou (mídia de f. 99) que uma pessoa lhe ofereceu o valor de R$1.000,00 (mil reais) por mês para guardar referida caixa, contudo, não sabia que ali continha drogas. Confirmou que, no momento em que estava sendo detido pelos policiais, pediu a sua irmã que avisasse sua mãe. Esclareceu, ainda, que sua mãe não jogou a caixa fora, pois não sabia sobre a mesma, bem como referido objeto se encontrava escondido em um muro próximo a uma plantação de ora-pro-nóbis, onde foi encontrada.

Já a apelada C., em seu interrogatório judicial (mídia de f. 99) afirmou que a caixa se encontrava em cima de seu guarda-roupa. Disse que quando foi avisada pela filha que seu filho tinha sido detido, pegou a referida caixa e a jogou no quintal. Por fim, esclareceu que não sabia o que estava dentro do referido objeto.

Pelo que se percebe acima, apesar do apelante W. tentar isentar sua genitora de qualquer relação com os fatos, a própria apelante o contradiz, afirmando que foi ela, sim, quem jogou a caixa fora.

Contudo, as alegações dos apelantes, de que não sabiam da existência da droga na caixa, restaram isoladas em face das demais provas constantes nos autos, principalmente levando-se em consideração a própria conduta dos mesmos em desfazer o objeto a qualquer custo.

No meu entender, restou demonstrada a prática do delito de tráfico de drogas tanto em face do apelante W. quanto em relação à apelante C. que, nitidamente, aderiu à conduta do filho, praticando com ele o delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Assim, ao contrário do alegado pela defesa, há provas robustas e suficientes a manter a condenação da recorrente pelo delito de tráfico de drogas, não havendo que falar em desclassificação para o delito de favorecimento pessoal.

Isenção das custas processuais.

A defesa requer, por fim, a isenção das custas processuais.

Razão não assiste à defesa.

Sobre o assunto, meu posicionamento é no sentido de que o pagamento das custas processuais é um dos efeitos da condenação penal, consoante se extrai do art. 804 do Código de Processo Penal: "Art. 804 A sentença ou o acórdão que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido".

Nesse sentido é a Súmula nº 58, deste egrégio Tribunal:

> O juridicamente miserável não fica imune da condenação nas custas do processo criminal (art. 804 CPP), mas o pagamento fica sujeito à condição e prazo estabelecidos no art. 12 da Lei nº 1.060/50. (unanimidade).

Esta é a orientação do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão:

> [...] 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, o art. 804 do CPP determina a condenação do vencido em custas, devendo ficar suspensa a exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, após o qual ficará prescrita a obrigação, a teor do art. 12 da Lei nº 1.060/1950. 3. A suspensão de que se trata apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado, diante da possibilidade de alteração após a condenação. [...] (AgRg no AREsp 254330/MG, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 19.03.2013, *DJe* de 25.03.2013).

Diante disso, a questão do pagamento das custas processuais deve ser postergada para o Juízo da Execução Penal, onde será propriamente aquilatada a real situação econômica e financeira da apelante.

Recurso Ministerial.

Requer o Ministério Público o aumento da pena-base dos apelados, o decote da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena e, por fim, a manutenção da prisão dos recorridos.

Com relação ao aumento da pena-base dos apelados, tendo em vista a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, com razão o Ministério Público.

Adoto o posicionamento, amplamente acolhido pelos nossos Tribunais Superiores, de que a quantidade e natureza da droga podem, perfeitamente, serem utilizadas para majorar a pena-base, em conformidade com o art. 42 da Lei de Drogas, bem como ser utilizada para escolha da fração em face da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal, sem que com isso configure o *bis in idem*.

Desta forma, passo à reaplicação das penas dos apelados.

W.: Assim, em face da quantidade e da natureza da droga apreendida nestes autos (2,54g de maconha; 5,03g de crack; 1.138,97g de cocaína), na primeira fase, aumento a pena-base do apelado para 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

Na segunda fase, ante a ausência de agravante, mas presente a atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, mantenho o reconhecimento da referida causa de diminuição e fração de 1/3 (um terço), tal como realizado pelo d. Magistrado *a quo*, perfazendo um total de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Mantenho as demais cominações na r. sentença primeva, principalmente quanto ao regime fixado e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Entendo que não merece o pleito ministerial quanto ao decote da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que a quantidade de drogas, por si só, não desautoriza a incidência da referida benesse.

Em sendo o apelante primário, de bons antecedentes e em não havendo prova de que o mesmo integre organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, o benefício deve permanecer.

Da mesma forma, não merece o pedido do *Parquet* quanto à alteração do regime inicial de cumprimento da pena, tendo em vista o *quantum* da pena e as circunstâncias judiciais que autorizam a fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, os quais devem permanecer nos termos em que realizado pelo d. Magistrado Sentenciante.

C.: Assim, em face da quantidade e da natureza da droga apreendida nestes autos (2,54g de maconha; 5,03g de crack; 1.138,97g de cocaína), na primeira fase, aumento a pena-base da apelada para 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa.

Na segunda fase, ante a ausência de atenuante e agravante, mantenho a pena no patamar acima.

Na terceira fase, mantenho o reconhecimento da referida causa de diminuição e fração de 1/3 (um terço), tal como realizado pelo d. Magistrado *a quo*, perfazendo um total de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e pagamento de 374 (trezentos e setenta e quatro) dias-multa.

Mantenho as demais cominações na r. sentença primeva, principalmente quanto ao regime fixado e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Entendo que não merece o pleito ministerial quanto ao decote da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que a quantidade de drogas, por si só, não desautoriza a incidência da referida benesse.

Em sendo a apelada primária, de bons antecedentes e em não havendo prova de que a mesma integre organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas, o benefício deve permanecer.

Da mesma forma, não merece o pedido do *Parquet* quanto à alteração do regime inicial de cumprimento da pena, tendo em vista o *quantum* da pena e as circunstâncias judiciais que autorizam a fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, os quais devem permanecer nos termos em que realizado pelo d. Magistrado sentenciante.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso ministerial para majorar a pena-base dos apelados e nego provimento ao recurso defensivo, nos termos deste voto.

Custas na forma da Lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Pedro Coelho Vergara e Adilson Lamounier.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO DEFENSIVO.

Apelação criminal - Dos crimes praticados no âmbito doméstico - Ameaça - Palavra da vítima em consonância com os demais elementos de prova - Relevância - Atipicidade da conduta não configurada - Condenação mantida - Redução da pena - Não cabimento - Substituição por restritivas de direitos - Impossibilidade - Ausência dos requisitos legais - Suspensão condicional da pena e direito de recorrer em liberdade - Pedidos prejudicados - Isenção do pagamento das custas processuais - Competência do juízo da execução - Recurso conhecido e desprovido.

- Nos delitos que envolvem violência doméstica, praticados, na maioria das vezes, sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima é de suma importância para a elucidação dos fatos, sendo suficiente para alicerçar o decreto condenatório quando em consonância com o restante do conjunto probatório.

- Considerando que a ameaça proferida pelo acusado foi capaz de atemorizar a ofendida e, portanto, suficiente para configurar o elemento subjetivo específico do tipo, não há se falar em atipicidade da conduta praticada.

- Mantém-se a pena-base já fixada no mínimo abstratamente cominado.

- Ausentes os requisitos legais, fica vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

- Suspensa a execução da pena privativa de liberdade mediante o cumprimento de determinadas condições, e concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade, prejudicados se encontram referidos pleitos.

- O pedido de isenção do pagamento das custas processuais deve ser dirigido ao juízo da execução penal, por ser ele o competente para analisar eventual estado de hipossuficiência financeira do agente.

V.v.: - É firme a orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a ameaça proferida no contexto de uma discussão, com ânimo exaltado e raivoso, não configura o delito do art. 147 do Código Penal por ausência de tipicidade subjetiva.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0515.14.002017-0/001 - Comarca de Piumhi - Apelante: C.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 28 de janeiro de 20202. - *Adilson Lamounier* - Relator.

Voto

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal, interposta por C.A.S., contra a sentença de f. 78/81, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Piumhi julgou procedente a pretensão acusatória contida na denúncia, para condenar o recorrente como incurso nas sanções do art. 147 do Código Penal à pena de 01 (um) mês de detenção, em regime aberto.

A execução da pena privativa de liberdade foi suspensa pelo período de 02 (dois) anos, mediante o cumprimento de determinadas condições.

Em suas razões recursais às f. 106/111, pleiteia a defesa a absolvição do apelante por fragilidade probatória, "a uma pelo fato de que a mãe da vítima notoriamente omite informação relevante sobre a discussão que resultou na suposta ameaça e, a duas, pelo fato de que a própria vítima se contradiz em relação aos fatos em apuração". Caso mantida a condenação, pugna pela redução da pena no mínimo legal, bem como a substituição por restritivas de direitos ou suspensão condicional da pena. Requer, ainda, que seja concedido ao acusado o direito de recorrer em liberdade, bem como a isenção do pagamento das custas processuais.

Às f. 112/114, contrarrazões recursais, requerendo o Ministério Público o conhecimento e desprovimento do recurso, com a manutenção da sentença recorrida.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 119/124).

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade.

Primeiramente, verifica-se que o pleito para que o acusado recorra em liberdade encontra-se prejudicado, porquanto concedido em primeira instância.

Passo, pois, à análise do mérito recursal.

Narra a inicial acusatória que, no dia 26 de março de 2014, por volta das 11h05min, à Rua Marechal Floriano Peixoto, n° 970, Bairro Bela Vista, em Piumhi/MG, o denunciado, ora apelante, ameaçou sua ex-amásia T.C.G.S., por palavra, de lhe causar mal injusto e grave.

Consta que a vítima e o denunciado mantiveram união estável e tiveram um filho em comum, quando, na data dos fatos, por não concordar com as datas definidas pela Justiça para visitar seu filho, o denunciado dirigiu-se até a residência da ofendida e a ameaçou com os seguintes dizeres: "se ela não entregar meu filho iria matá-la".

Em seguida, ao perceber que os militares tinham sido acionados, o denunciado fugiu do local.

Conforme relatado, foi o apelante condenado como incurso nas sanções do art. 147 do Código Penal, o que motivou o presente recurso.

Examinando detidamente os autos, verifico que o pleito defensivo não procede, já que o juízo condenatório se apresenta absolutamente correto, devendo a r. sentença ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, a materialidade do delito não foi contestada e encontra-se comprovada por meio do termo de representação de f. 03 e boletim de ocorrência de f. 04/05.

A autoria, por sua vez, foi delineada pela prova oral colhida, não obstante o réu, sob o crivo do contraditório, tenha negado as acusações que lhe foram feitas, conforme interrogatório de f. 58.

Ao ser ouvida em juízo, a vítima ratificou suas declarações extrajudiciais, oportunidade em que narrou os fatos do seguinte modo:

> Que um dia antes dos fatos conversou com o réu por telefone; que C. lhe pediu para pegar [...] e a declarante disse que não; que negou o pedido de C. pois não era o dia do mesmo ficar com ele; que no dia dos fatos estavam em casa a declarante e sua genitora; que C. e T. forçaram o portão, sendo que a mãe de T. estava dentro do carro que foram; que C. queria pegar o menino sob a alegação de que sendo pai poderia fazê-lo; que [...] estava na creche na hora da confusão; que C. achava que [...] estava em casa, não sabendo que estava na creche; que presenciou o fato criminoso; que sem ter acesso aos autos confirma o teor do histórico de ocorrência constante no B.O. de f. 05, e declarações prestadas em sede policial constantes às f. 8/9, acrescentando que na ocasião se fazia acompanhar de um amigo de nome T., que também forçou o portão da casa objetivando ajudar C. a tomar o filho [...] à força; que esta foi a última das várias confusões que o casal teve; que procura lidar com a mãe do réu para evitar atritos com C. (f. 54); [...] que o investigado perguntou sobre seu filho [...]; que então ele pediu para a declarante pegar o [...] porque ele queria sair com este, mas a declarante disse que ele estava dormindo; que o investigado falou "pega o [...] agora", portanto a declarante disse novamente que não iria o pegar porque ele estava dormindo; que assim o investigado disse "você vai pegar sim sua vagabunda"; que daí a declarante fechou o portão e o trancou: que daí o investigado começou a falar que iria a matar, continuou a chamando de vagabunda e falou que iria pular o muro; que a declarante disse que iria chamar a polícia se o investigado pulasse o muro; que então o investigado evadiu do local (f. 08/09).

Sua versão foi integralmente confirmada por sua genitora, R.A.G.S., que presenciou a ameaça de morte sofrida por sua filha, a saber:

> Que presenciou o fato criminoso; que confirma o teor das declarações prestadas em sede policial constantes às f. 6/7; que esta foi a última confusão do casal (f. 56); que o investigado teve em sua residência,

> empurrando o portão; que disse que o investigado estava alterado na data dos fatos; que não sabe porque o investigado estava nervoso; que presenciou o investigado ameaçando a vítima de morte; que testemunhou o investigado dizendo que iria tomar o [...] da vítima (f. 06-07).

De igual modo, o policial J.P.N. também confirmou o inteiro teor do histórico do boletim de ocorrência de f. 05 (f. 55).

Por outro lado, a testemunha T.A.V., alegou que, diante da negativa da vítima em entregar seu filho, ele e o réu, seu amigo, "desistiram e foram embora; que não presenciou ameaça; que nega ter forçado a entrada na casa junto com o réu; que não viu a mãe da vítima no dia dos fatos" (f. 57).

Nota-se, portanto, que a prova oral colhida é suficiente para atestar a procedência acusatória e, ainda que haja pontual divergência no depoimento da vítima no que tange ao que o filho do casal fazia na ocasião em que o réu a procurou, tal fato não é o bastante para fragilizar a sua versão que, repito, foi ratificada por sua genitora que presenciou a ameaça de morte proferida pelo acusado.

Não é demais salientar a relevância da palavra da vítima que, a priori, desfruta de credibilidade, desde que inexistentes motivos para imputar ao ofensor a prática que não tenha verdadeiramente ocorrido, e ausente qualquer relação de inimizade contra o acusado. Tal circunstância é o que sobressai da prova dos autos, o que reforça a veracidade das suas declarações.

Ademais, conforme é sabido, prevalece na jurisprudência o entendimento de que a palavra da vítima, em consonância com os demais elementos probatórios carreados aos autos, é de grande relevância probatória à demonstração das circunstâncias em que ocorreu o delito.

No caso concreto, a vítima foi bastante clara ao imputar a autoria delitiva ao acusado, versão inclusive corroborada por sua genitora.

Não há dúvidas, pois, da conduta do acusado em proferir palavras ameaçadoras à vítima, motivo pelo qual inviável a absolvição pretendida.

Tampouco a tese de que não foi comprovado que a ofendida realmente se sentiu ameaçada é suficiente para desnaturar a idoneidade da promessa do réu em lhe causar mal injusto.

Com efeito, o delito previsto no art. 147 do Código Penal consiste na ameaça moral, destinada a perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade da vítima, pela intimidação ou promessa de lhe causar mal injusto e grave.

Sobre o tema, ensina o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

> O crime de ameaça consiste na promessa feita pelo sujeito ativo de um mal injusto e grave feita a alguém, violando sua liberdade psíquica. O mal ameaçado deve ser injusto e grave. Se o "mal" for justo ou não for grave, não constituirá o crime. A ameaça é a violência moral (*vis compulsiva*), que tem a finalidade de perturbar a liberdade psíquica e a tranquilidade do ofendido através da intimidação.
>
> A ameaça para constituir o crime tem de ser idônea, séria e concreta, capaz de efetivamente impingir medo à vítima; quando a vítima não lhe dá crédito, falta-lhe potencialidade lesiva, não configura crime, consequentemente. Se, no entanto, com esse comportamento intimidatório ineficaz, o agente tinha

> efetivamente o propósito de ameaçar, isto é, de intimidar a vítima, configura-se crime impossível pela absoluta ineficácia do meio empregado. É indiferente se o agente estava ou não disposto a cumprí-la, nem que seja possível cumprí-la (*Tratado de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2. p. 370).

Conforme prova oral colhida e acima retratada, a ameaça de morte proferida pelo acusado foi capaz de atemorizar a vítima que, na mesma oportunidade em que foi ouvida, manifestou desejo em representar contra ele, sendo, portanto, suficiente para configurar o elemento subjetivo específico do delito, qual seja, a intenção de incutir temor na pessoa da vítima.

Mantenho também a pena já fixada no mínimo abstratamente cominado, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por expressa vedação do art. 44, inciso I, do CP.

Suspensa a execução da pena privativa de liberdade em primeira instância, mais uma vez, prejudicado o pleito defensivo.

Por fim, no que tange ao pleito de isenção do pagamento das custas processuais, registro que alterei o meu posicionamento no sentido de que o pedido em questão deve ser examinado em sede de execução, por ser o momento mais oportuno para a análise de eventual estado de hipossuficiência financeira da parte.

Assim, ainda que se trate de beneficiário da justiça gratuita, incabível a isenção do pagamento das custas processuais durante o processo de conhecimento, sendo, pois, tal pagamento, um dos efeitos da condenação (art. 804 do Código de Processo Penal).

Sobre o tema, colaciono a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Custas processuais. Isenção. Juízo da execução. Súmula n° 83 do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Aplicação às alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional. Lei estadual. Impossibilidade de conhecimento. Súmula n° 280 do Supremo Tribunal Federal - STF. Agravo regimental desprovido. - O Tribunal de origem, ao manter a condenação do réu nas custas processuais e reconhecer que eventual isenção deve ser promovida no juízo da execução, decidiu a lide de acordo com a jurisprudência desta corte. Incidência da Súmula n° 83/STJ - O óbice dessa súmula também se aplica ao recurso especial interposto com fulcro na alínea "a" do permissivo constitucional. - A assertiva relativa ao inciso II do art. 10 da Lei n° 14.939/2003 do Estado de Minas Gerais não pode ser conhecida, ante o impedimento do verbete sumular n° 280 do Pretório Excelso, aplicável por analogia no caso. Súmula n° 280: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário". Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 503.530/MG, Rel. Min. Ericson Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, j. em 14.04.2015, *DJe* de 24.04.2015).

Logo, tratando-se de matéria afeta ao juízo da execução, imperiosa a manutenção da condenação do apelante no pagamento das custas processuais.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso e mantenho a integralidade da sentença recorrida.

DES. EDUARDO MACHADO - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Peço vênia para divergir da solução trazida pelo voto condutor.

Os fatos reconstruídos nos autos demonstram que o apelante foi até a residência da vítima e perguntou pelo filho com quem pretendia se encontrar. A mãe, vítima, respondeu que o filho estava dormindo. O autor, ora apelante, reagiu dizendo: "pega o [...] agora" e a ofendeu. A vítima, diante dessa postura ofensiva, fechou o portão e o trancou. Exaltado, o apelante começou a falar que iria matá-la, continuou chamando-a de vagabunda e falou que iria pular o muro. A vítima reagiu dizendo que iria chamar a polícia se o investigado pulasse o muro e que ele foi embora.

Havia uma briga entre eles, envolvendo visita ao filho. Em juízo, a vítima explicou que não permitiria que o acusado pegasse o filho porque não era o dia marcado; que [...] estava na creche, fato não conhecido pelo apelante na ocasião.

No tocante ao elemento subjetivo do injusto, algumas considerações são necessárias.

O delito de ameaça requer o dolo com a intenção específica de intimidar. Bitencourt leciona com precisão:

> O *animus jocandi* exclui o dolo. Mas a seriedade da ameaça comporta uma valoração subjetiva, muitas vezes de difícil comprovação; por isso, mais que ser séria a ameaça, importa parecer sê-lo (*Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva. v. 2. p. 446).

Sobre tema colaciono também lição dos professores Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

> Tem-se recusado a configuração do crime quando o agressor o faz sob profundo estado de cólera, embriaguez ou em tom de brincadeira. Tais condições refletem profundamente sobre a idoneidade da ameaça, e podendo descaracterizar o delito. Não raro dois contendores discutem e, em seu curso, trocam ameaças que não passam de meras bravatas, sem qualquer relevância jurídico-penal (*Código Penal e sua interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 746.)

É firme, pois, a orientação doutrinária no sentido de que a ameaça proferida no contexto de uma discussão, com ânimo exaltado e raivoso, não configura o delito do art. 147 do Código Penal por ausência de tipicidade subjetiva.

Nesse sentido, também a posição jurisprudencial:

> Em tema de ameaça, é indispensável distinguir-se entre a ameaça formulada bravo ânimo, isto é, com a perversa intenção de causar o medo, e aquela que se profere *jocandi animo*, ou por mera explosão de bazófia ou como simples descarga de um subitâneo assomo de ira, máxime em decorrência de injusta atitude do ameaçado. Somente no primeiro caso é que se pode identificar o dolo específico do crime (TACRIM-SP - AC - Rel. Costa Mendes - JUTACRIM 49/209).

Evidenciada a ausência do *animus* calmo e refletido que caracteriza o dolo da ameaça, concluo pela ausência de tipicidade subjetiva.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso do apelante para absolvê-lo da imputação, diante do reconhecimento da dúvida quanto à caracterização do tipo subjetivo.

É como voto.

Sem custas.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, POR MAIORIA.

Apelação criminal - Violação de direito autoral - Perícia por amostragem com base em caracteres externos - Materialidade comprovada - Princípios da intervenção mínima estatal e adequação social - Inaplicabilidade - Recurso não provido - Redução da pena-base - Necessidade - Prescrição - Ocorrência - De ofício, reduzida a pena e declarada extinta a punibilidade do réu.

- O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.456239/MG, solidificou o entendimento de que, "é suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 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 representem".

- A adoção dos princípios da intervenção mínima do Estado e da adequação social pelo magistrado somente pode ser admitida em situações excepcionais, vez que a ele não é dado ser discricionário na aplicação da lei penal incriminadora, sob pena de invadir a atribuição que compete ao poder legislativo.

- A proteção ao direito autoral está amparada pela Constituição Federal que, em seu art. 5º, XXVII, prevê que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar"

- Embora o comércio de CD's e DVD's falsificados seja socialmente aceito, sua prática viola o disposto contido no art. 184, § 2º, do Código Penal Brasileiro, estando os que praticam referido delito, por conseguinte, sujeitos às sanções legalmente estabelecidas.

- Havendo apenas uma condenação com trânsito em julgado, a qual é apta a configurar reincidência, inviável sua consideração para valorar negativamente os antecedentes criminais do réu ou a sua personalidade, sob pena de configurar *bis in idem*.

V - Deve ser declarada extinta a punibilidade do agente quando se constata que, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença, transcorreu um lapso temporal superior ao determinado pela pena privativa de liberdade definitivamente aplicada para verificação deste instituto.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0514.12.002274-4/001 - Comarca de Pitangui - Apelante: M.A.M. - 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, em, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, REDUZIR A PENA DO RÉU E DECLARAR EXTINTA A SUA PUNIBILIDADE.

Belo Horizonte, 11 de fevereiro de 2020. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Voto

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Perante o Juízo de Direito da Comarca de Pitangui/MG, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em face de M.A.M., imputando-lhe a suposta prática do crime descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal Brasileiro, noticiando que, no dia 27 de abril de 2012, o denunciado M., proprietário da "Loja Fortaleza Presente", expôs à venda, com intuito de lucro, 3.084 (três mil e oitenta e quatro) DVD's e 4.108 (quatro mil, cento e oito) CD's falsificados.

Posteriormente, a denúncia foi aditada para incluir A.A.F., ao qual se imputou a prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, relatando que A. e M., em unidade de propósitos e desígnios, com intuito de lucro, expuseram à venda CD's e de DVD's reproduzidos com violação de direito autoral.

A denúncia foi recebida no dia 07 de dezembro de 2012 (f. 60) e, após moroso trâmite, sobreveio a r. sentença de f. 177/184, que, julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, absolveu o réu A. e condenou o réu M., nas sanções do art. 184, § 2º, do CP, aplicando-lhe as penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 15 (quinze) dias-multa.

Inconformado com o *decisum*, o réu interpôs recurso de apelação criminal. Em suas razões recursais (f. 187/196), almeja sua absolvição, por atipicidade de conduta, pela aplicação do princípio da adequação social. Subsidiariamente, pede a adoção do regime prisional aberto.

Contrarrazões apresentadas às f. 197/203, em que o *Parquet* pugnou pelo improvimento do recurso, tendo a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 208/211-v, opinado pela absolvição do réu, por falta de comprovação da materialidade delitiva.

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito do recurso.

Analiso, inicialmente, a tese adotada pelo d. Procurador de Justiça, segundo o qual deve ocorrer a absolvição do acusado, por ausência de comprovação da materialidade delitiva, já que o exame pericial se restringiu ao exame externo das mídias apreendidas.

Razão não socorre ao parecerista.

Já me manifestei, em ocasiões pretéritas, no sentido de que seria insuficiente, para comprovação da materialidade do crime tipificado no art. 184, § 2º, do CP, o exame externo das mídias apreendidas sob suspeita de falsificação.

Entretanto, no julgamento do REsp nº 1.456239/MG, o Superior Tribunal de Justiça solidificou o entendimento de que, "é suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 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 representem".

Diante desse novo cenário jurisprudencial e após muito refletir acerca desse tema, decidi me reposicionar e adotar o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Muito embora a decisão proferida pelo tribunal superior não tenha efeito vinculante, certo é que as suas orientações, quando pacificadas, merecem especial deferência, pois unifica a jurisprudência nacional, conferindo maior segurança jurídica aos julgados dos tribunais estaduais.

No caso ora sub judice, o réu foi surpreendido por policiais miliares expondo a venda de CD's e DVD's contrafeitos, sendo certo que a materialidade do crime foi comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 14/15-v), pelo auto de apreensão (f. 22) e pelo exame pericial (f. 24/28).

O réu, tanto na fase inquisitiva quanto em juízo, confessou que as mídias apreendidas pelos policiais eram falsificadas e se destinavam à comercialização (f. 29/30 e 97/97-v).

O exame pericial de f. 24/28, realizado por amostragem, constatou que "os 20 (vinte) DV's e 20 (vinte) CD's submetidos aos exames periciais são falsos em face da bibliografia informativa de padronização utilizada para confronto" (f. 27).

Diante do exame pericial e das provas orais amealhadas nas duas fases de persecução penal, e em consonância com o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, restou comprovada a materialidade do crime descrito no art. 184, § 2º, do CP.

Também não há que se falar em absolvição pela aplicação dos princípios da adequação social e da intervenção mínima, conforme pretendido pela defesa.

Como se sabe, a adequação típica é o procedimento pelo qual se enquadra uma conduta concreta na descrição genérica e abstrata da lei penal.

No presente caso, é inquestionável que a conduta do acusado é legalmente típica, posto que seu ato se amolda a um dispositivo penal incriminador (art. 184, § 2º, do CP).

Registre-se que, embora o comércio de CD's e DVD's falsificados seja algo corrente, com a desprovida e eficiente fiscalização, ainda sim a sua prática viola, indiscutivelmente, o disposto contido no art. 184, § 2º, do Código Penal Brasileiro, em vigor, que dispõe, *in verbis*:

> Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:
>
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.
>
> § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:
>
> Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

A proteção ao direito autoral está, ainda, amparada pela Constituição Federal que, em seu art. 5º, XXVII, prevê que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

Além de violar a proteção ao direito autoral, que visa evitar prejuízos aos autores das obras, o comércio de CD's e DVD's falsificados causa outras lesões que não podem ser desprezadas.

A começar pelos enormes danos causados à indústria fonográfica e ao Estado, que deixa de arrecadar tributos. Além do mais, não é possível ignorar que o comércio legal vê-se sem condições de sobreviver diante desta desleal concorrência.

Diante dessas considerações, não é possível sustentar a tese de que a conduta atribuída aos acusados, embora típica, não mereça reprovação no âmbito do direito penal por não atingir bens juridicamente relevantes, o que, segundo a defesa, excluiria a tipicidade formal do ato praticado e, consequentemente, inexistiria crime a ser punido.

A esse respeito, colaciono o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n° 1.193.196/MG, sedimentou entendimento no sentido da inaplicabilidade do princípio da adequação social e da insignificância ao delito descrito no art. 184, § 2º, do Código Penal, sendo considerada materialmente típica a conduta (STJ, HC n° 342.289/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 15.03.2016, *DJe* de 21.03.2016).

Com efeito, entender que a postura do apelante é socialmente adequada e/ou aceitável, consiste em negar vigência à disposição penal plenamente em vigor, que é produto da vontade popular materializada através de seus legítimos representantes.

Se é certo que são atos praticados em razoável escala, certo é também que os agentes públicos buscam coibir esse tipo penal, como, por exemplo, através deste caderno processual repressivo, que

deve ser empregado para respaldar as apreensões, reprovar e prevenir os delitos e, não, estimulá-los, já que a ausência de punibilidade incentiva a criminalidade.

Assim, sem adentrar em campo doutrinário, deve-se dar cumprimento à norma jurídica em questão, a qual, na verdade real, busca tutelar bens maiores do que saciar parte da sociedade aderente desse ilícito.

Destarte, inviável a aplicação dos princípios invocados pela defesa, devendo ser mantida a condenação do réu nas iras do art. 184, § 2º, do CP, nos termos da sentença vergastada.

Por outro lado, conquanto não tenha sido objeto de insurgência defensiva, constato que devo, de ofício, promover um reparo na pena imposta ao réu na primeira instância.

Ao ponderar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o d. sentenciante fixou a pena-base em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa, valorando negativamente os antecedentes criminais do réu e sua personalidade, tendo apresentado a seguinte justificativa:

> [...] b) Antecedentes: No moderno direito penal da culpa, exige-se para o reconhecimento de antecedentes criminais a existência nos autos de certidão que comprove o trânsito em julgado de condenação do denunciado por fatos que tenham se passado antes daqueles narrados na denúncia (Cf. TJMG - Ver. Crim. nº 1.0000.04.412003-8, Rel. Des. Jane Silva, 1º Grupo de Câm. Crim., j. em 13.06.2005, p. em 03.08.2005). Da certidão carreada aos autos verifica-se que o acusado ostenta anterior condenação. Portanto, tal circunstância será considerada em seu desfavor; [...] d) Personalidade: voltada pra a prática delitiva. [...]. (f. 182)

Ocorre que, d.m.v., a certidão de antecedentes criminais de f. 154/155 demonstra que o réu ostenta apenas uma condenação criminal com trânsito em julgado, a qual ocasionou o reconhecimento da sua reincidência.

Diante disso, referida condenação não pode ser considerada, sob pena de incorrer em *bis in idem*, para elevar a pena-base, seja para negativar os antecedentes criminais do acusado seja para prejudicá-lo no exame da sua personalidade.

Destarte, sendo favoráveis todas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no *quantum* mínimo abstratamente previsto no tipo penal em apreço, qual seja: 02 (dois) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mantendo a pena no *quantum* acima mencionado, que se torna definitivo, à míngua de causas de aumento ou de diminuição de pena.

Por fim, hei por bem declarar extinta a punibilidade do réu, pela ocorrência de prescrição.

Como se sabe, por se tratar de matéria de ordem pública, a prescrição deve ser reconhecida e declarada, até mesmo de ofício, em qualquer fase do processo, perdendo o Estado o direito de punir o fato pelo decurso do tempo.

Infere-se dos autos que o crime imputado ao réu ocorreu no dia 27.04.2012, sendo certo que a denúncia foi recebida no dia 07.12.2012 (f. 60) e, a sentença penal condenatória publicada no dia 15.02.2019 (f. 184).

Ocorre que o apelante se viu condenado à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de reclusão, e, para referida pena concreta, a prescrição se verifica em 04 (quatro) anos, a teor do disposto contido no art. 109, inc. V, do CP.

Considerando que, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença transcorreram mais de 06 (seis) anos, forçoso reconhecer que o *jus puniendi* estatal foi atingido pela prescrição, devendo ser julgado extinta a punibilidade do apelante, em consonância com o estabelecido no art. 107, inc. IV, do CP.

À luz do exposto, nego provimento ao recurso e, de ofício, reduzo a pena do réu e declaro extinta a sua punibilidade, pela ocorrência de prescrição.

Custas na foram da lei.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadpres Alexandre Victor de Carvalho e Pedro Coelho Vergara .

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E, DE OFÍCIO, REDUZIRAM A PENA DO RÉU E DECLARARAM EXTINTA A SUA PUNIBILIDADE.

Apelação Criminal - Incêndio - Preliminares - Inversão na ordem de inquirição de testemunhas - Oitiva por precatória - Possibilidade - Interrogatório antecipado do réu - Vedação - Ausência de oportuna arguição do vício - Nulidade guardada - Inadmissibilidade - Preclusão - Rejeição - Prova segura de materialidade e de autoria em relação a um dos acusados - Estado de necessidade não configurado - Desclassificação para exercício arbitrário das próprias razões - Impossibilidade - Confirmação de sua condenação - Pena adequada - Insuficiência de prova de autoria em relação ao outro denunciado – Absolvição decretada.

- Consoante o disposto no art. 222 do CPP, a oitiva de testemunhas por intermédio de precatória não suspende a instrução criminal, que prossegue, podendo ocorrer, eventualmente, a inversão na ordem de oitiva de testemunhas.

- Quanto ao interrogatório do acusado, porém, houve alteração na jurisprudência acerca da matéria, inclusive do excelso Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o referido ato deve ser o último da instrução e que essa ordem não pode ser invertida mesmo quando deprecada a oitiva de testemunhas.

- Todavia, não tendo os acusados se insurgido contra a antecipação do interrogatório, a tempo e modo, a situação configura a chamada "nulidade guardada", que não deve ser reconhecida, ausente prejuízo manifesto - a excludente invocada só se configura diante de prova cabal de que o autor agiu para salvar de perigo atual que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

- Não se reconhece a excludente do estado de necessidade quando não comprovada concretamente a alegada situação de perigo atual ou iminente (mal estar físico e sua extensão) à saúde, não se demonstrando que o fato necessitado (atear fogo ao colchão) fosse absolutamente imprescindível para evitar a lesão ao bem jurídico, bem como a sua proporcionalidade, requisitos previstos no art. 24 do Código Penal.

- Inviável a desclassificação do crime de incêndio para o delito de exercício arbitrário das próprias razões, uma vez que os autos não demonstram que a ação do réu tenha visado fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfação de pretensão própria, ainda que legítima.

- Seguramente demonstrada a materialidade e a autoria do crime de incêndio em relação a um dos acusados, através da prova pericial e da confissão do réu, corroborada pelas demais evidências, a confirmação de sua condenação é medida de rigor.

- No entanto, não tendo o Ministério Público se desincumbido de comprovar a culpabilidade do corréu, que negou a autoria do crime e foi isentado pelo outro acusado, impõe-se a sua absolvição, com base no art. 386, V, CPP.

Apelação Criminal nº 1.0074.12.003268-0/001 - **Comarca de Bom Despacho - 1º Apelante: A.F.C. - 2º Apelante: P.H.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Relator: Des. Cássio Salomé.**

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar as preliminares, dar provimento ao recurso do 2º apelante e negar provimento à apelação interposta pelo 1º recorrente.

Belo Horizonte, 17 de março de 2021. - *Cássio Salomé*. – Relator.

Voto

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Recurso de apelação interposto por A.F.C. e P.H.S., contra a sentença de f. 357/359 v. (declarada às f. 369/370, via embargos), da lavra do MM. Juiz de Direito da 2º Vara da Comarca de Bom Despacho/MG, que os condenou como incursos no art. 250, § 1º, II, "b", do Código Penal, aplicando-lhes as penas, respectivamente, de quatro anos de reclusão, em regime semiaberto, e treze dias-multa, no valor unitário mínimo (A.); e de quatro anos e oito meses de reclusão, em regime fechado, e quinze dias-multa, no valor unitário mínimo.

A denúncia narra, em síntese, que no dia 01.07.2012, por volta das 11h29min, os acusados provocaram incêndio na cela 01 da Cadeia Pública local, fato que colocou em risco a vida dos demais detentos e provocou um prejuízo estimado em R$2.000,00 (dois mil reais).

Procedida à instrução e prolatada a sentença, as intimações foram realizadas às f. 372 v., 380/381, e 408.

Pleiteia o apelante A.F.C. (razões às f. 410/412 v.) a sua absolvição, alegando haver atuado em estado de necessidade, tendo colocado fogo na cela em que se achava recolhido porque viu ameaçada a sua saúde, diante da recusa do agente penitenciário de lhe providenciar atendimento médico. Subsidiariamente, bate-se pela desclassificação de sua conduta para aquela tipificada no art. 345 do Código Penal, de exercício arbitrário das próprias razões.

O réu P.H.S., por sua vez (razões às f. 428/448), argui preliminar de nulidade do feito, em face da inversão do rito processual, violando-se o disposto no art. 400 do CPP, com a oitiva de testemunhas de acusação depois de testemunha de defesa, e a realização de seu interrogatório antes da inquirição, via precatória, de duas outras testemunhas do Ministério Público. Ainda em preliminar, sus-

cita a nulidade da sentença em virtude de erro na dosimetria da pena, não corrigido nos embargos declaratórios opostos pelo Ministério Público para esse fim.

No mérito, P.H. busca a absolvição. Nega a autoria do delito e alega que não há nos autos prova suficiente de sua culpabilidade.

Alternativamente, pleiteia este último recorrente a desclassificação do delito para aquele do art. 345 do Código Penal, ou o do art. 163 do mesmo diploma legal; ou, ainda, para a modalidade tentada do crime de incêndio; ou a redução da pena para o mínimo legal, analisando-se eventual extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Contrarrazões, pelo Ministério Público, às f. 414/418(A.), e 451454 v. (P.H.), pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento da apelação do réu A.F.C. e pelo provimento do apelo aviado pelo corréu P.H.S. para, em relação a este último, decretar-se a absolvição (f. 456/463).

É o Relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Argui o apelante P.H.S. preliminares de nulidade do processo e da sentença.

Quanto à nulidade do feito, alega que houve violação à regra do art. 400 do Código de Processo Penal, em face da inversão na ordem de inquirição de testemunhas, e oitiva de duas delas, arroladas pela acusação, após a realização do interrogatório dos réus.

A tese não procede. As testemunhas a que se refere o acusado foram inquiridas via precatória. Consoante o disposto no art. 222 do CPP, a oitiva de testemunhas por intermédio de precatória não suspende a instrução criminal, que prossegue, podendo ocorrer, eventualmente, a inversão na ordem de oitiva.

Quanto ao interrogatório do acusado, porém, houve alteração na jurisprudência, inclusive do excelso Supremo Tribunal Federal, acerca da matéria. A orientação é no sentido de que o referido ato, numa perspectiva garantista, a fim de se assegurar a ampla defesa, deve ser o último da instrução, não se permitindo a inversão mesmo quando deprecada a oitiva de testemunhas.

Todavia, não tendo os acusados se insurgido contra a inversão a tempo e modo, deixando o apelante P.H. para invocá-la em alegações finais, há de se reconhecer a chamada "nulidade guardada", que não deve ser reconhecida, ausente prejuízo manifesto.

Esta a atual compreensão dos tribunais superiores:

> Habeas corpus. Roubo majorado. Interrogatório do réu, por carta precatória, antes da oitiva das testemunhas. Inversão da ordem legal. Ofensa ao art. 400 do CPP. Impugnação intempestiva. Nulidade. Ausência. Novo interrogatório do réu. Possibilidade. Instrução criminal ainda não se encerrou. Necessidade de

acatar o entendimento firmado pelo STF no julgamento do HC nº 127.900/AM, de que o interrogatório do réu, instrumento de autodefesa, deve ser o último ato da instrução. Entendimento que resguarda a necessária observância. Princípios do contraditório e da ampla defesa. Excesso de prazo. Não ocorrência. Feito complexo. 1. Existem precedentes nesta Corte Superior, partindo da interpretação dos arts. 400 e 222 do Código de Processo Penal, que consideram válido o interrogatório do acusado quando pendente de cumprimento carta precatória expedida para oitiva de testemunhas e do ofendido. 2. Essa compreensão, no entanto, não está em harmonia com os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como com a jurisprudência consolidada na Suprema Corte, firme no sentido de que, com o advento da Lei nº 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 400 do Código de Processo Penal, o interrogatório do réu deve ser o último ato de instrução. 3. Importante ressaltar a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 127.900/AM, de que a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. 4. Atualmente é assente o entendimento de que o interrogatório do acusado é instrumento de defesa, o que, em uma perspectiva garantista, pautada na observância dos direitos fundamentais, proporciona máxima efetividade se realizado ao final da instrução. De fato, a concretização do interrogatório antes da oitiva de testemunhas e da vítima priva o acusado de acesso pleno à informação, já que se manifestará antes da produção de parcela importante de provas. Além disso, reflete diretamente na eficácia de sua reação e na possibilidade de influenciar o julgamento, não lhe permitindo refutar, ao menos diretamente (autodefesa), questões apresentadas com a oitiva de testemunhas e do ofendido. A inversão do interrogatório, portanto, promove nítido enfraquecimento dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, indevido, a meu ver, no âmbito da persecução penal. 5. Nessa perspectiva, ao dispor que a expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal, o § 1º do art. 222 do CPP não autorizou, no meu sentir, a realização de interrogatório do réu em momento diverso do disposto no art. 400 do CPP, vale dizer, ao final da instrução. Oportuno ressaltar que o art. 222 do CPP está inserido em capítulo do Código de Processo Penal voltado ao procedimento relacionado às testemunhas (Capítulo VI do Código de Processo Penal ? Das Testemunhas), e não com o interrogatório do acusado. 6. Outrossim, a redação do art. 400 do CPP elenca, claramente, a ordem a ser observada na audiência de instrução e julgamento, de forma que a alusão expressa ao art. 222, em seu texto, apenas indica a possibilidade de inquirição de testemunhas, por carta precatória, fora da ordem estabelecida, não permitindo o interrogatório do acusado antes da inquirição de testemunhas. 7. Na hipótese dos autos, o acusado foi interrogado antes da oitiva de testemunhas, por carta precatória. No entanto, conforme informações prestadas pelo Magistrado singular, a defesa técnica do réu somente arguiu suposta nulidade em seu último pedido, protocolizado em 19.03.2020, ou seja, após a realização de todas as oitivas supracitadas, o que reverbera na nulidade de algibeira. Assim, em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, não se mostra viável acolher o pedido de nulidade, especialmente quando não aventado no momento oportuno. 8. Conquanto indevido o requerimento de nulidade, considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o fato de que a instrução ainda não encerrou, a necessidade de observar os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o disposto no art. 196 do Código de Processo Penal, que autoriza a realização de novo interrogatório, entende-se que a ordem deve ser parcialmente concedida para determinar que se proceda a novo interrogatório do acusado ao final da instrução. 9. Quanto à alegação de excesso de prazo, não é o caso de ser reconhecido, pois, conforme informação do Juízo processante, a própria defesa contribuiu para o atraso na instrução, na medida em que não aventou a irregularidade do interrogatório no momento oportuno. Além disso, conforme exposto na decisão liminar, não houve desídia do Magistrado na condução do feito e eventual retardamento na conclusão da ação penal decorre de sua complexidade e da necessidade de expedição de diversas cartas precatórias. 10. Ordem parcialmente concedida para determinar a realização de novo

> interrogatório do acusado ao final da instrução (HC 585.942/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. em 09.12.2020, DJe 14.12.2020).

Nesse cenário, operou-se a preclusão.

Quanto à sentença, conquanto tenha efetivamente ocorrido deficiência na sua fixação, sendo manifesta a incongruência na dosimetria da sanção, em suas três etapas, entendo que, tal como ponderou a douta Procuradoria de Justiça, há possibilidade de retificação nesta instância, sem prejuízo à defesa.

Ocorre que, também como assinalado no lúcido parecer da douta Procuradoria, ainda que de nulidade se tratasse, o aludido vício perderia relevo em face da conclusão que se chega quanto ao mérito da imputação: a hipótese, a meu ver, é de absolvição de P.H., por manifesta ausência de prova de autoria.

Conquanto bem demonstrada a materialidade do fato, estampada no BO de f. 16/18, no laudo pericial de f. 19/24 e no laudo de avaliação de danos, de f. 70 - que se mostram em consonância com a prova oral produzida -, no tocante ao envolvimento de P.H. no fato delituoso, as evidências são insuficientes.

Como assinalado pela douta Procuradoria de Justiça, a despeito dos testemunhos dos policiais J.A.F. e B.A.C.A. - que atribuíram o delito aos dois acusados, mas não estavam presentes no momento em que ocorreu o incêndio -, P.H., quando interrogado em juízo, negou veementemente a autoria do delito, atribuindo-a exclusivamente ao corréu A. Este último, por sua vez, também por ocasião de seu interrogatório judicial, assumiu exclusivamente a responsabilidade pelo fato, isentando P.H.

Segundo A., P.H., seu companheiro de cela na ocasião, não teve qualquer envolvimento no episódio (f. 198).

Nesse cenário, forçoso convir com a ilustrada Procuradoria de Justiça, no sentido de que o *Parquet* não se desincumbiu do ônus de comprovar, estreme de dúvidas, a responsabilidade criminal do apelante P.H.S. pelo fato descrito na denúncia, impondo-se, pois, a sua absolvição, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal - prejudicadas as demais teses defensivas.

Contudo, em relação ao corréu A. - que não argui nulidades -, entendo que a decisão condenatória deve ser mantida, inclusive quanto à pena aplicada.

A par da prova da materialidade, acima apontada, a autoria do crime, no caso de A., é inequívoca.

Trata-se, na verdade, de réu confesso, em ambas as fases (f. 11 e 198 e v.), achando-se suas declarações em consonância com os depoimentos das testemunhas (f. 02/03, 196, 03/04 e 252).

Aliás, em suas razões o referido apelante não nega a prática do delito.

Alega, porém, ter atuado sob a égide do estado de necessidade.

Com a devida vênia, a excludente invocada só se configura diante de prova cabal de que o autor agiu para salvar de perigo atual que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Além de não comprovada concretamente a alegada situação de perigo atual ou iminente (mal estar físico e sua extensão) à sua saúde, não se demonstrou que o fato necessitado (atear fogo ao colchão) fosse absolutamente imprescindível para evitar a lesão ao bem jurídico, e a sua proporcionalidade, requisitos previstos no art. 24 do Código Penal.

Noutro vértice, mostra-se inviável a desclassificação pretendida, para o delito de exercício arbitrário das próprias razões. O que se colhe da prova é que, irritado com a falta de atenção às suas reivindicações no estabelecimento prisional, o réu tomou, dolosamente, uma atitude extremada, ateando fogo no colchão e na cela em que se achava recolhido, colocando em risco a vida de diversas pessoas no presídio, e a sua própria vida, diante das proporções que as chamas adquiriram. O pior não aconteceu em razão da pronta intervenção de agentes penitenciários e policiais, que debelaram o fogo, conforme estampado no BO de f. 16/18 e no laudo pericial de f. 19/24.

Quanto à pena, diante da presença da majorante do art. 250, § 1º, II, "b", do Código Penal, foi concretizada no patamar mínimo, de quatro anos de reclusão e treze dias-multa.

A reincidência, comprovada nos autos (CAC de f. 348/351), não foi considerada para agravamento da pena na segunda etapa da dosimetria, o que beneficiou indevidamente o réu Anderson - o que não pode ser aqui alterado, à míngua de recurso por parte do Ministério Público.

O regime prisional semiaberto também deve ser preservado, em face da reincidência, circunstância esta que inviabiliza a incidência do benefício do art. 44 do Código Penal.

O valor unitário da pena pecuniária, também mínimo, fica igualmente preservado, assim como a condenação nas custas (na proporção de 50%).

Ante o exposto, rejeitadas as preliminares, dou provimento ao recurso interposto pelo réu P.H.S. para absolvê-lo da imputação, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal; e nego provimento à apelação aviada pelo corréu A.F.C.

Com o trânsito em julgado, expeça-se o competente mandado de prisão em desfavor de A.F.C., com prazo de doze anos.

Custas, pelo réu A.F.C., na proporção de 50% (cinquenta por cento).

Votaram de acordo com o Relator o Juiz de Direito José Luiz de Moura Faleiros e o Desembargador Sálvio Chaves.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO 2º APELANTE E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO INTERPOSTA PELO 1º RECORRENTE.

Apelação criminal - Difamação contra a Câmara Municipal de Varginha - Sentença absolutória - Recurso do querelante: condenação no delito do art. 139 c.c. art. 141, III, do CP - Tese preliminar de ausência de condição de procedibilidade suscitada nas contrarrazões - Inocorrência - Vícios na procuração superados com a subscrição da queixa-crime pelo querelante - Tese preliminar de inépcia da denúncia - Inocorrência - ausência de relação com a causa penal - Mérito: condenação - Impossibilidade - Conduta atípica - Ausência de imputação de fato desonroso determinado.

- A assinatura do querelante na peça acusatória, juntamente com seu patrono, supre eventuais vícios da procuração que inobserva o art. 44 do CPP. Deve ser rejeitada a tese preliminar de inépcia da denúncia se ela não guardar nenhuma relação com a causa. Para a caracterização do crime de difamação, previsto no art. 139 do CP, o autor deve imputar fato determinado ofensivo à reputação da vítima. A imputação de atributos negativos, de adjetivos pejorativos ou de fatos genéricos e difusos pode caracterizar injúria, desde que a vítima seja pessoa física portadora de autoestima.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0707.19.004983-3/001 - Comarca de Varginha - Apelante: C.M.V. - Apelado: J.R. - 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, 18 de maio de 2021. - *Flávio Batista Leite* - Relator.

Voto

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelação criminal, interposta pela Câmara Municipal de Varginha em desfavor de J.R., que foi acusado de praticar os crimes de calúnia e de difamação, majorados pela utilização de meio que facilita a divulgação das ofensas (arts. 138 e 139 c.c. art. 141, III, do CP).

A queixa-crime narra que:

A representante, Câmara Municipal de Varginha, trata-se do Poder Legislativo, composta por 15 (quinze) vereadores legitimamente empossados em seus cargos e diplomados pela Justiça Eleitoral.

O réu é usuário contumaz da rede Facebook, com o nome de usuário/login J.R.

No que toca à imensurável utilidade e viabilidade do supramencionado site de relacionamentos gratuito, é de se consignar, por óbvio que aparente, que a intercomunicação entre os milhões de usuários da rede possui ilimitado acesso às informações disponibilizadas pelos outros membros registrados.

Para fins de apuração da qualificadora dos crimes contra a honra do art. 141, III, que posteriormente será mencionada, imprescindível se faz o realce do número de usuários da rede Facebook, que hodiernamente ultrapassa os 2,13 (dois vírgula treze) bilhões de adeptos, sendo que dentre estes, mais de 127.000.000 (cento e vinte e sete milhões) são brasileiros.

O crescimento da referida rede social dá-se de maneira potencial, de sorte que a cada fração de minutos novos indivíduos aderem à febre mundial, e de se salientar que todas as informações disponibilizadas por um usuário poderão ser acessadas por qualquer outro e a qualquer momento.

Superadas estas considerações propedêuticas, urge retomarmos a exposição fatídica dos fatos delituosos praticados pelo ora processado.

No dia 13 de janeiro de 2019, o representado, residente e domiciliado nesta cidade postou em seu sítio eletrônico de rede social Facebook, imbuído de *animus injuriandi vel diffamandi*, vídeo no qual defere diversas expressões caluniantes, difamatórias e injuriantes contra os querelantes, conforme atas notariais extraídas das filmagens e publicações nos sítios eletrônicos e nas redes sociais realizadas pelo próprio representado.

No Facebook do representado foram postados diversos vídeos, alguns deles já constantes das atas notariais ora anexadas, em uma tentativa macular a honra dos vereadores, ora representantes. Senão vejamos:

> Aí eu falo aí eu falo os políticos de Varginha, né, fazem a festa na mina pra moçada lá, quando chove vira um chiqueiro lá, sabe pra onde que eles vai? Ó o Presidente da Câmara, Seu D.O., tava lá na Barra da Tijuca. [...] Da onde vem tanto dinheiro porra? Da onde sai esse dinheiro? Sai da corrupção, porque não existe tanto dinheiro desse jeito. A única forma. [...]
>
> Esses vereadores aqui de Varginha não são nada esse Prefeito não é nada, o Governador não é nada.
>
> Ô gente, o trabalho do vereador é isso, é mostrar pra vocês o que é feito com o dinheiro público, não essa Câmara que tá aqui em Varginha, em todas as cidades, escondendo da população e a pegar o Prefeito e dar mama pra ele no colo. É o que eles fazem aqui. Eles pegam o A.S. assim ó: "dorme neném, que a Cuca vem pegar lá lá lá, se a Cuca chegar eu não vou deixar pegar". É assim. E mama o A.S. Ele se dá bem. Eles joga talquinho na bunda do A.S. Eles troca a fraldinha do A.S.. É isso que eles fazem aqui. Só falta descer as calças e dar a bunda pro A.S., mas A.S. não vai querer, é lógico.

Cabe ressaltar que é o representado é contumaz nos ataques graciosos em face dos representantes, sendo réu em diversas ações na área cível (doc. j.), na qual foram julgadas procedentes, pelo mesmo motivo: excesso em seu direito de liberdade de expressão.

Insta salientar, por oportuno, que suas ações estão pautadas por desrespeitos, invasões e insurgências de forma imoderada, desproporcional e irresponsável, visando apenas e tão somente caluniar, difamar e injuriar os representantes, através das redes sociais: ora pelo Facebook, ora pelo WhatsApp.

Fato relevante é que o próprio representado tem conhecimento que suas atitudes são criminosas, mas mesmo assim persiste em promovê-las, demonstrando nitidamente que não teme decisões judiciais, além de depreciar o Poder Judiciário Varginhense, o que, sob a justa contemplação de Vossa Excelência é um verdadeiro absurdo.

Nesse ínterim, analisemos o vídeo, em que o próprio representado pede para ser divulgado, ora acostado acompanhado de Ata Notarial, em que o mesmo grava em frente ao Juizado Especial da Comarca de Varginha proferindo o seguinte discurso:

> Estamos aqui diretamente aqui vocês podem ver aqui no fundo aqui o fórum de Varginha né? Aonde eu acabei de sair aqui né? Vim fazer meus recursos aqui. Quero que vocês espalhem esse vídeo aí porque eu tô respondendo alguns processos por calúnia, difamação e injúria né? E essa casa aqui ela resolve proteger bandidos aqui em Varginha, né? É o perfil dessa casa aqui. Devia ser a casa da Justiça, não, é a casa da vagabundagem, essa que é a verdade. Se vocês quiser me processar, me processa.
>
> Que vocês me processem por calúnia, injúria, difamação, os processos serão bem vindos e nessa crise toda que tá aí né, a gente sabe o custo que tá o papel higiênico, a gente vai usar esses papéis, né? De processo como papel higiênico pra limpar o rabo, entendeu? É isso que a gente vai fazer, tá bom?

Mais adiante expõe outra "joia" de seu pensamento sempre impregnado de azedume, rancor e inveja, fatores que consubstanciam torpeza, apontando a câmera em direção a Câmara Municipal de Varginha, na qualidade de 1ª representada, afirmando que:

"E ali em cima também a outra casa lá, né? Ah lá. A boate azul. A zona azul de Varginha, né? Aonde também abriga vários vagabundos né? Criminosos aqui em Varginha".

Ao assegurar que a 1ª representante seria um local denominado boate azul, o Representado subliminarmente sugere inumeráveis condutas por parte da representante, todas desgarradas da ética e do estrito cumprimento dos deveres e da lei, proferindo isto na intenção de macular a imagem séria e respeitosa da instituição.

Insta salientar que, o representado ainda ameaça repetidas vezes que irá invadir a Câmara novamente, tal qual fez em 20 de novembro de 2017 usando a palavra e o local para agredir graciosamente todo o parlamento, e não irá parar de cometer os ilícitos, senão vejamos:

> A gente, se a gente berrasse naquela câmara lá, igual eu berrei uma vez lá e vou berrar de novo, vocês podem esperar porque eu vou chegar de surpresa aí, pode esperar que eu vou chegar aí. Eu vou esguelhar tudo que eu tenho pra esguelhar na cara de vocês aí de novo, vou vomitar tudo o que a população de Varginha não tem coragem de falar eu vou falar pra ela, na cara de vocês, vocês pode esperar.

> Então, se essas pessoas tão achando que J.R. vai deixar de falar por causa de algumas condenações, se preparem porque vem muito mais por aí, eu não vou parar de falar de vocês.

Como demonstrado, não se pode admitir, excelência, que alguém promova acusação deste jaez e desta magnitude, atacando e ferindo a honra e a dignidade dos representados, devendo ser adotadas medidas, de imediato, para demonstrar que nenhum poder está curvado às atitudes irresponsáveis e criminosas do representado.

As pretensas acusações são a um só tempo falsas, caluniosas e injuriosas, e não teve outro propósito senão o de agredir a pessoa dos representados, o que não pode ser aceito, pois tais insultos são desprovidos de veracidade, restando a via judicial como a única solução para barrar tais atitudes que demonstram não ter fim.

Vale ressaltar ainda que nos dias de hoje, com as seríssimas denúncias de corrupção que assolam o país, a gravidade das acusações propaladas pelo representado se agiganta.

A configuração do crime de Calúnia (art. 138, CP) que é acusar alguém publicamente de um crime está nítido em suas falas.

> Ó o Presidente da Câmara, Seu D.O., tava lá na Barra da Tijuca. [...] Da onde vem tanto dinheiro porra? Da onde sai esse dinheiro? Sai da corrupção, porque não existe tanto dinheiro desse jeito. A única forma.
>
> E ali em cima também a outra casa lá, né? Ah lá. A boate azul. A zona azul de Varginha, né? Aonde também abriga vários vagabundos né? Criminosos aqui em Varginha.

A Difamação, ínsita no art. 139, do CP, que é dizer que a pessoa foi autora de um ato desonroso, está estampada quando o Representado profere:

> Ô gente, o trabalho do vereador é isso, é mostrar pra vocês o que é feito com o dinheiro público, não essa Câmara que tá aqui em Varginha, em todas as cidades, escondendo da população e apegar o Prefeito e dar mama pra ele no colo. É o que eles fazem aqui. Eles pegam o A.S. assim ó: "dorme neném, que a Cuca vem pegar lá lá lá, se a Cuca chegar eu não vou deixar pegar". É assim. E mama o A.S.. Ele se dá bem. Eles joga talquinho na bunda do A.S.. Eles troca a fraldinha do A.S.. É isso que eles fazem aqui. Só falta descer as calças e dar a bunda pro A.S., mas A.S. não vai querer, é lógico.
>
> E ali em cima também a outra casa lá, né? Ah lá. A boate azul. A zona azul de Varginha, né?

A repercussão negativa de tal postagem foi imediata, com indagações de vários munícipes, alguns arrolados abaixo como testemunhas, que lhe causaram constrangimentos como homens públicos que são, não podendo os Representantes sofrerem as consequências nefastas dos políticos que se veem envolvidos em escândalos, que infelizmente grassam em nosso país, mas que certamente não é o caso de nossa cidade (sic, f. 02/09).

A queixa-crime foi recebida em 08.10.2019 (f. 43).

Finda a instrução criminal, o juiz, em decisão baseada em sólidos fundamentos, julgou improcedente a queixa-crime e absolveu o acusado de todas as imputações ao argumento de que os fatos que lhe foram imputados são atípicos, nos termos do art. 386, III, do CPP (f. 276/285-v.).

O réu está solto por este processo.

A sentença absolutória foi publicada em 20.05.2020 (f. 286). Intimações da sentença regulares.

A acusação apelou e, nas razões de f. 291/295-v., requereu a condenação do querelado no art. 139 c.c. art. 141, III, do CP (difamação majorada pelo meio de facilitou a divulgação da ofensa).

Nas contrarrazões de f. 302/316, a defesa arguiu, preliminarmente, a ausência de condição de procedibilidade, sob a alegação de que a procuração juntada não observa os requisitos do art. 44 do CPP. Além disso, sustentou a inépcia da denúncia. No mérito, pugnou pela manutenção da absolvição ao argumento de que não foi imputado fato desonroso determinado; de que o querelado agiu sem *animus diffamandi* e de que as críticas ao governo consubstanciam exercício do direito à livre manifestação do pensamento. Em caso de condenação, pede a fixação da pena mínima, o regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, solicita a isenção das custas processuais.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 342/344).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Há teses preliminares que exigem análise prioritária.

Da tese preliminar de ausência de condição de procedibilidade.

A defesa sustenta que a procuração juntada à f. 10 dos autos não atende aos requisitos do art. 44 do CPP. Por consequência, esta ação penal deveria ter sido rejeitada por falta de condição de procedibilidade, nos termos do art. 395, II, do CPP.

Data maxima venia, razão não lhe assiste.

Doutrina e jurisprudência ensinam que eventuais vícios na procuração com poderes especiais, prevista no art. 44 do CPP, podem ser sanados com a assinatura do querelante na queixa-crime, tal como ocorreu no caso em julgamento. Nesse sentido:

> Penal. Processual. Queixa-crime. Oferecimento por procuração. *Habeas corpus*. - O CPP, art. 44 não exige a descrição completa do fato delituoso na procuração, bastando a simples referência ao art. de lei para viabilizar o oferecimento da queixa-crime. - A assinatura do querelante na peça acusatória, juntamente com seu patrono, supre a deficiência da procuração. - Recurso conhecido e não provido (RHC nº 7.762/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5ª Turma, j. em 20.08.1998, DJ de 14.09.1998, p. 92).

Tendo em vista que o então presidente da Câmara Municipal de Varginha, Sr. E.B.O.F., assinou a queixa-crime à f. 09, rejeito a primeira tese preliminar defensiva.

Da tese preliminar de inépcia da denúncia.

Deixo de me manifestar sobre a tese preliminar de inépcia da denúncia porque ela não guarda nenhuma relação com este processo.

A presente ação penal não foi iniciada por denúncia oferecida pelo Ministério Público, mas sim por queixa-crime oferecida pela Câmara Municipal de Varginha. Ademais, ela não trata do ingresso desautorizado de J.R. na Câmara de Varginha, mas sim da publicação de vídeos nas redes sociais de conteúdo ofensivo à reputação da instituição.

Do mérito.

Inicialmente deve ser ressaltado que a suposta vítima do crime contra a honra, neste processo, é a Câmara Municipal de Varginha, órgão representativo do poder legislativo local, com personalidade judiciária para atuar em juízo, em nome próprio, na defesa de seus direitos institucionais. Por não se tratar de pessoa física, não possui honra subjetiva; logo, não pode ser vítima de injúria (art. 140 do CP), mas tão-somente de calúnia (art. 138 do CP) ou de difamação (art. 139 do CP).

A exordial não acusa J.R. de imputar fato falso definido como crime ambiental à Câmara de Varginha, única infração penal que pode ser atribuída à pessoa jurídica (art. 225, § 3º, da CF).

Por consequência, o presente feito se restringe à análise da ocorrência ou não de difamação contra a Câmara Municipal de Varginha, que é justamente o pedido das razões de apelação:

Por todo o exposto, a apelante Câmara Municipal de Varginha confia que o presente recurso será recebido e provido por esse Egrégio Tribunal, com a reforma integral da sentença para que seja o Querelado J.R. condenado nas iras do art. 139 do Código Penal, reconhecendo a agravante prevista no art. 141, III (f. 295-v).

De acordo com a queixa-crime, em 13.01.2019 as ofensas desonrosas à Câmara Municipal de Varginha foram publicadas pelo próprio querelado nas redes sociais, a exemplo do Facebook. Os vídeos das *lives* de J.R. foram gravados na mídia juntada à f. 23 dos autos e foram integralmente transcritos nas atas notariais às f. 11/22 dos autos.

Desse modo, a autoria das ofensas em testilha é inconteste. Resta saber se a conduta do querelado caracteriza ou não crime de difamação.

Das provas juntadas ao longo de toda a persecução penal, extrai-se que o réu é jornalista (f. 166) extremamente crítico aos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) do Estado Brasileiro.

Nas três *lives* a que a queixa-crime faz referência, J.R. desaprova com veemência o trabalho realizado por todas as autoridades públicas locais, regionais e nacionais. J. convoca a população para uma postura mais crítica diante das ações dos governantes e para votos mais conscientes. Ele se exalta e, por vezes, profere palavras de baixo calão contra os agentes públicos.

Diante da extensão dos vídeos, deixo de transcrevê-los na íntegra, mas peço vênia para fazer breve resumo do conteúdo tratado em cada um deles.

No vídeo transcrito à f. 11/17, J.R. critica o fato de as Câmaras Municipais de Paraguaçu e de Itajubá aprovarem no ano de 2019 o aumento do salário dos vereadores num período de suposta crise econômica. Ele desaprova os altos salários dos servidores públicos e argumenta que a reforma da previdência seria desnecessária caso o gasto com o funcionalismo público fosse menor.

Além disso, condena o Fundo Partidário sob a alegação de desvio de finalidade: alega que o dinheiro que deveria prover assistência financeira aos partidos políticos é desviado em proveito de poucas pessoas. Defende que a verba pública seja investida na própria população.

Ainda nessa *live* o querelado critica a administração municipal de Varginha, com especial ênfase à gestão da rodoviária local; critica a atuação do Ministério Público, que supostamente não cumpre adequadamente seu ofício para responsabilização dos agentes que realizam má gestão e até desvio de dinheiro público, bem como critica o eleitor que deixa de votar de forma consciente.

Transcrevo o trecho desse vídeo que faz referência ao poder legislativo municipal:

> Gente, a cidade de Varginha tá um caos. Tá um caos total. O prefeito perdeu a mão. O prefeito se não chamar esse secretariado dele e começar a trocar cadeira, botar sangue novo. Gente, quer ver o que eu vou falar pra vocês? Por que o senhor não privatiza a rodoviária? Por que o senhor não privatiza o zoológico? Por que você não privatiza o memorial do ET? Dá pra uma empresa privada. Eu conheço vários empresários que já falaram isso em Varginha: "dá a rodoviária pra mim". Olha o lixo que é a rodoviária de Varginha. Um cartão postal nosso. Cê já chega na Rodoviária aquele fedô de urina, e ainda tem que conviver com aquela marginalidade lá dentro. Dá uma olhada lá na Rodoviária. Por que que não privatiza? Eu conheço vários empresários aqui em Varginha que é louco pra pegar a rodoviária. Privatiza. É só privatizar. Mas não pode. Eu já pedi pra vereador, mas tem vereador que não tem saco roxo aí. Eu vou pedir pro M. da Cooperativa que é o único que parece que tá batendo no Prefeito. Viu M.? Se ocê for, se ocê tiver coragem pede um requerimento aí, vê quanto a rodoviária arrecada hoje. Vê quanto é a arrecadação da rodoviária com os alugueis lá hoje lá. Vamo vê se os alugueis da rodoviária não dava pra pelo menos ter um lugar melhor pra receber as pessoas. Nosso cartão de visitas, da onde vem gente de todo lugar, de todo país pra nossa cidade, chega aqui e esse lixo dessa rodoviária. Essa imundice dessa rodoviária. Que já tinha que jogar no chão e fazer outra. Dá olhada pro teto da rodoviária. Dá olhada nos bancos, as pessoas não tem conforto dentro da rodoviária. E olha, é lanchonete ali pagando cinco mil de aluguel, é empresa de ônibus pagando três, quatro mil, é aqueles cômodos de loja pagando dois, três mil de aluguel, soma tudo pra vocês vê quanto que dá aquilo ali. Aí pra onde tá isso esse dinheiro? Se eu fosse vereador haaa, gente do céu. Ô gente, o trabalho do vereador é isso, é mostrar pra vocês o que é feito com o dinheiro público, não essa Câmara que tá aqui em Varginha, em todas as cidades, escondendo da população e a pegar o prefeito e dar mamá pra ele no colo. É o que eles fazem aqui. Eles pegam o A.S. assim ó: "dorme neném, que a Cuca vem pegar, se a Cuca chegar eu não vou deixar pegar". É assim. E mama o A.S.. Ele se dá bem. Eles, eles joga talquinho na bunda do A.S.. Eles troca a fraldinha do A.S.. É isso que eles fazem aqui. Só falta descer as calças e dar a bunda pro A.S., mas A.S. não vai querer né, é lógico. Aí ó, eu tento não falar palavrão, mas é difícil. A gente fica revoltado, cara! Gente, dá uma olhada na reforma do calçadão. Hoje eu atravessei, juro por Deus, eu atravessei um senhor de idade hoje de frente pro fórum, pro outro lado da rua, pra subir a Câmara, ali não tem uma rampinha. Cadê a acessibilidade que ia ser feita ali? (*sic*, f. 14).

No segundo vídeo, transcrito às f. 18/21, J.R. se refere a um trágico acidente que envolveu um jovem de 19 (dezenove) anos que morreu afogado na piscina do Varginha Tênis Clube.

O locutor censura o Corpo de Bombeiro Militar por não fiscalizar os clubes de Varginha; a má administração do dinheiro dos associados pela diretoria do Varginha Tênis Clube e a falta de empatia daqueles que estavam presentes no fatídico dia e nada fizeram para tentar salvar a vítima.

Reitera sua desaprovação aos altos salários dos promotores e juízes, bem como os altíssimos impostos que oneram toda a população brasileira.

Além disso, escarnece os "políticos de Varginha" e critica condutas antiéticas, em tese, praticadas pelo presidente da Câmara Municipal de Varginha. Pela pertinência, peço vênia para transcrever as falas que envolvem o poder legislativo local e os seus representantes:

> [...] Ó o Presidente da Câmara, Seu D.O., tava lá na Barra da Tijuca. Quatro mil reais a diária por casal. Ficou lá sete dias. Da onde vem tanto dinheiro, porra? Da onde sai esse dinheiro? Sai da corrupção, porque não existe tanto dinheiro desse jeito. A única forma. Gente, cês tem que botar uma coisa na tua cabeça, quem manda no Estado somos nós, nós tamo nós tamo, vivendo uma inversão, é o Estado que manda na gente agora? Sem, sem a gente o Estado não é nada! Esses vereadores aqui de Varginha não são nada! Esse Prefeito não é nada! O Governador não é nada! Gente, olha, me desculpa o desabafo, mas eu vou ser sincero pra vocês, o meu filho tem vinte anos, tá? Você do outro lado ai, a maioria que eu vou falar às vezes não se coloca no lugar do outro. Eu às vezes sou amado odiado por ter isso, eu boto o dedo na tua cara, porque o que falta pra humanidade hoje é se colocar no lugar do outro e ninguém coloca. Todo mundo coloca o dinheiro acima de tudo. Só que eu já disse aqui e vou repetir, o juízo final está chegando. Dá uma olhada lá em Andradas, ontem choveu lá pedra desse tamanho aqui ó, pedra de trinta quilos e o que vocês acham que é isso? Não é sinal? Eu que nunca, eu que nunca, eu que frequentei a igreja muito pouco, fui várias, várias vezes, va poucas vezes nas igrejas, tanto na evangélica como na católica, uai, eu não sou ignorante pra não saber que o que tá acontecendo "quesse" mundo é o final. E você tá aí parado contando dinheiro. Esses políticos vagabundos, miseráveis que acabam ca ca vida do cidadão brasileiro, que consomem tudo do cidadão. [...] Tudo que eu falo tá acontecendo, porque enquanto tiver essa suruba da Câmara com a Prefeitura aqui de Varginha, porque é uma suruba, é uma suruba o que a maioria dos vereadores fazem com o prefeito A.S.. Ninguém faz nada, enquanto isso o povo ó ó ó ó. Era isso o que eu tinha para falar. Que Deus conforte tá a família desse menino aí, tá? [...].

Por fim, no terceiro vídeo, transcrito à f. 22 dos autos, o querelado faz duras críticas ao Poder Judiciário e satiriza a Câmara Municipal de Varginha e os seus integrantes com os seguintes termos:

> [...] E ali em cima também a outra casa lá, né? Ah lá. A boate azul. A zona azul de Varginha, né? Aonde também abriga vários vagabundos né? Criminosos aqui em Varginha [...].

Pois bem. É possível extrair expressões injuriosas contra os "políticos de Varginha", que são chamados de vagabundos, miseráveis e criminosos. Além disso, extrai-se a imputação de fato criminoso (falso ou não) atribuído ao Presidente da Câmara Municipal, Sr. E.B.O.F., que supostamente estaria usufruindo de hotéis de luxo na Barra da Tijuca com dinheiro produto de corrupção.

Essas ofensas, contudo, não são objeto de julgamento neste recurso. Isso, porque, reprise-se, as partes envolvidas nesta ação penal são a Câmara Municipal de Varginha, na condição de querelante, em tese vítima de difamação, e J.R., na condição de querelado, em tese autor dessas ofensas.

Destaco que o réu responde a outras ações penais nas quais lhe foi imputada a autoria de ofensas diretas aos membros do legislativo municipal. A título de exemplo, cito o processo nº 1.0707.18.004380-4/001, com previsão de julgamento para 06.04.2021, cujas partes envolvidas são o presidente do legislativo de Varginha, Sr. E.B.O.F., e J.R.

Com efeito, o presente processo se restringe a analisar a violação à honra objetiva da Câmara Municipal de Varginha, como instituição pública representativa do poder legislativo local.

Outrossim, das falas de J.R. é possível extrair fatos desonrosos imputados às Câmaras Municipais de Paraguaçu e de Itajubá que serão desconsiderados, já que o poder legislativo de Paraguaçu e de Itajubá não integra o polo ativo desta ação penal. Pelo mesmo motivo serão desconsiderados os escárnios proferidos contra os Poderes Executivo e Judiciário e contra o Ministério Público que atua na comarca de Varginha.

As únicas ofensas que dizem respeito à Câmara de Varginha são as seguintes: (a) o autor diz que a Câmara Municipal carrega o prefeito de Varginha no colo e "dá a ele de mamá"; (b) o autor diz que ocorre uma "suruba" entre o Legislativo e o Executivo municipal; (c) o querelado qualifica a casa legislativa de boate azul.

Ora, nominar a instituição pública de boate azul é atribuir adjetivo pejorativo que poderia caracterizar injúria, mas nunca difamação, diante da ausência de fato determinado e desonroso. Vale reiterar, contudo, que a pessoa jurídica não possui autoestima e, por isso, a Câmara Municipal de Varginha não pode ser vítima de injúria.

Sobre a diferença entre difamação e injúria, transcrevo os ensinamentos de Márcio Bártoli e André Panzeri:

> Difamar é o núcleo do verbo do tipo legal de crime. Difamar é o vocábulo com coloração de ilicitude. Difamar é imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação, por qualquer meio idôneo. Imputar é atribuir, assacar. Diferente da calúnia, o fato ofensivo à reputação do ofendido não precisa ser falso e não pode ser definido como crime. Se assim for, configura calúnia. Difícil determinar concretamente o que seja um fato determinado que configure difamação. Na dúvida, apesar de afetar a honra objetiva da pessoa, opta-se pela classificação do ato no delito de injúria, que é menos gravemente punido. Requer-se, fato determinado e comunicado a terceira pessoa: "A diz a B que C manteve relações amorosas com a esposa de um seu parente ou amigo; ou que Fulana, moça solteira, já deu à luz a um filho ou participou de certa bacanal", exemplifica Euclides Custódio da Silveira (Direito Penal: crimes contra a pessoa. 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 250). Como ensina Heleno Fragoso: Variadíssimas são as formas pelas quais a difamação pode ser feita. É indispensável, todavia, que seja a atribuição da prática de fato determinado. A maior gravidade deste crime, em relação à injúria, reside precisamente no fato de consistir na imputação de um acontecimento ou uma conduta concreta e precisa, e não simplesmente vícios ou defeitos" (FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal*. 3ª ed. São Paulo: Bushatsky. 1976. v. 1. p. 213). [...] A injúria é crime contra a honra apenado menos severamente que os demais, pois o legislador penal considerou

> que a lesão à dignidade e ao decoro é menos significativa, pois não há imputação falsa de fato definido como crime, como na calúnia, nem atribuição de fato ofensivo à reputação da pessoa, como na difamação, mas opinião depreciativa, vilipêndio, menosprezo (BÁRTOLI, Márcio. PANZERI, André. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência.* Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p. 726-728).

No mesmo sentido, afirmar que ocorre "suruba" entre o Legislativo e o Executivo ou dizer que o Legislativo carrega o representante do Executivo no colo caracterizam proposições genéricas e injuriosas, porém sem fato determinado capaz de caracterizar a difamação.

Sobre o tema, Rogério Sanches da Cunha ensina:

> O verbo típico é injuriar, isto é, ofender (insultar), por ação (palavras ofensivas) ou omissão (ignorar cumprimento), pessoa determinada, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro. Ao contrário da calúnia e da difamação, não há, em regra, imputação de fatos, mas emissão de conceitos negativos sobre a vítima (fatos vagos, genéricos, difusos também configuram injúria) (CUNHA, Rogério Sanches da. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 11ª ed., Salvador: Jus Podivm. 2019. p. 193).

Desse modo, é forçoso concordar com a defesa quando afirma que das condutas imputadas na queixa-crime *"percebe-se facilmente que não há a imputação de fato determinado à Câmara de Vereadores, mas pelo contrário, o querelado se vale de figuras de linguagem para criticar as posturas do legislativo local"* (f. 309).

Vale informar que toda a prova testemunhal produzida sob o crivo do contraditório judicial se limitou a confirmar os atributos negativos à Câmara de Varginha, de boate azul, e aos vereadores, de vagabundos e criminosos (CD à f. 241).

No interrogatório, J.R. informou que é jornalista e alegou que os vídeos foram feitos em tom de sátira. Ressaltou que não citou o nome de nenhum vereador em específico. Defendeu-se sob o argumento de que, como cidadão, tem direito de investigar como a Câmara Municipal gasta o dinheiro público.

Portanto, não me resta alternativa a não ser manter a absolvição com base na atipicidade da conduta praticada, nos termos do art. 386, III, do CPP.

Do dispositivo.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela apelante (art. 804 do CPP).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDERLEY PAIVA E KÁRIN EMMERICH.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Apelação criminal - Falsidade ideológica - Absolvição - Atipicidade da conduta - Impossibilidade - Inserção de dado falso em documento público devidamente comprovada - Ausência de dolo - Inocorrência - Alteração de fato juridicamente relevante com repercussão no cumprimento da pena - Autoria e materialidade demonstradas pelas provas produzidas em contraditório judicial - Condenação mantida - Redimensionamento da pena - Necessidade - Procedimento trifásico realizado de forma equivocada - Recurso parcialmente provido.

- Devidamente demonstradas a autoria e a materialidade do delito de falsidade ideológica, principalmente com base nos depoimentos prestados e pelos documentos juntados aos autos, não há que se falar em atipicidade da conduta, uma vez que comprovado que o apelante inseriu dados falsos em documentos referentes à execução penal.

- Considerando as circunstâncias relatadas no caso dos autos, mostra-se inviável o acolhimento da alegação de ausência de dolo, tendo em vista que as provas colacionadas demonstram que os dados inseridos no documento se voltavam a alterar o registro do cumprimento da pena restritiva e impedir eventual apuração de falta no curso da execução penal.

- Havendo equívocos no procedimento trifásico realizado em primeira instância, mostra-se de rigor a reapreciação da dosimetria por esta instância revisora, com o consequente redimensionamento da reprimenda.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0686.18.005030-0/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: M.F.C. - 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, 10 de junho de 2021. - *Glauco Fernandes* - Relator.

Voto

DES. GLAUCO FERNANDES Trata-se de apelação criminal, interposta por M.F.C. em face da r. sentença de primeiro grau de f. 65/68, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Teófilo Otoni, que o condenou como incurso no art. 299 do Código Penal, sendo a pena concretizada em 1 (um) ano, 3 (três) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, no regime fechado, e pagamento de 12 (doze) dias-multa, à fração unitária mínima.

Nas razões recursais de f. 73/82, a defesa busca a absolvição do apelante, alegando que os fatos imputados seriam atípicos, uma vez que o documento no qual o acusado inseriu as informações goza de presunção *juris tantum*, o que evidencia a possibilidade de produção de prova em contrário e afasta a tipicidade da conduta.

Subsidiariamente, sustenta a possibilidade de absolvição por ausência do elemento subjetivo, sendo alegada a inexistência de dolo na conduta do réu, não havendo a comprovação da intenção de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Por fim, requer o redimensionamento da reprimenda imposta em primeira instância, com a reavaliação das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e modificação do regime inicial para o cumprimento da reprimenda.

Contrarrazões às f. 83/86.

A d. Procuradoria de Justiça, em parecer de f. 92/95, opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso.

Esse, em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos de admissibilidade.

Mérito.

Consta na denúncia que:

> No dia 10 de março de 2018, por volta das 10h40min, na Rua XXXXX XXXXXX XXXXX, nº XX, bairro São Diogo, nesta cidade e comarca, o denunciado inseriu, em documento público, declaração falsa com fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Nas circunstâncias de tempo e local acima mencionados, o denunciado, que havia sido condenado anteriormente à prestação de serviço comunitário, em decorrência da prática de delito previsto na Lei nº 10.826/03, chegou à Delegacia de Polícia Civil, para cumprir com sua obrigação legal. Em seguida, o M. assinou a folha de ponto, confeccionada pela delegacia de polícia, a fim de registrar o horário em que iniciou o cumprimento da sua obrigação, contudo, fez constar como entrada o horário de 08h20min, sendo que, na verdade, havia chegado às 10h40min. Não satisfeito, o denunciado também registrou que compareceu a referido local no período vespertino daquele dia, contudo, tal fato não aconteceu. Folha de ponto assinada pelo denunciado, acostada à f. 10 do Inquérito Policial [...] (f. 02d./03d.).

Decorrido regularmente o trâmite processual e encerrada a instrução criminal, o d. magistrado de origem condenou o apelante pela prática do delito previsto no art. 299 do Código Penal.

Inconformada, a defesa almeja a absolvição do réu, alegando a atipicidade dos fatos e a inexistência de dolo na conduta do réu, não havendo a comprovação da intenção de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, bem como requer o redimensionamento da pena imposta na sentença de primeira instância.

Pois bem. De início, necessário destacar que não houve qualquer insurgência defensiva quanto à materialidade e autoria dos fatos, que foi devidamente demonstrada Boletim de Ocorrência às f. 03/05, Comunicação de Serviço de f. 07/08, Termos de Declarações às f. 12/18 e pelas oitivas realizadas em contraditório judicial.

Nesse ponto, verifica-se que a tese absolutória formulada se baseia na suposta atipicidade da conduta relatada na denúncia e na ausência de dolo do acusado, uma vez que, no entendimento da defesa, o fato de inserir dados falsos em documento referente ao cumprimento da pena não seria suficiente para a caracterização do tipo penal, discorrendo ainda sobre a ausência de elemento subjetivo, o que impediria a manutenção da condenação.

Entretanto, considerando as circunstâncias narradas e as declarações colhidas no curso da instrução processual, entendo que razão não lhe assiste.

Ocorre que, em que pesem as teses suscitadas pela defesa, o que se verifica dos autos é que a narrativa constante na denúncia é clara e objetiva, sendo imputada ao réu a inserção de dados falsos em documento referente à execução penal, com a devida comprovação pelas provas colhidas em contraditório judicial da tipicidade da conduta e do dolo da ação.

Em relação ao exposto, válido colacionar o artigo referente ao delito imputado:

> Falsidade ideológica
>
> Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.
>
> Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.
>
> Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Nesse sentido, o que se constata dos autos é que a ação narrada na denúncia se adequa inequivocamente ao delito previsto no art. 299 do Código Penal, considerando que o réu, agindo com a intenção de alterar situação juridicamente relevante acerca de sua execução penal, inseriu dados falsos em documento público, uma vez que informou carga horária inverídica no que tange à prestação de serviços à comunidade.

Por oportuno, vejamos o relato de um dos agentes públicos que estava no local e que asseverou, tanto em sede inquisitorial como em juízo, que o réu inseriu dados falsos na folha de presença, sequer tendo permanecido no local de trabalho na oportunidade. Confira-se:

> Que no dia 10.03.2018, a depoente estava de plantão, ocasião em que o sentenciado M.F.C., o qual presta serviços nesta DEPOL por determinação judicial, se apresentou ao trabalho às 10h40min, mas assinou a folha de ponto como se tivesse chegado às 08h20min, saído às 12h15min, retornado para trabalhar às 13h40min horas e saído às 18h horas, apesar de não ter vindo trabalhar durante a tarde; [...] (f. 15 e mídia, f. 46).

Por oportuno, destaco que apenas a condição de agente de segurança pública não invalida os depoimentos dos policiais, sobretudo por não existir qualquer dúvida acerca da imparcialidade destes, cumprindo à defesa a comprovação de eventual suspeita de parcialidade, nos termos do art. 214 do Código de Processo Penal. Trata-se, inclusive, de entendimento sedimentado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. [...] (HC nº 504.137/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 14.05.2019, *DJe* de 20.05.2019).

Destarte, constata-se que a inserção de dados falsos se apresenta inequívoca, sendo que o réu agiu com a intenção de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, considerando que buscava informar inverídico cumprimento de obrigações impostas em decorrência de sentença condenatória, circunstâncias que afastam o fundamento defensivo em relação à atipicidade da conduta e à ausência de dolo, tendo em vista o evidente objetivo do réu de fraudar documento referente à execução penal.

Logo, conclui-se que não é possível acolher as teses da defesa, uma vez que devidamente comprovada a inserção de dados falsos com a intenção de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, fato comprovado pelas declarações colhidas em contraditório judicial e devidamente apreciado na sentença proferida em primeira instância.

Assim, devidamente comprovadas a materialidade e a autoria do delito, enquadrando-se a conduta do réu à prevista no art. 299 do Código Penal, entendo que não há que se falar em modificação da sentença condenatória proferida pelo magistrado *a quo*.

Dosimetria

Prosseguindo, quanto à reprimenda aplicada, constato das razões apresentadas pela defesa que for formulado pleito referente à possibilidade de redimensionamento da pena imposta, com a reapre-

ciação das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e modificação do regime inicial para o cumprimento da pena.

Neste ponto, após analisar os fundamentos apresentados na sentença de primeira instância e as provas produzidas em contraditório judicial, entendo que se mostra de rigor o acolhimento das teses defensivas. Vejamos.

Inicialmente, em relação aos moduladores previstos no art. 59 do Código Penal, verifica-se da sentença que a culpabilidade do réu foi avaliada como desfavorável, tendo o d. magistrado *a quo* fundamentado tal conclusão no fato do delito ter sido cometido com o objetivo de impedir eventual reconhecimento de falta grave no curso da execução penal.

Não obstante, ainda que tal circunstância seja relevante, entendo que esta se mostra insuficiente para a exasperação da pena na primeira fase do procedimento trifásico, tendo em vista que tal apontamento foi utilizado inclusive para evidenciar que a ação do réu objetivava alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, sendo assim, relativa ao próprio tipo penal imputado, o que impede a valoração de tal circunstância na análise da culpabilidade do réu.

Destaca-se, quanto ao exposto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> [...] Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. [...] (HC nº 594.671/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5º Turma, j. em 15.09.2020, *DJe* de 21.09.2020).

Assim, não sendo qualquer circunstância prevista no art. 59 do Código Penal considerada desfavorável, a reprimenda deve ser fixada no mínimo legal, qual seja, 1 (um) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, pleiteia a defesa que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea, considerando as declarações prestadas pelo réu no curso da instrução processual, requerendo, assim, a compensação de tal circunstância com a agravante da reincidência.

Nesse sentido, como bem ressaltado pelo apelante, observa-se que em todas as oportunidades em que prestou declarações o réu de fato assumiu os fatos imputados, tendo asseverado que compareceu ao local e inseriu no documento horário de chegada inverídico, bem como não teria cumprido a carga horária diária.

Quanto à referida atenuante, o entendimento jurisprudencial é de que tal circunstância deve ser reconhecida independente de a confissão ocorrer de forma parcial ou mesmo qualificada, devendo esta ser aplicada quando for utilizada para a formação do convencimento do julgador, nos termos da Súmula nº 545 do STJ. Confira-se:

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.

Destarte, mostra-se de rigor o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, alínea *d*, do Código Penal, devendo esta ser compensada com a agravante da reincidência, devidamente aplicada na sentença de primeira instância.

Assim, não havendo a incidência de quaisquer causas de aumento ou de diminuição, resta a pena concretizada em 1 (um) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Por fim, em relação ao regime de cumprimento da reprimenda, entendo que este deve ser fixado o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula nº 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Isenção custas processuais.

Quanto ao pedido de gratuidade da justiça formulado, entendo que é imperiosa a concessão de tal pleito, uma vez que o réu é assistido pela Defensoria Pública, devendo ser suspensa a exigibilidade das custas processuais pelo prazo de 5 (cinco) anos, 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.

Conclusão.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para redimensionar a pena do apelante e abrandar o regime de cumprimento da reprimenda, restando esta concretizada em 1 (um) ano de reclusão, no regime semiaberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, à fração unitária mínima.

No mais, mantenho a condenação proferida em primeira instância. Custas suspensas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES E NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. COMUNICAR.

Embargos infringentes - Concessão da prisão domiciliar em sede de execução penal diante da pandemia da Covid-19 - Inviabilidade - Caso que não se amolda ao *Habeas Corpus* Coletivo nº 575.495/MG julgado pelo Superior Tribunal de Justiça - Ausência de comprovação de que o reeducando faz parte do grupo de risco ou de que usufruía dos benefícios do trabalho externo e das saídas temporárias - Recomendação nº 62 do Conselho Nacional de Justiça - Aplicação automática - Impossibilidade - Necessidade de demonstração dos requisitos essenciais para a concessão da domiciliar excepcional - Condenação por crime hediondo - Recomendação nº 78, do Conselho Nacional de Justiça - Vedação à prisão domiciliar - Revogação mantida - Necessidade.

- Tendo em vista que o apenado, em cumprimento de pena no regime semiaberto, ainda não gozava dos benefícios do trabalho externo e das saídas temporárias, não apresentando comprovada proposta de emprego vigente, tampouco demonstrou pertencer a grupo de risco, tem-se que o presente caso não se amolda ao *Habeas Corpus* Coletivo nº 575.495/MG julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, inexistindo, *in casu*, recrudescimento da pena.

- Nos termos do julgamento do AgRg no *Habeas Corpus* nº 580.495/SC pelo STJ, a Recomendação nº 62 do CNJ não implica na substituição automática da prisão, tampouco em direito adquirido do apenado com base no enunciado da Súmula Vinculante nº 56 do STF, sendo necessária a demonstração de que o apenado seja integrante do grupo vulnerável da Covid-19, que não tenha condições de receber tratamento adequado no estabelecimento prisional em que se encontra e que haja risco real de que o local de segregação cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida.

- Com a alteração promovida pela Recomendação nº 78 do Conselho Nacional de Justiça, as medidas previstas nos arts. 4º e 5º, da Recomendação nº 62/2020, sobretudo no que tange à concessão da prisão domiciliar no contexto da pandemia da Covid-19, não são aplicáveis aos condenados por crimes hediondos, o que é o caso dos autos.

V. v.: - Estando o reeducando em regime semiaberto, fazendo jus aos benefícios próprios do regime e demonstrado bom comportamento carcerário, é possível a aplicação de prisão domiciliar em

caráter excepcional, nos termos do art. 3º da Portaria Conjunta nº 19 do TJMG e nos termos do julgamento do HC nº 575.495/MG pelo STJ.

EMB INFRING E DE NULIDADE Nº 1.0301.12.006290-8/002 - Comarca de Igarapé - Embargante: A.R. - Embargado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relatora: DES.ª PAULA CUNHA E SILVA.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 6ª CÂMARA CRIMINAL do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR OS EMBARGOS INFRINGENTES, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2021. - Paula Cunha E Silva - Relatora.

Voto

DES.ª PAULA CUNHA E SILVA - Trata-se de embargos infringentes opostos por A.R. contra o v. acórdão proferido no agravo em execução penal nº 1.0301.12.006290- 8/001, por meio do qual esta Colenda 6ª Câmara Criminal, por maioria, deu provimento ao recurso ministerial para revogar a decisão que concedeu ao embargante a prisão domiciliar excepcional em razão da pandemia da Covid-19, vencido o eminente Desembargador Segundo Vogal, Bruno Terra Dias.

Em suas razões de recurso constantes no documento de ordem nº 01, pugna a defesa pelo resgate do voto minoritário para que seja concedida a prisão domiciliar ao embargante que se encontra em cumprimento de pena em regime semiaberto, tendo cumprido mais da metade da pena a ele imposta, bem como estava em gozo de trabalho externo, com remições já reconhecidas, nos moldes do *Habeas Corpus* Coletivo nº 574.495/MG, pelo Superior Tribunal de Justiça. Acrescenta que o reeducando não registra falta grave, tampouco apresenta periculosidade ou agressividade que importem risco à sociedade, o que pode ser comprovado pelo parecer favorável obtido quando da realização do exame criminológico. Por fim, alega que a unidade prisional em que se encontra recolhido possui infraestrutura precária e não conta com profissionais da saúde.

Instado a se manifestar, o douto Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento dos embargos (documento de ordem nº 02).

Os embargos infringentes foram admitidos pelo eminente Desembargador Furtado de Mendonça (documento de ordem nº 04).

É o breve relatório. Decido.

Inicialmente, ressalvo que, nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, é cabível a interposição de embargos infringentes quando não houver decisão unânime do Órgão Colegiado, desde que desfavorável ao acusado, limitando-se os embargos a resgatar o voto minoritário que lhe foi favorável.

In casu, busca a defesa resgatar o voto minoritário da lavra do eminente Desembargador 2º Vogal, Bruno Terra Dias, que negou provimento ao recurso ministerial e manteve incólume a decisão agravada que concedeu ao embargante a prisão domiciliar excepcional em razão da pandemia da Covid-19.

Nesse estrito aspecto, a meu ver, devem prevalecer os votos majoritários.

Após detida análise dos autos e, em consulta ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), verifica-se que o embargante encontra-se em cumprimento de pena total correspondente a 19 (dezenove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão pela prática do delito tipificado no art. 217-A, por 07 (sete) vezes, já tendo cumprido, aproximadamente, 11 (onze) anos e 08 (oito) meses do total da reprimenda.

No curso da execução penal, a d. Juíza primeva, de modo excepcional e emergencial, concedeu a prisão domiciliar em seu favor, nos termos da Portaria Conjunta n° 19/PR-TJMG/2020, a saber:

> [...] Em 16.03.20 foi publicada a Portaria Conjunta n° 19/PR-TJMG/2020, assinada pelo Presidente do Tribunal de Justiça, Des. Nelson Missias de Morais, Governador de Estado, Romeu Zema Neto, Corregedor-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Des. José Geraldo Saldanha da Fonseca e Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, General Mário Lúcio Alves de Araújo, que, em razão da pandemia decretada pela OMS, vinculada ao Covid-19 (coronavírus), reconhecida no estado de Minas Gerais, recomenda, entre outras medidas preventivas, "que os presos condenados em regime aberto e semiaberto devem seguir para prisão domiciliar, mediante condições a serem definidas pelo Juízo da Execução".
>
> Em 17.03.20, por seu turno, foi publicada a Recomendação n° 62 do CNJ, que também fundada na emergência de saúde pública mundial, vinculada ao coronavírus, também recomenda aos "magistrados com competência sobre a execução de pena [...] a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da Execução". Passo a decidir.
>
> Revela-se inquestionável a precariedade da estrutura carcerária mineira, cuja solução não se apresenta próxima em uma estimativa de curto, médio ou longo prazo, sendo que as questões se recrudescem em face do aumento exponencial do número de presos que vêm aportando ao cárcere diariamente. As unidades prisionais de Bicas não são dotadas de quadro técnico e profissionais de saúde, seja técnicos, enfermeiros ou médicos, fato público e notório.
>
> Não bastasse, o mundo experimenta evento devastador e generalizado, de pandemia vinculada ao Covid-19, já reconhecido pela OMS, pelo Ministério da Saúde, pelo estado de Minas Gerais e pelo Poder Judiciário, seja através do TJMG, seja através do CNJ.
>
> Nessa linha, e considerando que a questão agora é de restrição sanitária, no sentido de evitar a propagação de vírus que pode provocar colapso do sistema de saúde, este Juízo vem acolher as recomendações do TJMG e CNJ, no âmbito de sua competência de execução penal, em caráter absolutamente excepcional e temporário, de modo que seja evitada uma catástrofe de graves proporções no seio das unidades prisionais da Comarca de Igarapé, extensível aos policiais penais e servidores administrativos que aqui laboram e até mesmo para a população local. No caso dos presentes autos, verifica-se que o sentenciado atendeu aos requisitos ora exigidos, diante do conteúdo do atestado de penas, pois está no regime

> semiaberto e não tem falta grave pendente de análise, conforme se vê do atestado carcerário constante dos autos.
>
> Ante o exposto e considerando a grave situação de saúde pública, em âmbito mundial e, como forma de prevenir a propagação da infecção pelo novo coronavírus Covid-19 nos estabelecimentos prisionais da Comarca de Igarapé, concedo excepcionalmente a prisão domiciliar ao sentenciado supra nominado. [...] (SEEU - seq. 179.1).

Como é cediço, diante da gravidade da referida pandemia, não restam dúvidas acerca da necessidade da adoção de medidas de natureza preventiva, mormente por se tratarem as unidades prisionais de locais que possuem potencial de contágio em massa, ante a situação de confinamento e de elevado número de reeducandos.

Sobre a temática, cumpre destacar que a Portaria Conjunta n° 19/PR/TJMG/2020 foi revogada pela Portaria Conjunta n° 33/PR/TJMG/2021, não mais constituindo, portanto, fundamento idôneo para a concessão de prisão domiciliar ou medida diversa.

De todo modo, a Recomendação n° 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, renovada pela Recomendação n° 91/2021 daquele Conselho, apresenta instruções direcionadas aos Magistrados, sem efeito vinculante, com vistas à adoção de medidas de contingenciamento da pandemia no sistema prisional.

Neste viés, os juízes apreciarão a situação individual do preso, restituindo, se for o caso, a liberdade com ou sem restrição. Para isso, é necessário que se faça a análise de cada caso concreto.

Na espécie, não há informação de que o presídio no qual o embargante se encontra recolhido possua relatos de contaminação pelo novo coronavírus, sendo certo que estão sendo adotadas todas as providências necessárias, tanto pela administração do presídio quanto pelo Juízo da Execução, para a proteção dos servidores públicos e detentos, conforme determinado pela Recomendação n° 62/2020 do CNJ, atualizada posteriormente pelas Recomendações n° 68/2020, n° 78/2020, e aplicável, no que couber, às disposições contidas na Recomendação n° 91, vigente a partir de 15 de março de 2021.

Observo, ainda, a ausência de comprovação de que o reeducando se enquadre no grupo de risco ou que necessite de cuidados especializados ausentes na unidade prisional.

Ora, a recomendação atual das autoridades de saúde, a fim de impedir a propagação da Covid-19, é o isolamento de todos, estejam eles privados de liberdade por decisão judicial ou não.

Não há como negar a situação excepcional na qual a saúde pública se encontra. Contudo, o advento da pandemia, embora gravíssimo, não pode representar um salvo-conduto à população carcerária, sob pena de disseminação desenfreada da doença e risco de caos social.

Sobre o tema, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

> Agravo em execução. Concessão de prisão domiciliar. Excepcional situação causada pelo Covid-19. Impossibilidade. Não se enquadrando o reeducando na Recomendação n° 62 do CNJ e na Portaria Con-

junta nº 19/PR-TJMG/2020, pois cumpre pena em regime fechado e não há nos autos documentos indicando instabilidade do seu quadro ou ausência de atendimento médico adequado, a prisão domiciliar excepcional não deve ser concedida (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0071.14.000605-8/002, Rel. Des. Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 02.06.2020, p. da súmula em 04.06.2020).

Habeas corpus. Homicídio qualificado. Execução da pena. Concessão de prisão domiciliar em razão da pandemia de Covid-19. Impossibilidade. Regime fechado de cumprimento de pena. Ausência de comprovação da vulnerabilidade do paciente. Constrangimento ilegal não verificado. Diante do risco de contaminação pelo novo coronavírus no sistema prisional, o Poder Judiciário tem realizado intervenções e atitudes extraordinárias para frear o agravamento do quadro nacional de pessoas infectadas. É certo que a Portaria Conjunta nº 19/PR-TJMG não impôs, de modo obrigatório, a soltura de todos os presos que se enquadrem nas situações elencadas, sendo, em verdade, apenas uma recomendação dirigida aos magistrados que deverão observar caso a caso. Não restando evidenciado nos autos a indispensabilidade da concessão do benefício pleiteado, já que não consta nos documentos anexados informação da vulnerabilidade prévia à infecção, tampouco há elementos indicativos da ausência de recursos necessários para a manutenção da saúde do custodiado no âmbito carcerário, não há que se falar em concessão da prisão domiciliar (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.20.063049-9/000, Rel. Des. Edison Feital Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 09.06.2020, p. da súmula em 09.06.2020).

Habeas corpus. Matéria afeta à execução penal. Existência de recurso próprio. Não conhecimento da impetração. Exame de ofício. Ausência de ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada. Regime fechado. Pedido de prisão domiciliar. Covid-19. Não demonstração de estar o paciente em grupo de risco. Portaria conjunta nº 19/PR/TJMG/2020, do TJMG e Recomendação nº 62 do CNJ. Inaplicabilidade. Indeferimento. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada. - A via estreita do *habeas corpus*, de cognição e de instrução sumárias, não é meio processual idôneo para a análise de matérias afetas à execução penal, não podendo o *writ* ser utilizado como sucedâneo recursal. - Ausente demonstração de estar o paciente em grupo de risco, ou que possua qualquer enfermidade que comprometa a sua permanência no estabelecimento penal em que se encontra, não há afronta à Portaria Conjunta nº 19/PR-TJMG/2020 e à Recomendação nº 62, do CNJ, mormente em caso de cumprimento de pena no regime fechado (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.20.049590-1/000, Rel. Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 03.06.2020, p. da súmula em 05.06.2020).

Habeas corpus. Execução de pena. Paciente em regime semiaberto. Falta grave cometida. Prisão domiciliar. Pandemia Covid-19. Excepcionalidade. Ordem denegada. 1. As orientações conferidas pelo Conselho Nacional de Justiça (Recomendação nº 62) e pela Portaria Conjunta nº 19/PR-TJMG/2020 não possuem caráter cogente, devendo cada caso ser analisado em conformidade com as regras a serem definidas pelo Juiz da Execução, próximo da realidade local, até porque, as comarcas possuem situações diferentes umas das outras. 2. Hipótese em que não se verifica situação excepcional que aponte a necessidade de prisão domiciliar. 3. Ordem denegada (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.20.035103-9/000, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, 7ª Câmara Criminal, j. em 29.04.2020, p. da súmula em 29.04.2020).

Habeas corpus. Prisão domiciliar em virtude da pandemia de Covid-19. Não cabimento. Prescindibilidade da audiência de justificação. Não configurado. Regime mais gravoso. Não evidenciado. Matéria afeta a agravo em execução. Ordem denegada. - A Portaria Conjunta nº 19/PR/TJMG/2020, recomenda apenas que os presos condenados em regime aberto e semiaberto devem seguir para prisão domiciliar, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da Execução. - Parágrafo único: Não se aplica a recomendação contida no *caput* aos presos que estão respondendo a processo disciplinar por suposta falta grave (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal nº 1.0000.20.052828-9/000, Rel. Des. Corrêa Camargo, 4ª Câmara Criminal, j. em 03.06.2020, p. da súmula em 05.06.2020).

No que se refere ao trabalho externo, de acordo com a consulta ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), não verifiquei qualquer anotação no sentido de ter sido concedido ao embargante o benefício, constando apenas como incidentes concedidos em favor do apenado a fixação/harmonização/alteração de regime, algumas remições e o benefício da prisão domiciliar, ora objeto do presente recurso.

Assim, não restou demonstrado que o reeducando teve trabalho externo concedido, tampouco que chegou a iniciá-lo, de forma que não caracteriza constrangimento ilegal a impossibilidade de exercer o labor extramuros, uma vez que fundamentada na situação excepcional de pandemia, a fim de resguardar a saúde e vida do próprio paciente e demais reclusos, além dos funcionários e da sociedade local.

Diferente é a situação dos presos que foram colocados em regime domiciliar porque, quando sobreveio a pandemia, já estavam em contato com a sociedade, inclusive com contrato de trabalho vigente e já iniciado, vez que não houve a revogação efetiva de benefícios ou o recrudescimento da situação do apenado.

Neste sentido, destaco o seguinte trecho do julgamento do HC nº 575.495/MG, vejamos:

> [...] Com efeito, a suspensão do exercício da atividade laborativa extramuros, aos reeducandos do regime semiaberto, configura, sim, impor um recrudescimento da situação de execução da pena em que se encontram. Isso porque, no exercício do trabalho externo, via de regra, os internos passam um longo período do dia fora do estabelecimento prisional em convívio com a sociedade, somente retornando ao cárcere quando encerrado o expediente, ou nele permanecendo nos dias em que não há trabalho, como nos dias do final de semana e nos feriados. A meu ver, a adoção da referida medida restritiva passa ao largo dos postulados constitucionais e da Lei nº 7.210/1984, notadamente quanto ao que representa o instituto da progressão de regime no sistema prisional nacional, que o adota como uma forma gradual de recolocação do indivíduo (condenado) na sociedade. [...] (HC nº 575.495/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 02.06.2020, *DJe* de 08.06.2020).

Ademais, é de se ressaltar que, no julgamento do AgRg no *Habeas Corpus* nº 580.495/SC, o STJ voltou a tratar a matéria e firmou critérios adicionais para a concessão da prisão domiciliar excepcional, de modo que a Recomendação nº 62 do CNJ não implica na substituição automática da prisão, tampouco há se falar em direito adquirido com base no enunciado da Súmula Vinculante nº 56, devendo ser demonstrados requisitos para o deferimento da domiciliar, quais sejam: a) ser integrante do denominado grupo de vulneráveis da Covid-19; b) impossibilidade de receber tratamento adequado no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o local de segregação cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, a saber:

> Agravo regimental em *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Execução provisória de sentença. Suspensão temporária de trabalho externo em virtude da pandemia: legalidade. Prisão domiciliar em razão da pandemia causada pela Covid-19. Paciente que não se insere no grupo de risco. Agravo regimental improvido. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema,

também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*. (AgRg no HC n° 437.522/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 07.06.2018, *DJe* de 15.06.2018) 2. A suspensão temporária do trabalho externo no regime semiaberto estabelecida na Portaria n° 7/2020 do Juízo de 1º grau atende a recomendações oriundas tanto do Poder Executivo (Decreto n° 515, de 17 de março 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, que declara situação de emergência em todo território catarinense e limita o ingresso nas unidades prisionais do Estado às pessoas indispensáveis ao seu funcionamento) quanto do Conselho Nacional de Justiça, com o intuito de prevenir a proliferação do contágio pela pandemia de Covid-19. 3. Considerando que a vedação do ingresso de pessoas nas Unidades Prisionais devido à pandemia visa a proteger, de modo eficiente, a integridade física dos apenados, seria incongruente permitir que os executados deixassem o presídio para realizar trabalho externo e a ele retornassem diariamente, enquanto o restante da população é solicitada a permanecer em isolamento em suas residências. 4. A recomendação contida na Resolução n° 62 de 18 de março de 2020 do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da Covid-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inocorrente na espécie. 5. No caso concreto, em que pese o paciente se encontrar em regime semiaberto, com previsão de progressão para agosto deste ano, cometeu crime hediondo (tráfico de drogas) e não está inserido no quadro de risco previsto na Recomendação n° 62/2020 - CNJ, nem em outras normas protetivas contra o novo coronavírus. Ademais, pelo menos até a data da decisão de 1º grau, não havia notícia de contágio do vírus no Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí. 6. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC n° 580.495/SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 09.06.2020, *DJe* de 17.06.2020).

Por oportuno, colaciono também o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça:

Agravo em execução. Prisão domiciliar. Pandemia da Covid-19. Pleito calcado na Portaria n° 19/PR/TJMG/2020 e na Recomendação n° 62/CNJ. Indeferimento pelo Juízo da Execução. Recente unificação de penas em virtude da superveniência de nova condenação. Decisão mantida. - A prisão domiciliar é providência possível para os condenados que cumprem pena no regime aberto, que atendam às condições previstas no art. 117 da LEP. A extensão do benefício àqueles que cumprem pena em regime diverso, em face da situação emergencial de saúde pública que vivenciamos, é providência excepcional, como assinalado na Portaria n° 19/PR-TJMG/2020 e na Recomendação n° 62/CNJ/2020, que só deve ser concedida diante da demonstração de que o detento se insere nas situações mencionadas nos referidos atos normativos - Não se deve cogitar da soltura indiscriminada de presos como única medida de enfrentamento da situação, em face da pandemia e da superlotação carcerária, mesmo porque a ausência de acompanhamento técnico-profissional na reinserção social desses internos pode resultar na frustração do necessário isolamento necessário à contenção da doença - A medida emergencial de retirada dos detentos do sistema prisional é cabível somente nas hipóteses de risco concreto de contágio e proliferação do vírus, a depender das peculiaridades de cada caso, observados necessariamente os quadros de saúde individuais de cada custodiado, com ênfase para aquelas situações e comorbidades elencadas na Recomendação n° 62/CNJ e na Portaria n° 19/20 TJMG. - Estando o agravante em cumprimento de

> mais de vinte anos de pena, remanescente aproximadamente treze anos para cumprimento, em virtude de recente unificação de penas, não há que se cogitar a sua inserção em regime domiciliar, em especial, se há notícias de que ele vem sendo adequadamente tratado no sistema prisional sem riscos de contágio (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0439.15.009240-1/001, Rel. Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, j. em 02.09.2020, p. da súmula em 02.09.2020).

Ao que se extrai dos autos, portanto, ausentes os mencionados requisitos para a concessão da domiciliar pretendida e, tendo em vista que não houve recrudescimento da situação do embargante, sendo certo que ele não se enquadra como beneficiário do *Habeas Corpus* Coletivo nº 575.495/MG do STJ, não há falar em concessão da prisão domiciliar, ainda que ausente registro de falta grave e que não tenha sido constatada periculosidade ou agressividade no exame criminológico realizado.

Por fim, de relevo ressaltar que o reeducando encontra-se em cumprimento de pena total correspondente a 19 (dezenove) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão pela prática de crime hediondo (art. 217- A do CP, por sete vezes) que, pela sua própria natureza, afasta a aplicação das medidas previstas no art. 4º e 5º da Recomendação nº 62/2020, notadamente, "a concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução" (inciso III do art. 5º), com base na alteração trazida pelo art. 5ºA, da Recomendação nº 78, de 15 de setembro de 2020, do CNJ.

Nesse contexto, pelos motivos transcritos alhures, *in casu*, entendo não ser possível o resgate do voto minoritário proferido no julgamento do agravo em execução nº 1.0301.12.006290-8/001.

Pelo exposto, rejeito os embargos infringentes e mantenho incólume o acórdão embargado.

É como voto.

Custas *ex lege*.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - De acordo com o Relator.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com o Relator.

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - De acordo com o Relator.

DES. BRUNO TERRA DIAS - Peço vênia à il. Desembargadora Relatora para, nos termos da fundamentação exposta no voto por mim proferido em sede de agravo em execução, acolher os embargos infringentes, mantendo, assim, a decisão proferida pelo Juízo *a quo* por meio da qual foi concedida a prisão domiciliar excepcional em razão da pandemia do Covid-19.

Súmula - POR MAIORIA, REJEITARAM OS EMBARGOS INFRINGENTES.

Apelação criminal - Tortura - Majorante de crime praticado mediante sequestro - Reconhecimento - Fixação de reparação de danos à vítima - Inviabilidade.

- Restando demonstrado que a vítima teve sua liberdade restrita por tempo juridicamente relevante, excedendo àquela necessária para a prática do delito, deve ser reconhecida a majorante prevista no art. 1º, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97. Incabível a condenação ao pagamento de indenização por eventuais danos suportados pela vítima, quando inexistente nos autos instrução com as garantias do contraditório e da ampla defesa para sua fixação.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0470.17.008134-8/001 - Comarca de Paracatu - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: W.B.C., P.C.X.A., I.M.A. - Relatora: DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de maio de 2021. - *Maria Luíza de Marilac* - Relatora.

Voto

DES.ª MARIA LUÍZA DE MARILAC - O Ministério Público Estadual, parcialmente inconformado com a sentença (f. 189/204) que, julgando parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenou I.M.A., W.B.C. e P.C.X.A. pela prática do crime tipificado no art. 1º, § 3º, da Lei nº 9.455/97, às penas idênticas de 4 (quatro) anos de reclusão, regime aberto, interpôs o presente recurso de apelação (f. 216/219), requerendo o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97, bem como a fixação de indenização em favor da vítima.

Contrarrazões das defesas, pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 252/256 e 263/264).

Quanto aos fatos, narra a denúncia que

> [...] no dia 12 de outubro de 2017, às 2h, na Estrada do Guerra, Zona Rural, neste município, os denunciados, em comunhão de desígnios e previamente ajustados, constrangeram a vítima F.V.S., com emprego de violência e grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental e resultando-lhe lesão corporal de natureza grave, com o fim de obter informação, declaração e confissão a respeito de um delito de furto ocorrido anteriormente aos fatos. [...] Segundo se apurou, em data pretérita, foi subtraída uma motocicleta de propriedade de um familiar do denunciado P.C., na localidade onde os denunciados e o ofendido residem, inclusive a vítima foi apontada pelos populares do local como sendo o autor do furto da referida motocicleta. Consta ainda dos autos que, na data e hora acima especificadas, a vítima

> transitava em via pública retornando a sua residência, ocasião em que foi abordado pelos denunciados que mediante dissimulação (art. 61, inciso II, alínea *c,* do Código Penal) oferecendo-lhe uma carona, solicitaram que este entrasse no interior do veículo. Ato contínuo, após o ofendido entrar no referido veículo, os denunciados sequestraram este e dirigiram-se para um local afastado, notadamente a Estrada do Guerra, Zona Rural deste município, ocasião em que proferiram diversas ameaças de morte em face do ofendido, exigindo que este confessasse o furto da motocicleta, do qual a vítima era suspeito de ser o autor. Na sequência, o denunciado P.C. apoderou-se de uma arma de fogo que portava na cintura no momento dos fatos, e novamente proferiu ameaças de morte em face da vítima, exigindo que o mesmo confessasse a autoria do delito, bem como informasse onde estava a res furtiva. Durante a ação delituosa, o denunciado P.C. desferiu um disparo de arma de fogo em direção à vítima, atingindo-lhe na região torácica conforme Exame de Corpo de Delito de f. 45. Após ser atingido pelo disparo o ofendido evadiu por um matagal que havia próximo ao local dos fatos, conseguindo chegar aos fundos do estabelecimento Paracatu Leilões, ocasião em que foi socorrido por terceiros. Pelo narrado, a PMMG foi acionada e durante rastreamento em busca dos autores do crime lograram êxito em prender ainda em flagrante delito o denunciado I.M.A. [...]

A denúncia foi recebida em 30.10.2017 (f. 81/82) e a sentença publicada em 28.08.2019 (f. 204-v.).

O processo transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido os apelados intimados por mandado (f. 207/214).

Nesta instância revisora, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 265/272).

Vistos e relatados, passo ao voto.

Conheço do recurso, pois previsto em lei, cabível, adequado e presente o interesse recursal, bem como foram obedecidas às formalidades devidas à sua admissibilidade e ao seu processamento.

Ao exame dos autos, verifico que não se implementou nenhum prazo prescricional. Também não vislumbro qualquer nulidade que deva ser declarada, de ofício, bem como não há preliminares a serem enfrentadas. Assim, passo ao exame do mérito.

A materialidade está comprovada pelo exame de corpo de delito (f. 45), ficha de atendimento médico (f. 48), em consonância com o auto de prisão em flagrante (f. 02/07) e boletim de ocorrência (f. 18/25).

A autoria dos acusados também restou sobejamente comprovada pela prova oral coligida aos autos, inclusive, não constitui objeto de insurgência recursal.

Almeja o Ministério Público o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97, ao fundamento de que *"a vítima foi mantida privada de sua liberdade pelos recorridos, uma vez que foi sequestrada e conduzida para o interior do veículo ocupado por estes, sendo transportada para um local ermo e submetida à tortura"* (f. 218).

Tenho que razão lhe assiste.

Ouvidos em sede policial, os três acusados confirmaram que, após a vítima adentrar o veículo, eles a conduziram até local ermo, na zona rural de Paracatu/MG, onde deram início ao delito de tortura:

> [...] que na data de ontem estavam em um bar, o declarante, "C." e W., porém cada um acompanhado com sua família e em mesas distintas; que por volta das 23h, "C.", W. e o declarante se reuniram e "C." comentou que achava que "T." havia furtado a moto da cunhada; que na ocasião "C." convidou o declarante e W. para darem um "susto" em "T.", sendo que "C." propôs ao grupo que pegassem a vítima, o colocassem em um veículo e o levassem para a zona rural, onde iriam simular que tinham a intenção de matá-lo e exigir que este indicasse o local em que a motocicleta estaria; que o declarante, "C." e W. saíram em um veículo prata, do qual não sabe dizer a marca e modelo, ou quem era o proprietário, o qual era dirigido por "C.", sendo que, em determinado momento conseguiram encontrar "T." chegando em sua residência; que convidaram "T." para entrar no veículo, o qual entrou e saiu com o grupo, momento em que seguiram em direção à Fazenda Guerra, e pararam o veículo no meio da via, instante em que desembarcaram e começaram a indagar a "T." para dizer a respeito onde estaria a motocicleta; que em determinado momento "C." colocou a mão na cintura e passados alguns instantes o declarante ouviu o estampido de um disparo, ocasião em que voltou-se para a direção em que estavam "C." e a vítima e presenciou este último evadindo em direção ao matagal enquanto "C." falava: "o que eu fiz, ô meu Deus"; que após o fato os três voltaram para a cidade; que o declarante não chegou a ver onde o disparo de arma de fogo atingiu "T.", o qual não gritou; que o declarante não chegou a ver mancha de sangue porque estava escuro; que na manhã de hoje o declarante foi abordado, por volta das 09h da manhã, por policiais militares [...] (I.M.A. - f. 06/07)
>
> [...] na noite do dia 11.10.2017, por volta das dez horas da noite se encontrou no BAR de propriedade da dona A., localizado no bairro Alvorada, com seus amigos P.C., vulgo "C." e I., os quais estariam ali juntamente com suas famílias "conversando à toa, comendo e bebendo", conforme se expressa; que em certo durante a conversa que mantinham, C. comentou que "desconfiava de que a pessoa de T. era quem havia furtado uma motocicleta de um cunhada de C. de nome J. dias antes, desconhecida do declarante; que enquanto conversavam no bar, o declarante relata que C. teria então chamado o declarante e I. para irem procurar por T. para "perguntar a ele sobre a moto furtada e o paradeiro desta", ocasião em que adentraram então no carro Voyage de cor prata de propriedade do declarante e saíram seguindo pelo bairro a procura de "T.", o qual o declarante afirma que "sabe que mora lá perto no mesmo bairro", conforme se expressa; que passados alguns minutos enquanto circulavam de carro pelo bairro, afirma que teriam encontrado com T. andando sozinho a pé em rua próxima, ocasião em que afirma que neste momento, presenciou quando I. convidou T. para conversarem e "dar uma volta", conforme se expressa, ocasião em que T. entrou no carro e se sentou no banco de passageiro ao lado de I.; que o declarante afirma ainda que era C. quem dirigia o referido veículo em que estavam, estando o declarante no banco de passageiro dianteiro ao lado de C.; que segundo o declarante, teriam seguido então para uma estrada erma, conhecida como estrada do GUERRA, localizada nas proximidades, ocasião em que nesta
>
> estacionaram o veículo e passaram a questionar a T. sobre "onde estava a moto roubada da menina"; que o declarante afirma ainda que primeiramente I. e T. desceram do carro, vindo o declarante a descer logo em seguida e permanecer perto do carro, presenciando quando I. perguntava a T. sobre o paradeiro da moto, sendo que T. dizia que "não sabia da moto, e que não tinha sido ele quem havia furtado"; que em certo momento o declarante relata ter visto quando C. teria então tirado da cintura um revólver, de cor preta, e se aproximado de T., perguntando a este: "fala da moto moço, onde é que tá", apontando a arma para T. "como se ameaçasse T.", conforme se expressa; momento em que enquanto C. "arrochava"

T., presenciou quando a arma que C. portava disparou uma única vez; que neste momento o declarante relata ter se afastado, sendo que imediatamente T. teria evadido em fuga seguindo para o meio do mato; que o declarante nega que tanto ele quanto C. e I. tenham perseguido por T. durante os fatos; que em seguida , após tal disparo evadiram do local, sendo que o declarante afirma que seguiram cada qual para suas casas onde permaneceram pelo restante da noite [...] PERGUNTADO sobre a motivação dos fatos; RESPONDEU que "pretendiam somente intimidar T. levando ele para local deserto só pra conseguir informações dele sobre o paradeiro da moto da cunhada de C.", conforme se expressa; que o declarante afirma ainda que tinha conhecimento que C. portava um revolver durante os fatos e que este pretendia usar esta arma "para fazer medo e intimidar T. apenas", conforme se expressa; que o declarante afirma ainda que "acredita que C. não tinha intenção de matar a vítima durante os fatos, sendo que que "acho que tal disparo foi acidental, porque se alguém quisesse matar ele tinha corrido atrás e dado mais tiros", conforme se expressa... (W.B.C., f. 37/38)

... por volta das dez horas da noite se encontrou no BAR de propriedade da dona A., localizado no Bairro Alvorada, com seus amigos I. e W., os quais estariam ali juntamente suas famílias "comendo e bebendo", conforme se expressa; que em certo durante a conversa que mantinham, o declarante afirma que comentou aos seus amigos que havia ouvido comentários de vizinhos de que a pessoa de T., criminoso conhecido no bairro, havia sido quem furtou uma motocicleta da cunhada do declarante de nome J., dias antes; que enquanto conversavam no bar, o declarante relata que teria então chamado o W. e I. para irem procurar por T. ???? "dar uma intimidada nele", conforme se expressa e perguntar a ele sobre a moto furtada e o paradeiro desta, conforme se expressa, ocasião em que adentraram então no carro de Voyage de cor prata de propriedade de W. e saíram seguindo pelo bairro a procura de "T.", que passados alguns minutos enquanto circulavam de carro pelo bairro, afirma que teriam encontrado com T. andando sozinho a pé em rua próxima, ocasião em que afirma que neste momento, presenciou quando I. convidou T. para entrar no carro "para conversarem e dar uma volta lá perto", conforme se expressa, ocasião em que T. entrou no carro e se sentou no banco de passageiro ao lado de I.; que o declarante afirma ainda que era ele (o declarante) que dirigia o referido veículo; que segundo o declarante, teriam seguido então para uma estrada erma localizada próxima, conhecida como estrada do GUERRA, ocasião em que nesta estacionaram o veículo e passaram a questionar a T. sobre onde estava a moto roubada; ocasião em que T. respondia que "não sabia, que não tinha ele sido quem havia furtado a moto"; que em certo momento o declarante relata ter então se aproximado de T. e sacado da cintura um revolver, de cor preta, e se aproximado de T., perguntando a este: "fala da moto moço, onde é que tá, você sabe quem foi se não foi você, você sabe quem foi", apontando a arma para T. "para amedrontar T.", conforme se expressa; ocasião em que T. teria então tentado puxar a arma da mão do declarante, momento em que um disparo teria sido efetuado durante os fatos, conforme se expressa; que neste momento o declarante relata ter se afastado, sendo que imediatamente T. teria evadido em fuga seguindo para o meio do mato; que o declarante afirma que em companhia de I. e W. evadiram do local, seguindo para suas casas [...] PERGUNTADO sobre a motivação dos fatos; RESPONDEU que "pretendiam somente dar um susto em T. levando ele para local ermo a fim de conseguir informações sobre o paradeiro da moto de minha cunhada", conforme se expressa... (P.C.X.A. , f. 41/42)

Sob o crivo do contraditório (mídia de f. 146) os três acusados confirmaram que, após a vítima adentrar o veículo, foi levada até local ermo, onde deram início às ameaças, intimidando-a com a intenção de que essa confessasse a prática do furto de uma motocicleta, tendo os fatos culminado com o disparo de arma de fogo perpetrado por P.C. em face de F..

O ofendido F.V.S., ouvida na fase policial (f. 34/35), descreveu todas as circunstâncias da prática delitiva, salientando que

> "na madrugada do dia 11 para 12 de outubro de 2017, por volta das duas horas da manhã encontrava-se sentado no bar da Abadia, conversando fiado com sua tia T.; que o declarante afirma ter permanecido cerca de uma hora no bar, e salienta ter reconhecido entre os clientes que ali estavam a pessoa de I., o qual conversava em mesa próxima com mulheres e crianças; que em seguida o depoente afirma ter resolvido ir embora seguindo sozinho para sua casa; que no trajeto até sua casa, afirma ter visto um veículo de cor cinza, momento em que ouviu quando a pessoa de I., o qual estava no banco de passageiro do carro chamou pelo declarante, perguntando lhe: 'Oh , ta indo pra onde TUIU?', momento em que o declarante respondeu que estava indo para a casa, ocasião em que I. teria lhe dito: 'Entra aqui pra nós te dar carona'; que por conhecer I. o declarante afirma ter entrado no carro, sendo que dentro deste avistou outros dois rapazes, sentados no banco da frente do veículo; que em seguida o depoente, ao ver que sua residência havia ficado para trás, afirma ter questionado a I. e os comparsas deste para onde iriam, momento em que I. teria lhe dito 'vamos ver ali ver um negócio ali'; que nas proximidades de uma estrada erma, na região do Guerra, o declarante afirma que I. teria passado a questionar sobre o paradeiro de uma motocicleta com os dizeres: 'sumiu uma moto ali e os moleque ta dando ideia que foi você', ocasião em que o declarante afirma ter respondido,: 'ua se fosse eu, eu tinha entrado no carro com vocês? Sei de nada não', conforme se expressa; que neste momento o depoente afirma que desembarcou do carro e ficou conversando com I., ocasião em que um dos ocupantes do veículo, o qual estava sentado no banco de passageiro do carro teria efetuado um disparo no declarante, o qual empreendeu fuga seguindo para o matagal sendo perseguido por tal autor, o qual efetuou ainda outros dois disparos contra o declarante; que o declarante afirma ainda que devido a rapidez dos fatos não conseguiu avistar qual foi a arma de fogo usada; que em seguida o declarante, do matagal, avistou quando o veículo evadiu do local; que em seguida o declarante relata ter se arrastado até os fundos do Paracatu leilões, onde pediu ajuda a terceiros que ali estavam, ocasião em que viatura do corpo de bombeiros ali chegaram e levaram o declarante para o hospital; que o declarante afirma ter sido alvejado por somente um dos três disparos efetuados...".

O *modus operandi* descrito pela vítima em sede administrativa foi corroborado pelos relatos do policial militar W.M.L., o qual ratificou em juízo (mídia de f. 146) seu depoimento prestado em sede administrativa (f. 02), quando narrou que

> "por volta das 07:00 horas da manhã, foram solicitados em razão de suposto disparo de arma de fogo; que ao chegarem no local em que a vítima, F.V.S., teria buscado socorro (Paracatu Leilões), este relatou que voltava de uma festa, ocasião em que teria sido abordado por três indivíduos não identificados, os quais teriam o levado para a estrada do Guerra, retirado suas vestes e efetuado um disparo de arma de fogo, atingindo-o no tórax; que a vítima foi socorrida pela equipe de corpo de bombeiros e levada para o Pronto Socorro do Hospital Municipal [...] a vítima nos relatou que os indivíduos C., I. e W., que são seus vizinhos, teriam lhe abordado na rua de sua casa, por volta das 2:00 horas da madrugada de ontem pra hoje, obrigando o mesmo a entrar em um veiculo VW/ Gol de cor cinza, teriam levado o mesmo para a estrada do Guerra, a aproximadamente 3Km da cidade; que neste local tais indivíduos teriam passado a pressionar a vítima, mediante graves ameaças e sob a mira de uma arma de fogo, possivelmente um revolver calibre .38, a dizer onde estaria uma motocicleta que fora furtada de sua família(dos indivíduos) em data anterior; que a vítima disse que ao dizer C.X.A. teria efetuado um disparo com a arma de fogo

> contra ela; que em seguida os autores teriam evadido do local citado, tomando rumo ignorado, sendo que a vitima teria fugido pelo matagal, chegando até o local denominado Paracatu Leilões, onde pediu socorro para a testemunha F.S.F.; que o depoente deseja ressaltar que o último contato que teve com a vítima, esta se encontrava no leito hospitalar utilizando aparelhos para auxiliá-la na respiração, por isso não foi possível colher mais detalhes do ocorrido...".

Consoante ensinamentos de Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Júnior:

> "sequestro é a privação da liberdade da vítima mediante violência ou grave ameaça. Veja-se, entretanto, que a privação da liberdade por curto espaço de tempo é decorrência quase sempre necessária à prática da tortura, uma vez que esta pressupõe, na maioria das vezes, uma ação lenta e repetitiva no sentido de causar o sofrimento físico ou mental à vítima, de forma a permitir que o agente alcance a finalidade para a qual está empregando a violência ou grave ameaça. Nesses casos, não se aplica a causa de aumento de pena. Percebe-se, pois, que o dispositivo só será aplicado quando houver privação da liberdade por tempo prolongado, absolutamente desnecessário, ou quando houver deslocamento da vítima para local distante" (Legislação penal especial / Victor Eduardo Rios Gonçalves, José Paulo Baltazar Junior; coordenador Pedro Lenza. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016 - pág. 212).

No caso em análise, vê-se que de fato a vítima teve sua liberdade restringida pelos acusados por tempo juridicamente relevante. Conforme relatado por F., ele andava pela via pública de madrugada, quando I., de maneira dissimulada, ofereceu-lhe uma "carona". Após adentrar o automóvel ocupado pelos réus, o ofendido foi levado por eles até uma estrada erma, conhecida como "estrada do guerra", localizada na zona rural de Paracatu/MG, a aproximadamente 03 km da cidade. Ali chegando, a vítima foi subjugada e torturada pelos acusados, os quais a ameaçaram e exigiram que ela confessasse a prática do furto de uma motocicleta. Na sequência, P.C. apoderou-se de uma arma de fogo, dando continuidade às ameaças e terminando por desferir um disparo de arma de fogo contra F., o qual se evadiu por um matagal, sendo ali abandonado à própria sorte.

Pedindo redobrada vênia ao magistrado singular, tenho que o fato de a vítima ter "aceitado voluntariamente" (f. 201v.) a "carona" oferecida pelos acusados não obsta o reconhecimento da causa de aumento. Primeiro, porque F., na verdade, foi enganado por I., sendo certo que não tinha conhecimento da real intenção dos réus ao adentar o automóvel. E segundo, porque não restam dúvidas de que mesmo após o início das agressões a vítima continuou tendo sua liberdade restringida pelos réus, sendo mantida por eles em local ermo contra sua vontade.

Enfim, restou comprovado que o ofendido vivenciou momentos de angústia e aflição, sentindo que sua vida poderia estar por um fio, uma vez que estava em poder dos acusados em local ermo, e em plena madrugada, sofrendo ameaças e sob a mira de arma de fogo, inclusive chegou a sofrer um disparo e teve que se evadir por um matagal, restando caracterizada a causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97.

Assim, impõe-se a condenação dos acusados pela prática do crime do art. 1º, § 3º e § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97.

Reconhecida a causa de aumento de pena, destaco que não vislumbro motivos para aplicação de fração de aumento superior à mínima prevista em lei (1/6), tampouco trouxe o Parquet qualquer fundamento em suas razões para aplicação de patamar mais severo. Passo, pois, à reestruturação das penas.

Em relação a I.M.A.:

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no patamar mínimo de quatro (04) anos de reclusão. Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes e, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, não houve reflexo na reprimenda, em atenção à Súmula n. 231 do STJ. Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição de pena, mas reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97, elevo a reprimenda de 1/6, concretizando-a definitivamente em quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão.

Face ao quantum de pena aplicado e às condições pessoais do acusado, fixo o regime prisional inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b" e 3º, do Código Penal.

O acusado não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou ao Sursis, por não preencher os requisitos exigidos nos art.s 44 e 77, ambos do Código Penal.

Em relação a W.B.C.:

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no patamar mínimo de quatro (04) anos de reclusão. Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes e, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, não houve reflexo na reprimenda, em atenção à Súmula n. 231 do STJ. Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição de pena, mas reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97, elevo a reprimenda de 1/6, concretizando-a definitivamente em quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão.

Face ao quantum de pena aplicado e às condições pessoais do acusado, fixo o regime prisional inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b" e 3º, do Código Penal.

O acusado não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou ao Sursis, por não preencher os requisitos exigidos nos art.s 44 e 77, ambos do Código Penal.

Em relação a P.C.X.A.:

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no patamar mínimo de quatro (04) anos de reclusão. Na segunda fase, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes e, embora reconhecida a atenuante da confissão espontânea, não houve reflexo na reprimenda, em atenção à Súmula n. 231 do STJ. Na terceira fase, ausentes causas especiais de diminuição de pena, mas reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 1º, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97, elevo a reprimenda de 1/6, concretizando-a definitivamente em quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão.

Face ao quantum de pena aplicado e às condições pessoais do acusado, fixo o regime prisional inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b" e 3º, do Código Penal.

O acusado não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou ao Sursis, por não preencher os requisitos exigidos nos art.s 44 e 77, ambos do Código Penal.

Por fim, requer o Ministério Público sejam os réus condenados ao pagamento de indenização, a título de reparação mínima pelos danos causados à vítima, com fulcro no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal.

Aduz, para tanto, que "não restam dúvidas de que os réus provocaram danos à integridade física e danos de natureza moral à vítima, que atingiram diretamente a dignidade humana, ao ferirem os atributos mais íntimos da personalidade" (f. 218v.).

Neste tocante, razão não lhe assiste.

Conquanto entenda que o Ministério Público detém legitimidade para requerer a condenação dos réus ao pagamento de indenização, a título de reparação mínima pelos danos causados à vítima, assim como o MM. Juiz sentenciante (f. 204v.) verifico que os autos carecem de elementos suficientes para deferimento do pedido.

É que, diferentemente do alegado, o pleito indenizatório não foi satisfatoriamente debatido na instrução, vez que a acusação não formulou qualquer pergunta à vítima sobre os prejuízos que sofrera em decorrência da violência sofrida, aliás, nenhuma indagação lhe foi feita a respeito de eventuais traumas decorrentes da violência perpetrada pelos réus (f. 34-35 e mídia de f. 171).

Assim, sem embargo dos argumentos ministeriais, resta obstada a fixação de indenização, pois essa não pode ser arbitrada aleatoriamente, ainda que sob a rubrica de "reparação mínima".

É esse o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e deste Eg. Tribunal de Justiça:

> A indenização à vítima, prevista no art. 387, IV do Código de Processo Penal, deve ser precedida de instrução específica para apurar o montante civilmente devido, sem a qual, a sua imposição fere os princípios do contraditório e da ampla defesa. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.19.046678-9/001 - Relator(a): Des.(a) Paulo Cézar Dias - 3ª CÂMARA CRIMINAL - julgamento: 14/04/2020 - publicação: 15/05/2020)
>
> A fixação de um quantum indenizatório demanda que o valor arbitrado tenha sido objeto de apuração e discussão na ação penal, impondo-se seu decote por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.18.139480-0/001 - Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez- 8ª CÂMARA CRIMINAL - julgamento: 12/12/2019- publicação: 16/12/2019)
>
> A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa com indicação de quantum diverso ou mesmo comprovação de inexistência de prejuízo material ou moral a ser reparado. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização. In casu, verifica-se que, apesar de ter havido pedido expresso do Ministério Público na denúncia para a fixação de valor para a reparação do dano, nos termos do art. 387, inciso IV, do CPP, não houve instrução específica, o que afastou do acusado a possibilidade de se defender e produzir contraprova... (STJ - AgRg no AREsp 1361693 / GO - Relator(a): Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA - QUINTA TURMA - julgamento: 02/04/2019 - DJe 23/04/2019)

Destarte, agiu com acerto o magistrado ao indeferir o pleito ministerial, devendo a vítima, caso tenha interesse, pleitear a devida indenização na esfera cível.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para reconhecer a causa de aumento do crime praticado mediante sequestro, restando os acusados I.M.A., W.B.C. e P.C.X.A. condenados pela prática do crime do art. 1º, § 3º e § 4º, inciso III, da Lei nº 9.455/97, às penas idênticas de quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão, regime semiaberto.

Custas nos termos definidos na sentença (f. 204v.).

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANKLIN HIGINO - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO"

Apelação criminal - Homicídio qualificado tentado e abandono de incapaz - Ausência de indicação da hipótese legal que alicerça o recurso - Mera irregularidade - Irresignação conhecida - Intenção de matar - Comprovação - Desclassificação para o crime de lesão corporal - Inviabilidade - Sanção básica - Fundamentação idônea - Confissão espontânea - Negativa do agente - Tentativa - Fração de redução - Atos médios concretizados - Valor de reparação e perda do poder familiar - Efeitos legais.

- A ausência de indicação, na petição recursal, da hipótese legal em que se alicerça o recurso de apelação interposto no procedimento do Tribunal Júri, configura mera irregularidade.

- Evidenciado dolo de matar, afasta-se a possibilidade de desclassificação da conduta, para o crime de lesão corporal.

- Fixada a sanção básica de acordo com as circunstâncias concretas do caso, não há motivos para modificá-la.

- Inviável reconhecer a atenuante da confissão espontânea, se o acusado sustentou que a vítima se feriu acidentalmente.

- Constatado que o agente percorreu a parte média do caminho necessário à consumação do delito, reduz-se a pena à metade, pela tentativa.

- São efeitos cogentes da condenação criminal, quando satisfeitos os pressupostos legais exigidos à sua fixação, o valor mínimo de reparação pelo dano causado e a perda do exercício do poder familiar.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0525.19.008434-9/001 - Comarca de Pouso Alegre - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: A.C.F.P. - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais e A.C.F.P. - Relatora: DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em rejeitar a preliminar; negar provimento ao segundo recurso (defesa); e acolher o primeiro (acusação).

Belo Horizonte, 27 de maio de 2021. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Voto

DES.ª BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Cuida-se de recursos de apelação criminal, interpostos pelo Ministério Público (1º) e por ACFP (2º), contra julgamento realizado perante o Tribunal do Júri da Comarca de Pouso Alegre, em que o segundo apelante foi condenado, pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, IV e VI e § 2º, I, c.c. o art. 14, II; e art. 133, § 3º, II, todos do Código Penal.

Segundo a denúncia, no dia 24.06.2019, no período da manhã, o acusado passou a enviar mensagens de texto para a vítima GTR, sua ex-companheira, nas quais afirmava que havia comprado um

aparelho celular para ela e desejava realizar um piquenique com a filha do casal, que se encontrava em sua companhia, sendo ajustado encontro entre eles no bairro XXXX XX XXXXX.

Ainda de acordo com a peça vestibular de acusação, a vítima se dirigiu até o lugar determinado pelo acusado, percebendo que ele se encontrava sozinho naquele momento, e ao buscar sair do loteamento, foi surpreendida por seu ex-companheiro, que solicitou que ela virasse de costas, com a alegação de que lhe entregaria o celular, perguntou se ela sabia rezar, e, agindo com ânimo de matar, deu-lhe um golpe conhecido como "gravata", bem como tampou sua boca, evitando, assim, que ela pedisse socorro.

Descreve, ademais, a exordial de acusação, que diante da resistência da vítima, o denunciado a empurrou contra o solo, comprimindo seu tórax com os joelhos, enquanto a asfixiava com as mãos, sacando, ainda, uma faca que trazia consigo para golpear sua ex-companheira.

Nos termos da denúncia, o intento homicida não se concretizou em razão da diligente ação da vítima, que conseguiu se defender de parte dos golpes de faca, com uma das mãos, desfalecendo em seguida, o que fez com que o acusado pensasse que ela estava morta e a abandonasse no local.

Por fim, a inicial acusatória narra que, para concretizar o crime contra a vida, o denunciado abandonou sua filha sozinha no interior de uma residência, cuidando-se de menor em tenra idade, que não poderia defender-se sozinha, tanto que foi necessário que o avô paterno abrisse o apartamento, para dali retirar a criança.

Submetido a julgamento popular (Pronúncia às f. 182/184), o acusado teve a sua culpabilidade reconhecida pelos jurados, conforme Termo de Votação de f. 438/439, fixada reprimenda de 5 (cinco) anos de reclusão, mais 8 (oito) meses de detenção, em regime prisional semiaberto, na sentença de f. 447/449.

O douto Julgador *a quo* fixou, ainda, o valor de cinco mil reais, a título de reparação mínima pelo dano causado; adotou medida cautelar de proteção à ofendida; e, declarou a incapacidade do réu para o exercício do poder familiar.

Recorreu o Ministério Público (f. 458/460) pugnando pelo emprego da fração de um meio, no que tange à redução da pena do crime tentado.

Apelou também o condenado (f. 462/470), requerendo a desclassificação do crime contra a vida, para o delito de lesão corporal. Alternativamente, pleiteia a reestruturação da punição; reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; decote do valor fixado a título de reparação mínima pelo dano causado; e restauração do poder familiar.

Contrarrazões às f. 471/477 (Defesa) e 478/484 (Ministério Público), estas com preliminar de não conhecimento.

Instada a se manifestar (f. 507/509), opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido do provimento do apelo do *Parquet*.

É, resumidamente, o relatório.

De pronto, afasto a preliminar suscitada nas contrarrazões do Ministério Público, pois verifico que a apelação aviada pela defesa atende aos requisitos previstos em lei, visto que a ausência de indicação do fundamento normativo que alicerça o recurso contra a decisão do Júri, é mera irregularidade.

Com efeito, apresentados os argumentos recursais, cuja compreensão não oferece dificuldades, a ausência de delimitação da hipótese legal recursal, na petição de rosto do recurso, não configura óbice à tramitação do recurso.

Nesse sentido, já se decidiu:

> Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio qualificado. Dosimetria revista em segundo grau. Pleito formulado pela defesa. Relativização da Súmula nº 713 do STF. Decisão mantida. Agravo regimental não provido. - O réu manifestou interesse em recorrer, o que fez de forma genérica, e, ao apresentar as razões recursais, o defensor deixou de indicar em qual alínea do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal estaria embasado o apelo, mas requereu a revisão da dosimetria quando pleiteou essencialmente a redução da reprimenda imposta ao sentenciado. - A ausência de indicação de uma das alíneas do referido dispositivo, no termo ou petição de interposição, acarreta mera irregularidade se, nas razões recursais, a defesa apresenta fundamentos para o apelo e os delimita em seu pedido. Precedentes. - O apego exacerbado ao formalismo - o que se diferencia do respeito às formas processuais - não pode prevalecer sobre os princípios constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa, em evidente prejuízo ao réu. - Mantido o acórdão proferido pelo Tribunal estadual, especialmente por haver sido reconhecida a existência de erro/injustiça na aplicação da pena, fator que inclusive permitiria a concessão de habeas corpus de ofício. - Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp nº 1122433/GO, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma j. em 12.11.2019, *DJe* 21.11.2019).

Logo, conheço das apelações.

No mérito, verifico que a materialidade se encontra positivada no Boletim de Ocorrência (f. 03/05); Fotografias (f. 09/10); Exame Indireto (f. 83/84); Prontuário Médico (f. 88/96); e Exame de Corpo de Delito (f. 188).

Em relação à autoria, muito embora o acusado tenha alegado em plenário (interrogatório gravado na mídia de f. 435), que a ofendida se feriu acidentalmente, pois ela teria sofrido um "tropeço" ("*ela tropeçou*" - 39min50seg), a ele se agarrando, sendo então involuntariamente lesionada, as provas convergem em outro sentido, evidenciado dolo voltado contra a vida.

Segundo depoimentos coletados, o réu teria se utilizado, como argumento para se reaproximar da ofendida, a inverídica aquisição de um aparelho de telefonia celular, alegando que pretendia presentear sua ex-companheira e a convidando para um piquenique, a ser realizado em local por ele escolhido.

No intuito de evitar eventual negativa de sua ex-esposa em vê-lo, o acusado alegou, de forma maliciosa, segundo relatos do processo, que a filha do casal estaria presente no encontro, o que motivou a vítima a deslocar-se até o terreno indicado pelo autor, que ali a esperava sozinho.

Diante da negativa da ofendida em permanecer naquele lugar, tão logo percebeu que não haveria o aludido piquenique, o acusado a mandou virar de costas, e, quando atendido, perguntou se a vítima sabia rezar, passou a sufocá-la com o golpe conhecido como "gravata", jogou-a no chão, tentando imobilizá-la, e a golpeou com pelo menos quatro golpes de facas.

Colhe-se do acervo de provas que o intuito do agente não se limitou a uma agressão física, pois ele deixou claro que iria matar sua ex-companheira, quando percebeu a impossibilidade de retomada do relacionamento, intuito somente não consumado porque a vítima conseguiu proteger-se com a mão, evitando, assim, que os golpes realizados com a arma branca atingissem partes vitais de seu corpo, bem como simulou estar morta, circunstâncias alheias, portanto, à vontade do agente.

Por oportuno, trago à colação estes esclarecimentos da vítima:

> Foi namorada do autor por cerca de cinco anos; se conheceram na cidade de pouso alegre, através de amigos incomuns (*sic*); durante o período em que namorava com o autor o mesmo nunca foi agressivo, sempre que tinham desavenças conversavam muito, ou seja, nunca demonstrou um lado desequilibrado; o autor morava na cidade de São Paulo e lá acabou usando drogas e se envolvendo com pessoas de má índole; o pai do autor acabou trazendo o mesmo para esta cidade, ocasião em que se conheceram; durante o período em que se relacionaram o autor deixou de usar drogas e parou de andar em más companhias; acabou engravidando e hoje tem uma menina de 3 (três) anos de idade; mesmo com o nascimento da filha não foram morar juntos ainda; foi morar com o autor em novembro do ano passado, salvo engano; após ir morar com o autor descobriu que o mesmo havia traído a declarante, quando então resolveu terminar a relação visto que não aceitaria ser traída; voltou a morar na residência de sua genitora e continuou conversando com o autor por conta da filha; a relação entre os dois sempre foi sincera e franca e o autor nunca foi um cara agressivo ou violento; dois dias antes do fato ocorrido o autor, numa sexta-feira ligou para a declarante dizendo que havia comprado um presente "celular", e que queria entregar a declarante; o autor pediu a declarante que fosse encontrar com o mesmo, porém não era para falar para ninguém; na sexta-feira chegou a encontrar com o autor e ficaram conversando até quase uma hora da manhã, porém o autor não deu o presente... Na segunda-feira pela manhã a declarante e sua genitora estiveram no apartamento do autor para deixar ração para a cachorra da declarante que ainda estava com o autor, quando este disse que no período da tarde iria levar a filha do casal para passear; saíram do local e antes do meio dia o autor passou a mandar mensagens dizendo que hoje entregaria o celular para a declarante e que era para que ambos se encontrassem; começou a mandar mensagem para ir até o alto do Ibirá, onde estaria fazendo um piquenique com a filha do casal; o autor pediu insistentemente para ir ao local e não contar nada a ninguém; acabou concordando em ir quando o autor disse que a filha estaria esperando por ela... Chegou no local e encontrou o autor sozinho e perguntou pela filha, sendo que o autor disse que estaria no banheiro juntamente com um amigo e o sobrinho; questionou onde estariam as coisas do piquenique e este disse também que haviam levado para não ficar sozinho enquanto esperava pela declarante... Chegando na rua de baixo, nada da criança aparecer, foi quando disse que iria embora, pois não era nada de piquenique que ele estava fazendo; neste momento ele falou "tá bom vou te dar o aparelho"; neste momento ele pediu para a declarante virar de costa que faria uma

surpresa; virou-se de costa, quando o autor disse: "você sabe rezar... Então começa"; neste momento o autor a agarrou pelo pescoço e deu uma gravata com um braço e tapou a boca com a outra mão; o autor foi tentando derrubar a vítima quando então começou a reagir; o autor percebeu que a declarante iria escapar este a derrubou no chão de frente para o autor; o autor tentou estrangular a declarante inclusive colocou os joelhos no tórax da declarante tentando impedi-la de respirar; começou a se debater e a pedir por socorro; neste momento o autor tentou com uma mão tampar os gritos da declarante e com a outra levou no bolso de trás da calça e tirou uma faca; o autor a todo momento olhava de um lado para o outro tentando ver se vinha alguém; o autor desferiu a primeira facada e pegou no pescoço da declarante; a segunda a declarante colocou a mão e a terceira tentou ainda mais impedir que acertasse novamente o pescoço; neste momento só pensou em fingir que havia morrido e largou o corpo; neste momento acredita que realmente perdeu o sentido porque depois só lembra de um rapaz que dizia "ela ainda está viva, chama o Samu"; foi socorrida e ficou internada (ofendida - inquérito - f. 52/53).

Mantivemos relacionamento por cinco anos (00min45seg); quando dos fatos, havia três meses de separação (01min02seg); ele não aceitava (01min02seg); simulou que tava com um aparelho celular em mãos (01min58seg); disse que tinha trocado por um videogame (02min01seg); não piquenique e que minha filha estaria junto (04min32seg); não suspeitei de nada, pois confiava nele (05min55seg); ele disse: "pode começar a rezar"" (07min23seg); asfixiou minha boca (07min29seg); colocou os dois joelhos no meu tórax (07min42seg); começou a pressionar minha garganta (07min51seg); tirou uma faca (08min11seg); "acertou a primeira aqui" - a vítima mostra o pescoço (08min12seg); fingi que tava morta senão ele ia terminar de me matar (08min27seg)" (Ofendida - Fase Judicial - CD-R de f. 141).

Minha filha estava com ele (00min49seg); ele mandou mensagem que ia fazer um piquenique com ela no horto, com um amigo dele e outra criança (01min10seg); mandou mensagem para eu subir (01min33seg); eu fui, pois não suspeitei de nada (03min30seg); ele disse para eu virar de costas, pois ele queria me fazer uma surpresa (05min46seg); não houve nenhuma discussão, eu estava bem lá (05min50seg); ele pediu para eu rezar (06min30seg); ele me deu um "mata-leão" com muita força (06min50seg); colocou as duas pernas no meu tórax (07min05seg); as duas mãos no meu pescoço (07min20seg); ele olhava só para os lados, com cara de ódio (07min30seg); tampou minha boca (08min00seg); ele deu a primeira facada (08min12seg); ele me deu a primeira no pescoço (08min35seg); enfiei a mão na frente (08min46seg); defendi três com a mão (09min36seg); eu precisava fingir que estava morta se não ele iria terminar (09min51seg); vizinho ouviu alguém pedindo socorro (11min01seg); o vizinho viu o autor parado na frente do meu corpo e, em seguida, o acusado saiu correndo (11min12seg); ele queria me matar (12min17seg) (Ofendida - Plenário - CD-R de f. 435).

Constata-se que a descrição oferecida pela vítima é dotada de muita verossimilhança, e está em harmonia com a prova testemunhal coletada, sendo importante mencionar que a irmã da ofendida que, quando inquirida na fase judicial (depoimento gravado no disco digital de f. 151), confirma que a ofendida recebeu mensagem do ex-marido para realizarem um piquenique (03min41seg); ele disse que ia entregar um celular para sua ex-companheira (04min08seg); e, que percebeu que havia algo de errado, pois sua irmã começou a demorar (04min41seg), o que ensejou a busca de seu paradeiro por familiares, quando, então, eles foram informados de tudo o que havia acontecido com a vítima.

Importante salientar, ainda, que o comportamento do agente externa vontade finalisticamente dirigida à consecução de crime contra a vida, pois ele chegou a externar para filha do casal que algo

aconteceria com a mãe dela, antes mesmo de se encontrar com a vítima, alegando que um "*dragão tinha pegado a mamãe e a deixado no chão, e que ela não iria mais voltar*" (Testemunha MCTR - f. 151 - 08min00seg), de tal sorte que a intenção de matar, a meu sentir, resta devidamente comprovada no processo.

Aliás, conforme salientado, o intento mais gravoso somente não se concretizou em virtude da diligente ação da ofendida, que conseguiu impedir que os golpes de faca atingissem órgãos vitais, e fingiu estar morta, fazendo com que o agente acreditasse que havia consumado seu desiderato.

Não se olvide de que morador que reside próximo ao indicado terreno escutou os gritos de socorro da ofendida, conforme por ela relatado, e conseguiu socorrê-la rapidamente, o que também contribuiu para minorar os efeitos da conduta do agente.

Além disso, valeu-se o acusado de expediente vil, ligado à dissimulação, colhendo a vítima de surpresa, pois alegou que estava de posse de um aparelho celular para presenteá-la, atraindo-a até local próprio à execução de suas intenções, sob a alegação de que ali iria realizar um piquenique, já imbuído do ânimo de matar, cuidando-se de situação fática que dá azo ao reconhecimento da circunstância qualificadora respectiva.

Verifico, ademais, que o intuito do réu teve origem em equivocado entendimento acerca de supremacia do gênero masculino sobre a mulher, pois não aceitava o rompimento de seu relacionamento ("*seu eu não fosse dele, não seria de mais ninguém*" - ofendida - 03min00seg - CD-R de f. 435), de tal sorte que o caso efetivamente se amolda à hipótese de feminicídio.

Não há reparos a serem feitos, então, no que tange à capitulação típica conferida ao crime contra a vida, pois a conduta subsume-se ao previsto no art. 121, § 2.º, IV e VI e § 2.º-A, I, c.c. o art. 14, II, do Código Penal, o que me leva a confirmar, nesta instância, o veredicto popular.

Sobre o tema, confiram-se este aresto:

> Apelação criminal. Homicídio triplamente qualificado tentado. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Cassação. Desclassificação para lesão corporal. Decote das qualificadoras. Inviabilidade. Diminuição pela tentativa na fração máxima. Impossibilidade. - Verificado que a decisão do Tribunal do Júri se pautou nas provas dos autos, reconhecendo autoria e materialidade, presença do animus necandi e configuração das qualificadoras, não há que se falar em cassação. - Impossível a redução no grau máximo em relação à tentativa de homicídio, considerando o *iter criminis* percorrido, que muito se aproximou da consumação (TJMG, Apelação Criminal nº 1.0433.18.002754-5/001. Rel. Des. Dirceu Walace Baroni, 8.ª Câmara Criminal, j. em 06.08.2020, p. em 10.08.2020).

Lado outro, ainda que o acusado tenha alegado que trancou seu apartamento, no intuito de assegurar que a filha do casal permanecesse em segurança, extrai-se dos autos que a menina, que contava com apenas três anos de idade à época dos fatos (cópia da Certidão de Nascimento à f. 06 do apenso 01), foi efetivamente abandonada no interior daquele imóvel, tratando-se de pessoa incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono.

Os depoimentos colhidos nos autos são no sentido de que a criança permaneceu de três a quatro horas sozinha no interior do apartamento, pois quando acordou seu pai (o acusado) havia saído e a deixado sem qualquer auxílio, quando, então, a menor passou a gritar.

A menina efetivamente ficou desamparada, relegada à sua própria sorte e não tinha condições de se defender, em razão de sua tenra idade, sendo necessário responsabilizar a pessoa encarregada de protegê-la, e que simplesmente a trancou no interior de um imóvel e ali a deixou na escuridão, em razão do anoitecer.

No que tange ao crime de abandono de incapaz, entendo relevante apresentar estes excertos do processo: a) *"ela dormiu; estava sozinha no escuro"* (Ofendida - 10min42seg - CD-R de f. 141); b) *"o pai do autor falou que encontrou a menor trancada no apartamento"* (Policial Militar RHMR - 01min24seg - CD-R de f. 151); c) *"a menina tava presa lá por três horas; tudo fechado; janela fechada"* (Testemunha MCTR - 06min48seg - CD-R de f. 151).

Por se tratar de crime instantâneo, que se consuma com mera conduta de deixar em desemparo o menor incapaz de defender-se dos riscos do abandono, o reconhecimento do delito conexo não enseja reparos, como se pontua neste julgamento:

> Caracteriza o delito de abandono de incapaz a conduta de abandonar pessoa que está sob o seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono. Ao abandonar menores dentro de uma residência, sem a companhia de um adulto capaz, o agente aceitou o risco (dolo eventual) do perigo concreto para a incolumidade dos abandonados, sendo indiferente o tempo em que se ausentar do local. Para a configuração do delito do art. 133 do CP, não há exigência de qualquer especial fim de agir. Basta a mera intenção de abandonar, ainda que temporariamente, pessoa que está sob seu cuidado ou proteção (TJMG, APCR nº 0182923-10.2007.8.13.0390, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, DJEMG de 07.05.2010 *in* GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019, p. 452).

Sob outro enfoque, constato que a sanção básica foi devidamente fundamentada (f. 447/-v. e 448), apresentando o culto Magistrado elementos concretos do processo, a amparar o aumento conferido à reprimenda fixada ao crime de homicídio qualificado tentado, enquanto a punição pelo delito de abandono de incapaz foi estabelecida no menor patamar previsto em lei, se considerada a circunstância de que o autor é ascendente da criança.

Destarte, as declarações prestadas elucidam que o delito contra a vida foi significativamente premeditado, uma vez que o acusado externou seu intento à criança que estava sob seus cuidados, quando a deixou só no apartamento, antes mesmo de tentar matar sua ex-companheira, dizendo que ele e a vítima não mais iriam voltar, pois *"um bicho papão muito mal ia pegar a mamãe"* (ofendida - 17min51seg - CD-R de f. 435).

Além disso, a vítima sofreu lesões contundentes em uma das mãos, aquela utilizada para bloquear os golpes de faca, ferimentos atestados pericialmente (f. 188), e que a incapacitaram para o exercício de atividades laborais por considerável tempo *("voltei a trabalhar três meses depois"* - 24min-

17seg - CD-R de f. 435), passando por cirurgias e apresentando limitações, no que tange à movimentação regular *("não consigo pegar peso, pois dói muito"* - 24min33seg - CD-R de f. 435), com deformidade permanente.

Sendo duas as circunstâncias qualificadoras, possível que uma delas seja empregada para o reconhecimento do crime mais gravoso (qualificado), enquanto o vetor sobejamente presta-se a exasperar a sanção básica, tal como operado no primeiro grau de jurisdição *("o fato da vítima não querer reatar o relacionamento não justifica a prática delituosa"* - hipótese de feminicídio).

Mantenho, então, a pena-base relativa ao crime contra a vida, não sendo o caso de reconhecimento, a meu sentir, da atenuante da confissão espontânea, uma vez que o acusado negou a intenção de matar; alegou que a ofendida se feriu acidentalmente, no que tange à arma branca; rechaçou ter sufocado sua ex-companheira; sustentou que saiu do local espontaneamente e não em razão da aproximação de pessoas; refutou a imputação de ter mentido para atrair a ofendida ao lugar dos fatos; e alegou que, ao trancar o apartamento, manteve sua filha em segurança.

Desse modo, tamanho esforço em desvencilhar-se das imputações afasta, a meu sentir, a espontaneidade exigida ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois até mesmo circunstâncias elementares do caso, devidamente comprovadas nos autos, foram negadas pelo acusado.

Quanto à proporção relativa à redução da pena pela tentativa, creio que assiste razão ao il. Promotor de Justiça, uma vez que o caminho percorrido pelo agente, no que tange à busca pela concretização da conduta, é significativo, atingindo ao menos a média dos atos exigidos para tanto.

Com efeito, o agente premeditou a conduta, elaborou argumento dissimulador para atrair a vítima, levando-a até local de menor movimento de pessoas e aplicou golpes contundentes de violência, comportamento que revela *iter criminis* considerável, e dá azo à incidência de menor redução pela tentativa.

Reitero que o ânimo de matar, segundo relatos, só não se consumou em virtude da reação da ofendida, que se defendeu dos golpes de faca e fingiu estar morta, bem como em razão da aproximação de populares que residem nas proximidades, vetores que ensejam, a meu sentir, adoção de fração intermediária (um meio) de redução da pena relativa ao crime contra a vida.

Passo, então, a reestruturar a sanção aplicada, nestes termos:

> I) Delito de Homicídio Qualificado Tentado: na primeira fase da dosimetria penal, reitero a sanção de quinze anos de reclusão; na segunda fase, não incidem atenuantes ou agravantes; na terceira fase, em virtude da tentativa (não há causas de aumento), reduzo a reprimenda à metade, e a concretizo, para o crime contra a vida, em sete anos e seis meses de reclusão;
>
> II) Delito de Abandono de Incapaz: mantenho a punição de oito meses de detenção;
>
> III) Concurso Material de Infrações (art. 69, CP): somadas as punições, resta o acusado condenado a sete anos e seis meses de reclusão, mais oito meses de detenção.

A natureza da infração penal de abandono de incapaz, e o tempo transcorrido desde a prisão em flagrante do acusado (o réu foi preso preventivamente em 18.07.2019 - f. 70), autorizam a confir-

mação do regime prisional semiaberto, não havendo falar em substituição da sanção corporal, por medidas restritivas de direitos, ou concessão do *sursis*.

Por outro lado, verifico que houve pedido expresso do Ministério Público quanto à fixação de valor mínimo a título de indenização para a vítima, quando dos debates em plenário (f. 445, primeiro parágrafo), ocasião em que a questão foi submetida ao contraditório, cuidando-se de efeito legal da condenação criminal (art. 387, IV, CPP).

Constato, igualmente, que foi fixado valor bastante razoável, pois a quantia de cinco mil reais, considerando as limitações causadas à ofendida, bem como o sofrimento por ela passado ao realizar as cirurgias de correção dos ferimentos da mão, não se apresenta exorbitante ou abusiva.

Uma vez que se trata de medida de natureza penal, exige-se esforço do condenado em sua observação e não basta a alegação de que o agente é hipossuficiente ou encontra-se desempregado, para que o valor seja decotado da sentença condenatória.

Do mesmo modo, ratifico a medida protetiva eleita em favor da ofendida, que, salutarmente, obsta a aproximação de seu ex-companheiro (f. 448/-v., último parágrafo), restrição usual em casos desta natureza, que envolve violência doméstica.

Ainda, ao atentar dolosamente contra a vida de outrem igualmente titular do poder familiar previsto em lei, e sancionado com pena reclusão, o condenado se sujeita à perda do exercício de referido poder, consequência devidamente fundamentada na sentença hostilizada (f. 449) e que encontra respaldo em normas jurídicas de conteúdo cogente (art. 92, II, Código Penal e art. 1.638, parágrafo único, I, a, Código Civil).

Considerando que o condenado respondeu ao processo na prisão, e subsistem os motivos determinantes de sua custódia cautelar, agora também em proveito da aplicação da lei penal, hei por bem denegar-lhe o direito de recorrer deste julgamento em liberdade, amparada pelo previsto no art. 312 c.c. o art. 313, do Código de Processo Penal.

Fiel a essas considerações, rejeito a preliminar para, no mérito, negar provimento ao segundo recurso (Defesa) e dar provimento ao primeiro (Ministério Público), restando concretizada a punição do condenado ACFP em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 8 (oito) meses de detenção, em regime prisional semiaberto.

Guia de Execução Provisória já expedida (f. 485). Custas, pelo condenado (art. 804, CPP).

Votaram de acorodo com a Relatora os DESEMBARGADORES NELSON MISSIAS DE MORAIS E MATHEUS CHAVES JARDIM.

Súmula - REJEITARAM A QUESTÃO PRELIMINAR; NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO (DEFESA); E DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO (ACUSAÇÃO).

Apelação criminal - Homicídio culposo no trânsito - Recurso ministerial - Absolvição em primeira instância - Ausência de suporte fático probatório para comprovar a culpa do acusado - Absolvição que se impõe.

- A caracterização do crime culposo depende da inobservância de um dever de cuidado objetivo e da previsibilidade objetiva do resultado, sendo certo que, se o fato escapar totalmente à previsibilidade do agente, o resultado não lhe poderá ser atribuído. Inexistindo nos autos provas concretas de que o agente tenha agido com culpa e dado causa ao acidente que ocasionou a morte da vítima, a manutenção da absolvição é medida que se impõe, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*.

Apelação Criminal nº 1.0471.12.015262-7/001 - Comarca de Pará de Minas - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: F.O.R.- 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 negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2021. - *Anacleto Rodrigues*. – Relator.

Voto

DES. ANACLETO RODRIGUES - Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, visando à reforma da r. sentença de f. 165/167-v, que julgou improcedente a denúncia e absolveu o acusado F.O.R. da imputação de prática do crime previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, nos termos do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (f. 171/173), o Ministério Público do Estado de Minas Gerais sustenta a suficiência de provas aptas a embasar o decreto condenatório.

Registra que o acusado, em depoimento prestado sob o crivo do contraditório, confirmou a prática delitiva.

Destacou os esclarecimentos prestados pela testemunha presencial e a conclusão do laudo pericial, no sentido de ser o acusado responsável pelo acidente automobilístico.

Ao final, requer o provimento do recurso, a fim de "condenar o réu F. pela prática do crime do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro."

Contrarrazões às f. 174/178, pugnando pelo não provimento do recurso ministerial. Requer a isenção do pagamento das custas processuais.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer de f. 193/196-v, opinou pelo não provimento do recurso. É o Relatório.

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos e as condições de sua admissibilidade.

Não suscitadas preliminares ou inexistentes nulidades que possam ser decretadas de ofício, passo ao exame do mérito.

A peça acusatória restou apresentada nos seguintes termos:

> [...] Consta dos autos que, no dia 19.09.2011, por volta das 11h, na estrada vicinal de acesso à Cerâmica Centro- Oeste, no bairro Progresso - Igaratinga, nesta comarca, o denunciado conduzia o caminhão Mercedes Benz L1620, placa HMV 6379, quando deu causa a acidente de trânsito, que vitimou C.C.C.
>
> O adolescente C. trafegava na motocicleta Honda Fan, placa HBE9979, tendo como passageiro S.M.R., quando se deparou com o caminhão do denunciado que, de forma abrupta, sem observar o fluxo de veículo naquela via, iniciou manobra de marcha ré, chocando-se contra a motocicleta da vítima, jogando-a ao solo, causando nela os ferimentos que foram a causa eficiente de sua morte (ACD de f. 90/91).
>
> O passageiro S.M. conseguiu pular da motocicleta a tempo, não sofrendo nenhuma lesão. Diante de todo o exposto, denuncio o(s) autor(es) supracitado(s), como incurso(s) no art. 302, do CTB.

A materialidade do delito restou comprovada através do Boletim de Ocorrência (f. 03/07 e 08/14), da certidão de óbito (f. 65), do laudo pericial (f. 69/89) e do relatório de necropsia (f. 90/91).

Em relação à autoria delitiva, a despeito da irresignação ministerial, não se pode afirmar com a necessária certeza que tenha o Recorrido agido com a apontada culpa.

Nos termos do inciso II do art. 18 do Código Penal, diz-se o crime culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Sobre o crime culposo, são os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete: "Conduta humana voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado" (MIRABETE, Julio Fabbrini. In Manual de Direito Penal. 16 ed., 2000, p. 138).

Veja-se, outrossim, a lição de Rogério Greco sobre o tema:

> A conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal (GRECO, Rogério. In Curso de Direito Penal, Parte Geral. 19 ed., 2017, p. 302).

Registra-se que a caracterização do crime culposo depende da inobservância de um dever de cuidado objetivo e da previsibilidade objetiva do resultado, sendo certo que, se o fato escapar totalmente à previsibilidade do agente, o resultado não lhe poderá ser atribuído.

Por sua vez, a ação imprudente consiste em uma conduta positiva praticada pelo agente sem a devida ponderação, de forma perigosa, precipitada.

Sobre os fatos em apuração, o apelado relatou, em sede inquisitorial, que trafegava em uma estrada vicinal de acesso a um estabelecimento empresarial, quando teria efetuado uma manobra de marcha à ré no veículo automotor por ele conduzido. Destacou não ter verificado a presença da motocicleta conduzida pela vítima na via. Pontuou ter sido alertado por S.M.R. e para interromper a manobra, ocasião em que constatou a vítima caída ao solo. Observe-se:

> [...] QUE o depoente na época dos fatos era funcionário da Cerâmica Catedral; QUE no dia 19.09 do ano findo o depoente estava carregado de argila e ao tentar entrar na cerâmica Centro Oeste o mesmo teve que dar ré no caminhão para descarregar o barro; Em ato continuo o depoente explica que não presenciou nenhuma motocicleta atrás de seu caminhão, porém alega que C. colidiu no meio do para-choque traseiro de seu caminhão; O depoente disse que escutou somente M. gritando para o mesmo parar o caminhão, que nesta hora ao olhar para o retrovisor viu uma motocicleta caída; QUE imediatamente desceu do caminhão e foi olhar o que teria acontecido, momento em que viu C. caído ao solo; QUE o depoente nesta hora acionou a ambulância e em seguida a Polícia Militar (f. 26).

Ouvido em juízo (f. 131), o acusado confirmou os esclarecimentos prestados em sede inquisitorial, notadamente o fato de ter sido surpreendido com a presença da motocicleta conduzida pela vítima atrás de seu veículo. Acrescentou que os vidros de seu veículo automotor encontravam-se fechados, assim como o fato de que outros veículos teriam efetuado a manobra de ultrapassagem pela via lateral. Destacou a regularidade dos sinais sonoros e das luzes de marcha à ré de seu veículo. Registrou que a vítima não possuía habilitação.

A testemunha presencial S.M.R., em depoimento prestado em sede administrativa, esclareceu que se encontrava na garupa da motocicleta conduzida pela vítima. Pontuou que a vítima parou a motocicleta atrás do caminhão enquanto este realizava a manobra de ré. Destacou que, ao perceber que o caminhão não os visualizou, desceu da garupa da motocicleta e alertou o condutor sobre o acidente automobilístico.

> [...] QUE o depoente era amigo de C.C.C.; O depoente trabalhava na Cerâmica Centro Oeste Ltda. o qual exercia o oficio de serviços gerais, juntamente com C.; QUE no dia 19.09 do ano findo o depoente juntamente com C. estava saindo para almoçar, quando C. parou atrás de um caminhão que estava dentro da cerâmica andando de ré; QUE nesta hora o depoente viu que caminhão não ia parar, momento em que pulou da motocicleta, e foi até o motorista do caminhão de nome F. pedindo-o para parar o caminhão; QUE na hora que retornou até C. o mesmo já se encontrava do lado do caminhão deitado e sangrando; QUE imediatamente o depoente pediu socorro pessoas que estavam na respectiva cerâmica; QUE pessoas que estavam no local socorreram, porém apos um tempo o depoente ficou sabendo que C. veio a falecer (f. 24).

As testemunhas D.A.A. e L.J.C.S. não presenciaram o acidente automobilístico.

É válido destacar que o acusado pontuou, em todas as oportunidades em que restou ouvido - em sede inquisitorial e em juízo -, a dinâmica do acidente automobilístico, ressaltando ter sido surpreendido com a presença da motocicleta atrás de seu veículo.

Necessário registrar que o apelado já havia iniciado a manobra de ré no momento em que a vítima se posicionou atrás de veículo automotor, fato este registrado pelo próprio acusado e pela testemunha presencial S.M.R.

Não se pode desconsiderar, outrossim, que a vítima não possuía habilitação para dirigir veículos automotores, o que, a despeito de não autorizar por si só a conclusão de sua imperícia, corrobora a versão do acusado, no sentido de que estava ela trafegando sem o necessário dever de cuidado.

A inabilitação da vítima, aliada à sua tenra idade, se não concluir, permite presumir que, caso tivesse uma maior expertise na condução da motocicleta, poderia ter evitado o sinistro ou ao menos minorado os danos, mormente considerando que uma manobra de ré em um caminhão carregado é normalmente realizada em uma velocidade baixa.

Por sua vez, o acusado era regularmente habilitado e, portanto, possuía condições de conduzir veículo automotor. Não se desconhece a conclusão do laudo pericial no sentido de que

> o responsável pelo acidente em pauta foi o condutor do caminhão N1), o qual efetuou uma manobra de exceção (marcha à ré) pela estrada supracitada, sem o auxilio de um manobrista, o que seria necessário em razão da dimensão do caminhão e das características físicas da via, bem como da visibilidade restrita do condutor, o que gerava um risco potencial de acidente que veio a efetuar-se (f. 88)

Contudo, não se pode desconsiderar que a via em que ocorreu o acidente é estreita, sem acostamento, com a presença de vegetação e piso em declive em suas laterais, o que dificulta as condições de visibilidade do condutor. Infere-se do laudo pericial que a motocicleta colidiu exatamente no meio do para-choque do veículo automotor conduzido pelo apelado, o que, de igual modo, autoriza concluir que o recorrido restou impossibilitado de visualizar a presença da vítima.

Assim, a versão apresentada pelo réu é coerente, mormente considerando, repita-se, que ele se encontrava realizando a manobra quando a vítima posicionou-se atrás do caminhão, em ponto de difícil visualização.

Demais disso, não há nos autos elemento outro hábil a demonstrar que recorrido tenha deixado de adotar as cautelas necessárias na direção do veículo, como, por exemplo, o eventual excesso de velocidade ou a realização de manobra sem a cautela devida.

Nessa toada, não há como apontar, com a certeza necessária para um decreto condenatório, a inobservância de um dever de cuidado objetivo pelo recorrido, necessária para a configuração do crime culposo.

Em outras palavras, para configuração do delito de homicídio culposo, é necessário que a culpa do agente esteja indubitavelmente comprovada, não havendo dúvidas de que ele agiu com negligência, imprudência ou imperícia, o que, a meu ver, não é o caso dos autos.

Como bem pontuado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça,

> observado o conjunto probatório coligido aos autos, não restou suficientemente demonstrada a previsibilidade do evento lesivo por Fabrício. Reforço que, a culpa, no âmbito penal, não pode ser presumida, necessitando ser devidamente comprovada a imprudência, a negligência ou a imperícia, daquele a quem se imputa a prática do delito." (f. 195)

E, não havendo certeza quanto aos fatos discutidos em juízo, necessária a manutenção da absolvição do acusado, em observância ao princípio do *in dubio pro reo*.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Renato Brasileiro:

> [...] O *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem que favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Enfim, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade jurídica ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o *non liquet*.

Outro não é o entendimento deste eg. TJMG:

> Apelação criminal. Crime de trânsito. Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Absolvição. Necessidade. Ausência de prova. Princípio do *in dubio pro reo*. - Conforme o princípio *in dubio pro reo*, a dúvida deve ser resolvida em favor do imputado. Assim, deve ser absolvido o acusado quando a prova dos autos não demonstrar que ele agiu com culpa (negligência, imprudência ou imperícia) no sinistro que causou a morte da vítima (TJMG; Apelação Criminal 1.0132.06.002502-1/001; Rel.: Des. Flávio Leite; 1ª Câmara Criminal; DJe: 20.03.2019).
>
> Apelação criminal. Crime de trânsito. Homicídio culposo. Absolvição. Imperatividade. Descumprimento do dever de cuidado. Culpa do agente não demonstrada. Ausência de prova do nexo causal entre a conduta profissional e o resultado. - A absolvição é medida que se impõe se o acervo probatório afasta a responsabilidade penal do agente pelo evento danoso, demonstrando que ele não faltou com o dever de cuidado necessário na condução do veículo automotor. - São elementos do tipo culposo não somente a conduta humana - comissiva ou omissiva - e a não observância de um dever de cuidado, mas também a tipicidade, o resultado lesivo não desejado e nem mesmo assumido pelo agente, a previsibilidade objetiva deste resultado e o nexo de causalidade entre a conduta perpetrada e o resultado lesivo produzido. - Na ausência de quaisquer destes elementos, a absolvição do agente é medida que se impõe (TJMG; Apelação Criminal 1.0414.12.000723-5/001; Rel.: Des. Júlio Cezar Gutierrez; 1ª Câmara Criminal; DJe: 27.02.2019).

Por fim, em relação ao pedido de isenção do pagamento das custas processuais formulado pelo recorrido, nos termos do art. 10, inciso II e VII, da Lei nº 14.939/03, convém registrar que, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002, o Órgão Especial deste eg. TJMG declarou a inconstitucionalidade da referida lei. Confira-se:

> Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade. Isenção de custas processuais aos beneficiários da assistência judiciária gratuita. Art. 10, inc. II, da Lei Estadual nº. 14.939/2003. Existência de vício formal. Iniciativa exclusiva do poder judiciário. - A nova ordem constitucional assegurou a autonomia financeira do Poder Judiciário, cuja dotação passou a incluir a receita integral das custas e emolumentos para custeio e prestação dos serviços judiciários. Assim, não cabe ao Estado isentar o pagamento de custas judiciais, pois a regra é que a entidade política que detém competência para exigir o tributo é que pode conceder a sua isenção. A Lei Estadual que dispõe sobre isenção de custas usurpa matéria legislativa de competência exclusiva do Tribunal de Justiça, ferindo a autonomia outorgada pela própria Constituição e, dessa forma, incorre em vício formal de iniciativa. V.V.: Não se reconhece, à vista da Lei Federal 1.060/50, que suspende a exigibilidade do pagamento de custas processuais, inconstitucionalidade em lei estadual que concede isenção de custas a quem litiga em Juízo sob o pálio da gratuidade judiciária ou a que comprova incapacidade financeira, porque o Estado não está restringindo o alcance da lei federal, mas apenas exercitando competência concorrente para legislar sobre matéria tributária (TJMG - Arg Inconstitucionalidade 1.0647.08.088304-2/002, Relator: Des. Moreira Diniz, Relator para o acórdão: Des. Paulo Cézar Dias, Órgão Especial, j. em 21.09.2015, p. em 23.10.2015).

Registra-se, mais, que o pagamento das custas processuais é efeito da condenação, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal.

Assim, não prevalecendo o presente entendimento, é na fase de execução que a sua alegada miserabilidade jurídica deverá ser examinada, a fim de se conceder ou não a gratuidade judiciária, observando-se o disposto no art. 98 e seguintes do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. sentença. Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Maurício Pinto Ferreira e Henrique Abi-Ackel Torres.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Agravo em execução - Fração para progressão de regime - Reeducanda primária e mãe de criança - Art. 112, § 3º, da LEP - Requisitos preenchidos - Inconformismo ministerial- Ausência de comprovação da imprescindibilidade dos cuidados maternos - Requisito não previsto em lei – Decisão mantida - Recurso desprovido.

- Conforme prevê o art. 112, § 3º, da LEP, a fração de progressão de regime no caso de mulher que for mãe de crianças, não tiver cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa, crime contra seu filho ou dependente, for primária, tiver bom comportamento carcerário e não integrar organização criminosa, é de 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior.

- O art. 112, § 3º, da LEP não prevê como requisito à concessão da fração de 1/8 (um oitavo) para a progressão de regime, a imprescindibilidade da figura materna aos cuidados da criança, não sendo, portanto, possível exigir a comprovação de tal fato.

- Restando comprovado que a reeducanda possui filhos menores de idade, sendo um deles criança, correta se mostrou a r. decisão que alterou sua fração para progressão de regime para 1/8 (um oitavo).

- Recurso desprovido.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0000.20.028474-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: L.M.D. Relator: DES. EDUARDO BRUM.

Acórdão

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

Belo Horizonte, 16 de dezembro de 2020. - Eduardo Brum - Relator.

Voto

DES. EDUARDO BRUM - Trata-se de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, em face da r. decisão proferida pelo douto Juiz de Direito da Vara de Execução Penal da Comarca de Belo Horizonte (f. 03/03-v.), que deferiu o pedido defensivo de inclusão da fração de 1/8 (um oitavo) para progressão de regime da reeducanda L.M.D., com fulcro no art. 112, § 3º, da Lei de Execuções Penais.

Em suas razões de f. 05/06, o il. Promotor de Justiça sustenta que a r. decisão combatida determinou a aplicação da fração de 1/8 (um oitavo) de cumprimento das penas para fins de progressão de regime carcerário da condenada, uma vez que é mãe de criança. Afirma, todavia, que, "para se ter direito ao benefício da antecipação da progressão de regime, a sentenciada deve comprovar que ela é pessoa indispensável aos cuidados do filho menor e, ainda, que parentes próximos não possam assumir a responsabilidade para com a criança", o que, a seu ver, não teria sido comprovado no presente caso. Requer, portanto, o provimento do recurso "com a cassação da decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Penais, que determinou a retificação do atestado de penas para constar a fração de 1/8 (um oitavo) para a progressão de regime".

O agravo foi contrariado pela combativa defesa (f.08/13-v.), tendo sido a r. decisão mantida no juízo de retratação/sustentação (f. 02-v).

Em seu parecer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso (f. 38/41).

Conheço do inconformismo, presentes os pressupostos de admissibilidade.

E, após detida análise do feito, entendo que a decisão deve ser mantida. Extrai-se dos autos que o douto Juiz da Vara de Execução Penal da Comarca de Belo Horizonte, apreciando o pedido feito pela combativa defesa e amparado por certidão de nascimento da criança, deferiu a modificação da fração de progressão de regime para 1/8 (um oitavo), com base no art. 112, § 3º, da LEP. Vejamos o dispositivo legal respectivo:

> 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: (Redação dada pela Lei nº 13.964 de 2019)
>
> [...]
>
> V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;
>
> [...]
>
> § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> § 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.
>
> § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)
>
> I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
>
> II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
>
> III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

> IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
>
> V - não ter integrado organização criminosa".

Neste aspecto, cumpre esclarecer que o legislador não fez qualquer exigência, a priori, quanto à necessidade de comprovação da imprescindibilidade da genitora para os cuidados com a criança.

Assim, a meu ver, com a devida vênia ao *Parquet*, não cabe ao julgador condicionar a concessão do benefício a requisito não previsto em lei.

A propósito, *mutatis mutandis*, já se decidiu neste egrégio Tribunal de Justiça. Observe-se:

> Embargos infringentes. Agravo em execução. Progressão de regime. Artigo 112, § 3º, da Lei de Execução Penal. Preechimento dos requisitos legais. Voto vencido. Resgate. Necessidade. O art. 112 da Lei de Execução Penal permite a progressão de regime no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça; que não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente; que tenha cumprido ao menos um oitavo da pena no regime anterior; que seja primária e tenha bom comportamento carcerário; e que não integre organização criminosa (requisitos cumulativos). Sendo assim, se forem preenchidos estes requisitos, torna-se imperiosa a concessão do benefício. Não cabe ao julgador condicionar a concessão do benefício a requisitos não estabelecidos na lei. V.v.: Para o deferimento do benefício da progressão devem existir dados mais seguros acerca do requisito subjetivo e objetivo. No caso em tela, não restam dúvidas que a concessão da progressão de regime em favor da apenada pelos critérios mais brandos não pode prosperar, eis que a sentenciada foi condenada pelo crime de tráfico de drogas, onde seus filhos foram diretamente expostos aos riscos de sua atividade ilícita, não satisfazendo, portanto, o requisito previsto no art. 112, § 3º, inciso II, da LEP, com a redação da Lei nº 13.769/18 (TJMG - Emb Infring e de Nulidade 1.0000.19.083086-9/001, Rel. Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 09.06.2020, p. da súmula em 19.06.2020).

A reeducanda L.M.D. foi condenada e cumpre pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, sendo primária.

Assim, se não tivesse sido beneficiada com a modificação da fração de progressão por ser mãe de criança, de acordo com o art. 112, V, da LEP, seria necessário o cumprimento de 40% (quarenta por cento) da pena, pois condenada pela prática de crime hediondo e é primária.

Todavia, verifica-se que L., de fato, preenche os requisitos previstos no art. 112, § 3º, da LEP, para ser beneficiada com a fração de 1/8 (um oitavo) para a progressão de regime, tal qual deferido pelo douto Juiz *a quo*, eis que é mãe responsável por uma criança de 09 (nove) anos de idade, além de um adolescente de 14 (quatorze) anos de idade (certidões de nascimento de f. 33 e 33-v).

Portanto, entendo que a LEP, com a modificação trazida pela Lei nº 13.769/2018, passou a prever a possibilidade de conceder a progressão de regime, após 1/8 (um oitavo) de cumprimento de pena, às reeducandas que sejam responsáveis por filhos crianças (além de não ter cometido crime com violência ou grave ameaça, nem contra seu filho/dependente, ser primária e com bom comporta-

mento carcerário, além de não integrar organização criminosa), não havendo, a meu ver, a exigência legal de se comprovar a imprescindibilidade aos cuidados do menor, tamanha a importância da figura materna na criação de sua prole.

Ademais, ainda que assim não fosse, consta no relatório escolar de f. 35, que "no ano de 2018, a família foi representada com mais frequência pela mãe, que sempre que foi solicitada, compareceu e cumpriu sua função", sendo que, em 2019, após a prisão da ora recorrida, a avó da criança se fez presente na escola, porém, "com limitações", atendendo apenas "algumas das convocações".

Portanto, nota-se, *in casu*, que, na ausência da mãe, a avó da criança não atendeu a todas as convocações da escola, não suprindo, assim, com eficácia, a figura de responsável pelo menor.

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso ministerial, mantendo a r. decisão combatida.

Custas ex lege.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Júlio Cezar Guttierrez e Doorgal Borges De Andrada.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Mandado de segurança criminal - Restituição de veículo apreendido independente do pagamento de taxas - Possibilidade.

- Se evidenciado que o veículo apreendido não interessava mais ao processo, tanto que fora determinada a sua restituição, as taxas de estadia e remoção do veículo apreendido não podem ser de responsabilidade do impetrado. Isso, porque, se a medida de restituição foi deferida, restou clara a ilegitimidade da apreensão, pelo que é ilegal impor ao proprietário o dever de ressarcir despesas a que o próprio Estado deu causa.

MANDADO DE SEGURANÇA - CR Nº 1.0000.21.029462-5/000 - Comarca de Pitangui - Impetrante: Socorro Moraes Ltda. Me (Microempresa) - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude de Pitangui - 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 DENEGAR A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 20 de abril de 2021. - *Paulo Cézar Dias* - Relator.

Voto

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Trata-se de mandado de segurança criminal, com pedido liminar, interposto por Socorro Morais Ltda. - ME, em face de ato praticado pela MMª. Juiza de Direito da 1ª Vara Cível/Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Pitangui/MG.

Alega, o impetrante, que a cobrança das taxas, multas, diárias e débitos decorrentes da apreensão do automóvel é legal, uma vez que são relativos a serviço público divisível, disponível e efetivamente utilizado, e foi proveniente de infração prevista no Código de Trânsito.

Ante o exposto, requer o deferimento do pedido para determinar a cobrança das taxas, multas, diárias e débitos decorrentes da apreensão do automóvel Renault/Logan, chassi 93YLSR7GHAJ335135, Renavan: 00169526011, placa: XXX-XXXX, ano: 2009/2010, cor branca, apreendido em 25.10.2020.

O provimento liminar foi indeferido por este Relator.

Prestadas as informações requisitadas, a d. Procuradoria-Geral de Justiça emitiu o parecer.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço da impetração.

Pois bem, após detida análise da questão vejo que razão não assiste ao impetrante, senão vejamos.

Conforme se infere dos autos, as taxas de estadia e remoção do veículo apreendido não podem ser de responsabilidade do impetrado, pois, como se extrai da decisão, restou evidenciada a propriedade do veículo apreendido, bem como que esse não interessava mais ao processo, tanto que foi determinada a sua restituição.

Verifica-se que o condutor do automóvel foi autuado pela autoridade policial pelos crimes previstos nos art. 303, 306 e 309, todos do CTB, sendo certo, portanto, que a apreensão do veículo se deu em razão da prática de crime apurado em inquérito policial (nº 0514.20.001172-4), o que afasta a cobrança das taxas, que recaem apenas quando a apreensão decorre de ato administrativo.

Com o deferimento da medida de restituição, ficou clara a ilegitimidade da apreensão, pelo que é ilegal impor ao proprietário o dever de ressarcir despesas que o próprio Estado deu causa.

Nesse sentido já decidiu este Eg. Tribunal de Justiça:

> Mandado de segurança. Processo penal. Veículo apreendido. Suposta utilização na prática de crime. Absolvição do réu. Liberação do veículo após pagamento de despesas administrativas. Aplicação do art. 6º da Lei nº 6.575/78. Restituição sem ônus. Violação a direito líquido e certo demonstrada. Segurança concedida. - A restituição de veículo apreendido mediante pagamento de multas, taxas e despesas com a remoção e estadia só se aplica aos casos de recolhimento do bem por infração de trânsito. - Conforme redação expressa do art. 6º da Lei nº 6.575/78 haverá isenção de tais despesas nos casos de apreensão determinada por ordem judicial ou que estejam à disposição da autoridade policial, sendo este o caso dos autos. - Ordem concedida (TJMG - Mandado de Segurança - Cr nº 1.0000.14.026982-0/000, Rel.ª Des.ª Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 24.06.2014, p. em 04.07.2014).
>
> Mandado de segurança criminal. Suposta prática dos crimes de homicídio culposo na direção de veículo automotor e de embriaguez ao volante. Restituição do veículo e da carteira nacional de habilitação. Indeferimento dos pedidos. Violação ao direito líquido e certo. Isenção do pagamento das taxas e dos encargos inerentes à apreensão do carro. Necessidade de concessão. É possível a restituição de coisas apreendidas que não mais interessem ao processo (art. 118 do Código de Processo Penal), desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante (art. 120 do CPP). Comprovado o preenchimento desses requisitos, e mostrando-se desproporcional a retenção dos bens apreendidos, é necessário determinar sua restituição. O pagamento das despesas com a remoção e a estadia do veículo apreendido só se aplica aos casos de recolhimento do bem por infração de trânsito, por isso não se justifica a referida cobrança na hipótese de apreensão pela autoridade policial ou judicial para a apuração de crimes (TJMG - Mandado de Segurança - Cr nº 1.0000.18.099220-8/000, Rel. Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 18.12.2018, p. em 24.01.2019).

Impende consignar, por fim, o disposto nos arts. 24 e 34 do Decreto Estadual nº 44.885/08:

> Art. 24. Pela execução da atividade de remoção e guarda, em depósito, de veículo automotor removido e apreendido por infração à legislação de trânsito de competência do DETRAN - MG, recolhido ao Pátio Automatizado e Informatizado, será cobrado preço a ser pago pelo proprietário-usuário, diretamente à credenciada e exclusivamente mediante depósito em sua conta corrente.

> § 1º O preço a ser praticado pela credenciada será fixado em resolução conjunta da chefia de Polícia Civil e da Secretaria de Estado de Fazenda, mediante proposta da chefia do DETRANMG.
>
> § 2º Observada a reserva prevista no art. 34 deste Decreto, não haverá incidência do preço em razão de veículo automotor recolhido em pátio à disposição de autoridade policial e judicial, sendo ao credenciado vedada qualquer cobrança que a este se refira, seja do Estado ou de seu proprietário.
>
> [...]
>
> Art. 34. O pátio credenciado deverá reservar 20% (vinte por cento) das vagas existentes para a remoção e guarda, em depósito, de veículos decorrentes das atividades de Polícia Judiciária.

Conclui-se, portanto, que o impetrado deve mesmo ser isentado do pagamento das taxas de estadia e remoção do veículo apreendido ou mantido apreendido por ordem judicial.

Assim, e por tudo mais que está nos autos, denego a segurança, garantindo a restituição do veículo automotor independente do pagamento das taxas de estadia e remoção.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION E MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - DENEGARAM A SEGURANÇA.

Apelação criminal - Fazer uso de papeis falsificados ou adulterados - Falsificação de documento público - Autoria e materialidade comprovadas - Depoimentos prestados em juízo por policiais - Validade - Desclassificação para falsidade ideológica - Descabimento- Agravante da calamidade pública em razão da pandemia da Covid-19 - Inaplicabilidade no caso.

- Os depoimentos prestados por policiais possuem validade como se quaisquer outras testemunhas fossem, sendo, ademais, profissionais preparados para informar os fatos de que participaram.

- O elemento subjetivo do tipo é o dolo, sendo que irrelevante ser a apresentação do falso espontânea ou requisitada, certo é que o réu fez uso do documento adulterado.

- Para o reconhecimento da agravante do art. 61, II, *j*, do Código Penal, é necessário que o agente tenha se valido da situação de calamidade pública para praticar o crime, o que não restou demonstrado no caso em tela.

V.v.: Redução da pena - Inviabilidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.20.033783-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: I.H.F.B. - 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, VENCIDO PARCIALMENTE O RELATOR.

Belo Horizonte, 22 de junho de 2021. - *Bruno Terra Dias* - Relator.

Voto

DES. BRUNO TERRA DIAS - Trata-se de recurso de apelação interposto por I.H.F.B., contra a r. sentença de f. 76/82, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente a denúncia e o condenou como incurso nas sanções dos arts. 297 e 304, ambos do Código Penal, às penas de 03 (três) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Narra a denúncia que:

> [...] No dia 10.05.2020, durante patrulhamento, policiais militares receberam informações no sentido de que um indivíduo, com mandado de prisão em aberto, estaria no interior de um veículo marca/modelo Citroën/C3, no Bairro Diamante.
>
> Ao realizarem as buscas, os policiais encontraram o referido veículo estacionado na via pública. Na sequência, os militares se aproximaram para abordar os ocupantes do automóvel, momento em que o denunciado desembarcou, atravessou a rua na intenção de se desvencilhar da ação, mas acabou abordado.
>
> Enquanto isso, outro indivíduo que estava na direção do veículo, saiu em alta velocidade na condução do carro, e foi perseguido por uma viatura policial. Em dado momento do encalço, os policiais perderam o automóvel de vista e somente o encontraram pouco depois já sem ninguém em seu interior.
>
> Durante a abordagem do denunciado, ele apresentou aos militares uma carteira de motorista falsa na qual constava o nome de M.A.F.S. e a sua fotografia (do denunciado).
>
> Contudo, já sabedores de que o autor poderia estar apresentando documento falso e de que se tratava de indivíduo envolvido com o tráfico ilícito de drogas, os policiais realizaram levantamentos e verificaram seu real nome, I.H.F.B., e que foi por ele confirmado. [...] (f. 01D/02D).

A denúncia foi recebida em 29.05.2020 (f .47) e o processo seguiu os seus trâmites regulares, culminando com a r. sentença de f. 76/82, registrada em 01.10.2020 (f. 83), sendo o réu intimado às f. 88/89.

Em suas razões recursais (f. 94/96-v), a defesa do réu requer a desclassificação para o delito de falsidade ideológica e a redução da pena aplicada.

O Ministério Público, em suas contrarrazões de f. 98/99-v. pleiteia o conhecimento e não provimento do recurso da defesa.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 105/112, opina pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas para que seja substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

É o breve relatório.

Decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Não foram arguidas preliminares, nem vislumbro alguma que deva ser reconhecida de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito recursal.

Requer a defesa a desclassificação dos delitos imputados ao réu para o delito de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal.

Alega que o crime praticado pelo apelante é o de falsidade ideológica, uma vez que restou comprovado que no documento utilizado por ele foram inseridas declarações falsas com o fim de alterar sua identidade.

Razão não lhe assiste.

A materialidade do delito está demonstrada pelos auto de prisão em flagrante delito (f. 03/05), boletim de ocorrência (f. 06/07-v), auto de apreensão (f. 08), relatório da autoridade policial (f. 43), bem como a prova oral colhida nos autos.

No tocante à autoria, também restou incontroversa em relação ao crime de falsificação de documento público, quer pela confissão do acusado nas ocasiões em que foi ouvido, quer pelos depoimentos das testemunhas.

O policial militar D.M., ouvido por vídeo conferência (link disponível no PJe mídias), audiência de f. 61, confirmou as declarações prestadas às f. 02/02-v; disse que receberam denúncia anônima de que havia um indivíduo em um carro com mandado de prisão em aberto; o réu tentou evadir mas foi detido pelos policiais; durante abordagem o réu apresentou uma CNH em nome de M. porém, quando foram conferir o *QR Code*, nada aparecia; a identificação foi feita através de idenificação fotográfica pelo sistema da Polícia Militar, sendo constatado que a pessoa abordada era I. e não M.; na delegacia foram informados que o mesmo I. foi apreendido em outras ocorrências tendo conseguido enganar até a Polícia Civil.

Cumpre ressaltar que a jurisprudência pátria é pacífica no sentido de considerar os depoimentos policiais como provas firmes, especialmente quando produzidas sob o crivo do contraditório. Assim é o entendimento do STF, que sustenta que, ao prestar depoimento, os policiais não podem ser considerados como impedidos ou como suspeitos pela simples condição de exercer a profissão de policial.

Importante esclarecer, ainda, que não há nos autos qualquer fato ou indício que levem a crer na existência de alguma parcialidade dos militares para com o réu, ora apelante.

Durante interrogatório (link disponível no PJe mídias), audiência de f. 61, o réu I.H.F.B. negou que apresentou o documento encontrado pelos policiais, disse que usava o documento porque precisava apresentar um documento em um emprego, pois não poderia ter seus antecedentes descobertos; era foragido da penitenciária.

O tipo penal previsto no art. 297 do CP configurou-se induvidosamente, vez que foi encontrada uma Carteira Nacional de Habilitação preenchida em posse do recorrente.

Neste sentido, já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

> Apelação criminal. Receptação (art. 180 do CP), falsificação de documento público (art. 297 do CP), desobediência (art. 330 do CP) e direção perigosa (art. 311 do CTB). Absolvição pelo delito de receptação. Descabimento. Autoria e materialidade comprovadas. Desconhecimento da origem ilícita do veículo. Não demonstração. Falsificação de documento público. Absolvição. Impossibilidade. Alegação de não ser o réu o autor da falsificação. Irrelevância. Fornecimento de fotografia para confecção do documento. Art. 311 do CTB. Direção perigosa. Absolvição. Inviabilidade. Provas suficientes de autoria e materialidade. Declarações de policiais. Credibilidade. Harmonia com o contexto probatório. Conduta do réu. Perigo de dano. Absolvição pelo crime de desobediência. Cabimento. Ausência de dolo. Caracterizada a infração administrativa prevista no art. 195 do CTB. Dosimetria. Redução da pena-base. Impossibilida-

de. Pena fixada em patamar correto e adequado à reprovação do ilícito. Recurso parcialmente provido. No delito de receptação, por se tratar o dolo de elemento puramente subjetivo, deve ser levado em conta os indícios e as circunstâncias em que os fatos aconteceram. Se os autos oferecem elementos de prova suficientes para se concluir que o acusado tinha ciência da origem criminosa do veículo, impõe-se a condenação pelo delito de receptação. Comete o crime de falsificação de documento público (art. 297 do CP) aquele que fornece fotografia sua para substituir a fotografia original em Carteira de Identidade, tendo participado ativamente da falsificação, sendo irrelevante a alegação de que não confeccionou efetivamente os documentos. Havendo provas constantes dos autos que demonstram, com segurança, a culpabilidade do recorrente, que dirigia veículo colocando em risco a segurança alheia, sua condenação se impõe. A conduta prevista no art. 311 do CTB é crime formal, que não exige resultado naturalístico, e de perigo abstrato, onde não se exige a prova do dano. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais, especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório, reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. Configura-se o delito de desobediência apenas nos casos em que não há dispositivos legais cominando medida repressiva de outra natureza. No caso em tela, verifica-se que a conduta do recorrente enquadra-se à infração administrativa prevista no art. 195 do CTB. Estando as reprimendas fixadas em patamar adequado e suficiente à reprovação do ilícito, com observância do critério trifásico determinado pelo art. 68 e da regra do art. 59 do CP, as mesmas deverão ser mantidas. Recurso parcialmente provido (TJMG - APR:10024180747909001 MG, Rel. Doorgal Borges de Andrada, j. em 05.06.2019, p. em 12.06.2019).

Penal. Roubo, formação de quadrilha, falsificação de documento público e receptação. Mérito. Formação de quadrilha. Associação permanente e estável para a prática de delitos. Demonstração a contento. Crime de roubo. Exclusão da majorante do emprego de arma. Descabimento. Revólver apreendido com um dos agentes. Potencialidade lesiva comprovada pela prova pericial. Crime de falsificação de documento público. Carteira de identidade. Fotografia. Aquisição de documento falso. Coautoria comprovada. Delito de receptação dolosa. Matéria fático-probatória. Conhecimento da origem ilícita da res. Demonstração por conjunto de indícios. Sentença mantida. É de se manter a condenação pelo delito de formação de quadrilha se presentes elementos suficientes que demonstrem a formação deliberada de uma entidade autônoma e estável, dotada de desígnios próprios e destinada à prática de crimes indeterminados. Descabido o pedido de exclusão da majorante do emprego de arma de fogo, por ausência de provas da potencialidade lesiva da arma, se houve a apreensão de um revólver com um dos autores, sendo o mesmo submetido à perícia e comprovado a sua eficiência. Ademais, a potencialidade lesiva da arma é qualidade que integra a própria natureza do artefato, bastando, para a sua caracterização, a prova testemunhal ou a palavra da vítima. Comete o crime de falsificação de documento público, na condição de coautor, aquele que adquire Carteira de Identidade falsa, fornecendo fotografia própria para aposição em documento de outrem. O conhecimento da origem ilícita da coisa no crime de receptação dolosa pode ser demonstrado por circunstâncias e indícios que ornamentam a prática criminosa (TJMG - APR:1002417070814001 MG, Rel. Júlio Cézar Gutierrez, j. em 13.03.2019, p. em 20.03.2019).

Importante salientar que o documento em questão (Carteira Nacional de Habilitação - CNH) é documento público, consubstanciando no que se refere o art. 297 do CP, sendo que, portanto, se amolda ao disposto no art. 304 do mesmo diploma legal, que dispõe:

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

Relevante esclarecer que no caso em questão a falsificação não se revela grosseira, mas constatada por perícia criminal, sendo que não há que se falar em atipicidade da conduta. Inclusive, quanto à perícia, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> é indispensável a realização de perícia para apontar a falsidade documental; sem o laudo não se comprova, satisfatoriamente, a materialidade da infração penal (*Código Penal Comentado*, p.1406).

Na falsidade ideológica, segundo Sylvio do Amararal:

> [...] não há rasura, emenda, acréscimo ou subtração de letra ou algarismo. Há, apenas, uma mentira reduzida a escrito, através de documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica (*Falsidade Documental*. 4. ed. Campinas: Millennium, 2000, p. 53)

Dispõe o *caput* do art. 299 do Código Penal:

> Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Considerando que o elemento subjetivo do tipo é o dolo, sendo que irrelevante ser a apresentação do falso espontânea ou requisitada, certo é que o réu fez uso do documento adulterado.

No caso dos autos, a conduta do agente não se enquadra no delito de falsidade ideológica uma vez que o próprio réu confessou que havia comprado a CNH.

Deste modo, não estando presentes os pressupostos para a desclassificação do delito de falsificação de documento público para o de falsidade ideológica, confirmo a condenação do apelante como incurso nas sanções do art. 304 c.c. art. 297, ambos do Código Penal.

Na primeira fase, todas as circunstâncias judiciais foram tidas como favoráveis, motivo pelo qual mantenho a pena base no mínimo legal, na razão de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, mantenho a compensação da atenuante da confissão com a reincidência. Todavia, verifico que, em virtude da agravante prevista no art. 61, II, *j*, do Código Penal, a pena-base foi aumentada em 01 (um) ano de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, restando fixada a pena intermediária em 03 (três) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Na terceira e última fase, inexistindo causas de aumento e causas de diminuição, resta a pena definitiva fixada em 03 (três) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Mantenho o regime inicial de cumprimento da pena no semiaberto, nos termos do art. 33 do Código Penal. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois não preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, para manter a r. sentença de 1º grau por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas na forma da lei. É como voto.

DES.ª PAULA CUNHA E SILVA - Peço vênia para divergir parcialmente do eminente Relator, pois, a meu ver, deve ser afastada a agravante prevista no art. 61, II, *j*, do Código Penal.

O mencionado artigo dispõe que:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

> II - ter o agente cometido o crime:
>
> j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;

Não há como negar a situação excepcional na qual o país se encontra, em razão da pandemia da Covid-19, motivo pelo qual, em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional decretou, através do Decreto Legislativo nº 06/2020, estado de calamidade pública em todo o território nacional, com efeito até 31 de dezembro de 2020.

Especificamente no estado de Minas Gerais, a situação de calamidade publica foi decretada pela Resolução n° 5.529, em 25 de março de 2020.

Contudo, analisando os autos, não há qualquer demonstração de que o acusado se aproveitou, de modo consciente e voluntário, da situação de pandemia para praticar o delito em questão, notadamente porque a referida conjuntura em nada o favorece.

O reconhecimento da agravante do art. 61, II, *j*, do CP, não pode ocorrer de maneira indiscriminada, mas apenas quando evidenciado que a situação de calamidade pública ensejou na redução ou ausência de mecanismos de proteção da sociedade e o autor se vale dessa situação para agir.

Sobre o tema, leciona Cleber Masson:

> [...] Nessa alínea o Código Penal mais uma vez se utiliza da interpretação analógica ou *intra legem*. Essa agravante genérica justifica-se pela insensibilidade moral do agente, que não observa os mais comezinhos postulados de fraternidade e de solidariedade humana e se aproveita de situações calamitosas ou de desgraça particular da vítima, que se encontra em posição de inferioridade, para praticar um crime.
>
> Calamidade pública é o acidente generalizado, a tragédia que engloba um número indeterminado de pessoas. Exemplo: roubo cometido durante incêndio em uma universidade durante o período letivo. [...]. (*Direito Penal*. 13. ed. São Paulo: Método, 2019. v. 1).

E, ainda, Guilherme de Souza Nucci:

> [...] 53. Situação de desgraça particular ou calamidade pública: mais uma vez o legislador pretende punir quem demonstra particular desprezo pela solidariedade e fraternidade, num autêntico sadismo moral, aproveitando-se de situações calamitosas para cometer o delito. [...] a) calamidade pública: que é a tragédia envolvendo muitas pessoas [...]. Como espécies desses gêneros temos o incêndio, o naufrágio, a inundação, que podem ser ora calamidades públicas, ora desgraças particulares de alguém. Ex.: durante a inundação de um bairro, o agente resolve ingressar na casa para furtar, enquanto moradores buscam socorro (*Código Penal Comentado*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.401).

Nesse sentido, para a aplicação da agravante, não basta apenas a ocorrência de calamidade pública, sendo necessário que o agente se valha da situação para cometer o crime, o que não restou evidenciado nestes autos.

Assim, afasto a agravante contida no art. 61, II, *j*, do Código Penal. Passo à reestruturação da pena do acusado.

A pena-base foi estabelecida em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda etapa, sustento a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nos termos do voto condutor.

À míngua de outras causas modificativas, torno definitiva a pena do acusado em 02 (dois) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 (dez) dias-multa.

Em face da ausência de requisitos objetivos, descabidos os benefícios previstos nos arts. 44 e 77 do Código Penal.

Ao exposto, renovando vênia ao ilustre Relator, dou parcial provimento ao recurso para afastar a agravante prevista no art. 61, II, *j*, do Código Penal, e fixar a pena do acusado em 02 (dois) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 (dez) dias-multa.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - De acordo com a Revisora.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURO, VENCIDO PARCIALMENTE O RELATOR.

Apelação criminal - Furto qualificado e corrupção de menores - Prova da menoridade por outros documentos hábeis - Condenação mantida - Aplicação do concurso formal próprio em detrimento do concurso formal impróprio.

- Desnecessária a juntada aos autos do processo da certidão de nascimento do menor corrompido, vez que comprovada a sua menoridade por outros meios de prova.

- Diante das circunstâncias do caso concreto, tendo os delitos de furto qualificado e corrupção de menores sido perpetrados mediante uma única ação, o entendimento mais correto é a aplicação da regra do concurso formal próprio.

V.P.V. - Reconhecimento do concurso formal perfeito entre os delitos de furto qualificado e corrupção de menores - Impossibilidade.

- Evidenciado que o agente praticou uma única ação, porém com desígnios autônomos, está configurado o concurso formal imperfeito entre os crimes de furto qualificado e corrupção de menores, cumulando-se as penas nos moldes da parte final do art. 70 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.19.044112-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: P.H.G.M. - Apelado: Ministério Público do 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO EM PARTE O RELATOR.

Belo Horizonte, 13 de abril 2021. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Voto

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

A sentença de f. 81/87, julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenando P.H.G.M. nas sanções do art. 155, § 2º e § 4º, II e IV, do Código Penal e art. 244, *b,* da Lei nº 8.069/90, na forma do art. 70, segunda parte, do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 6 (seis) dias-multa, fixado o valor unitário do dia-multa no patamar mínimo. Posteriormente, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Irresignado, insurge-se o réu.

Nas razões recursais, de f. 104/108, busca o apelante a absolvição em relação ao delito de corrupção de menores, sustentando, para tanto, que não consta dos autos nenhum documento formal comprovador da idade dos menores. Subsidiariamente, pugna pela o reconhecimento do concurso formal, previsto no art. 70, primeira parte, do Código Penal, entre os crimes de furto qualificado e corrupção de menores.

Contrarrazões às f. 109/112.

Manifesta-se a douta Procuradoria de Justiça às f. 119/120, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório, em síntese.

Narra a denúncia:

> [...] Consta do incluso inquérito policial que no dia 28.02.2019, por volta das 16h10min, na Rua XXXXXXXXX, na altura do nº XXX, Bairro Centro, Belo Horizonte/MG, o denunciado, agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios com dois menores e um indivíduo não identificado, subtraiu, para proveito comum, 1 (um) aparelho celular, marca/modelo, Motorola/Moto G6, pertencente à vítima R.A.O.. Consta também que, na situação acima descrita, o denunciado facilitou a corrupção dos menores T.V.R.S. e G.A.O.T., com eles praticando o delito de furto. Extrai-se do presente caderno investigatório que no dia, horário e local, supracitados, o denunciado e seus comparsas caminhavam na via pública, quando avistaram a vítima em seu automóvel, trafegando pelo local e decidiram cometer um furto. Na sequência, o menor G., previamente ajustado com os demais infratores, aproximou-se do carro e acessou o seu interior, subtraindo o aparelho celular que estava acostado no painel do veículo, enquanto o denunciado P.H., o menor T. e o agente não identificado davam cobertura à ação criminosa. Na posse do celular do ofendido, o denunciado e seus comparsas evadiram do local, mas o cometimento do delito foi filmado pelo sistema de monitoramento eletrônico Olho Vivo. A partir das imagens, os operadores das referidas câmeras informaram às guarnições da Polícia Militar acerca dos fatos criminosos, assim as características físicas dos infratores. Ato contínuo, uma viatura da Polícia Militar que patrulhava nas imediações realizou intenso rastreamento, quando se deparou com o denunciado e os menores na via pública. A guarnição, então, cercou os infratores e os abordou no local, constatando que eles eram os autores do furto a partir das imagens enviadas pelos operadores do Olho Vivo. Nesse ínterim, a vítima se deslocou a uma base comunitária móvel da Polícia Militar que estava na Praça Tiradentes e tomou conhecimento da abordagem dos autores. Em seguida, o ofendido foi ao local onde ocorria a abordagem e reconheceu o denunciado e os menores como autores do furto, assim como destacou a participação de mais um indivíduo no cometimento do furto. Destarte, os militares prenderam o denunciado em flagrante delito e apreendeu os menores pela prática dos atos infracionais, assim como os conduziram à autoridade policial para a tomada das medidas cabíveis. Embora o denunciado tenha sido preso, o produto do crime não foi localizado, tampouco o quarto indivíduo foi identificado [...].

Registra-se que o apelante não se irresignou em relação à condenação pelo crime de furto qualificado, mas somente em relação à condenação pelo crime de corrupção de menores.

Do delito de corrupção de menores.

Não há como acolher o pedido de absolvição do delito de corrupção de menores, à consideração de que não restou formalmente comprovada, por meio de documento hábil, a menoridade dos adolescentes.

Pela prova carreada aos autos do processo, a participação dos menores T.V.R.S. e G.A.O.T. no delito de furto qualificado, em desfavor da vítima R.A.O. restou devidamente comprovada nos autos e, evidenciado que o apelante cometera o delito na companhia de menor de 18 (dezoito) anos, impossível a absolvição pleiteada.

Com efeito, a qualificação dos menores constou dos autos de prisão em flagrante e autos de apreensão em flagrante de ato infracional de f. 09/10, comprovando-se as suas menoridades. Caso contrário, os adolescentes teriam sido presos em flagrante delito pela prática do crime de furto, juntamente com o apelante.

É de se ressaltar, que o auto de apreensão em flagrante de ato infracional assinado por autoridade competente, possui comprovação e validade pública, suprindo a necessidade de juntada de certidão de nascimento do menor.

Sobre o assunto, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *Habeas corpus*. Corrupção de menores. Demonstração da materialidade delitiva. Prova da menoridade do corréu. Ausência da certidão de nascimento. Prescindibilidade. Comprovação da idade por outros documentos idôneos. Presença de fé pública. Ordem denegada. - A jurisprudência deste Tribunal Superior prega que a certidão de nascimento não é o único documento apto a demonstrar a menoridade de vítima do crime de corrupção de menores (art. 244, *b,* da Lei nº 8.069/90), podendo a prova da idade do jovem corrompido ser feita também por outros documentos idôneos para tal mister, mormente se dotados de fé pública, como se sucedeu na espécie. - Ordem denegada. (STJ, 6ª Turma, HC nº 217624/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. em 07.02.2012, *DJe* de 22.02.2012).

Assim também decidiu esta Câmara Criminal:

> Apelação criminal. Roubos majorados tentados. Crime único. Inocorrência. Concurso formal caracterizado. Corrupção de menor. Absolvição. Impossibilidade. Pena. Redução. Possibilidade. Custas. Isenção. Matéria afeta à execução penal. Quando o agente, mediante uma só ação, viola o patrimônio de mais de uma vítima, correto o reconhecimento do concurso formal, não havendo que se falar em crime único. A prova da efetiva corrupção do menor é prescindível à configuração do delito tipificado no art. 244, *b*, da Lei nº 8.069/90, bastando evidências da participação do inimputável na empreitada criminosa. Inteligência da Súmula nº 500, do STJ. Existindo nos autos documento hábil capaz de comprovar a menoridade do adolescente, não há que se falar em ausência de prova da menoridade. Constatando-se equívocos na análise de algumas das circunstâncias judiciais, deve a pena-base ser abrandada. Ainda que o apelante esteja assistido pela Defensoria Pública, impõe-se a sua condenação ao pagamento das custas processuais, devendo a alegada miserabilidade jurídica ser examinada pelo Juízo da Execução, a fim de se conceder ou não a isenção reclamada (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.14.009587-8/001, Rel.ª Des.ª Maria Luíza de Marilac, 3ª Câmara Criminal, j. em 25.08.2015, p. em 02.09.2015).

Destarte, evidenciado que o apelante cometera o crime de furto qualificado, na companhia dos menores infratores T.V.R.S. e G.A.O.T., impossível a absolvição pleiteada.

Do concurso formal.

Quanto ao pedido de reconhecimento do concurso formal entre os crimes de furto qualificado e corrupção de menores, *in casu*, deve ser mantido o reconhecimento da figura do concurso formal imperfeito.

Dispõe o art. 70 do Código Penal:

Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no art. anterior. Destacamos.

Na situação em exame resta evidenciado que os desígnios foram autônomos, ensejando o reconhecimento do concurso formal imperfeito, nos moldes da parte final do citado artigo.

Sobre o tema, seguem as lições de Rogério Greco e Alberto Silva Franco, respectivamente:

> Situação diversa é aquela contida na parte final do caput do art. 70 do Código Penal, em que a lei penal fez prever a possibilidade de o agente atuar com desígnios autônomos, querendo, dolosamente, a produção de ambos os resultados. [...] Quanto ao concurso formal impróprio ou imperfeito, pelo fato de ter o agente atuado com desígnios autônomos, almejando dolosamente a produção de todos os resultados, a regra será a do cúmulo material, isto é, embora tenha praticado uma conduta única, produtora de dois ou mais resultados, se esses resultados tiverem sido por ele queridos inicialmente, em vez da aplicação do percentual de aumento de um sexto até a metade, suas penas serão cumuladas materialmente (GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 178).
>
> Pode suceder ainda que o agente, em lugar de ter um único desígnio, pretendia, através de uma só ação, realizar dois ou mais fatos criminosos. Trata-se, aqui, de um caso de concurso formal de delitos na modalidade imprópria, uma vez que os crimes concorrentes resultaram de desígnios autônomos, isto é, "os vários eventos não são apenas um perante a consciência e vontade, embora sejam objeto de uma única ação" [...]. Nessa hipótese, os fatos comissivos ou omissivos decorrentes de ação única praticada pelo agente, porque resultantes de desígnios autônomos serão apenados cumulativamente, isto é, como ocorresse uma hipótese de concurso material de crimes (FRANCO, Alberto Silva. *Código penal e sua interpretação*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 391-392).

Assim também vem sendo decidido nesta Câmara:

> Apelação criminal. Roubo circunstanciado e corrupção de menores. Concurso formal imperfeito. Reconhecimento. - Tendo em vista que o agente, mediante uma só ação, mas movido por desígnios autônomos, praticou dois crimes, é de se reconhecer o concurso formal imperfeito (TJMG - Apelação Criminal 1.0105.14.024594-2/001, Rel. Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 30.06.2015, p. em 09.07.2015).

Assim, mantém-se o reconhecimento do concurso formal imperfeito, entre os crimes de furto qualificado e corrupção de menores.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a bem lançada sentença proferida em primeiro grau de jurisdição.

Custas na forma da lei.

DES. PAULO CÉZAR DIAS (REVISOR) - Acompanho o voto do E. Des. Relator para manter a condenação de P.H.G.M. pela prática dos crimes previstos no art. 155, § 2º e § 4º, II e IV, do Código Penal e art. 244, *b,* da Lei nº 8.069/90, por duas vezes.

Todavia, com a devida vênia, ouso divergir do voto condutor no que concerne ao reconhecimento do concurso formal impróprio entre os delitos.

A meu ver, diante das circunstâncias do caso concreto, tendo os delitos de furto qualificado e corrupção de menores sido perpetrados mediante uma única ação, o entendimento mais correto seria a aplicação da regra do concurso formal próprio, enunciada no art. 70, 1ª parte, do Código Penal, o qual prevê que *"quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas mas aumentada, em qualquer caso de um sexto até metade"*.

No mais, deve ser aplicado o quantum de aumento de 1/6 (um sexto), patamar este adequado para os fins de reprovação em razão do número de delitos praticados. Nesse sentido, preleciona Alberto Silva Franco:

> O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação ao aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; a de três, o de um quinto; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão (FRANCO, Alberto Silva. STOCO, Rui (coords.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*, 8ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, RT, 2007, p. 398).

Nesses termos, tendo em vista a regra da primeira parte do art. 70 do Código Penal, tomo a maior das penas, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e a aumento de 1/6 (um sexto), fixando em 1 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 06 (seis) dias-multa, à razão mínima.

Mantenho o regime aberto para início do cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal, e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por 2 (duas) restritivas de direito, conforme art. 44 do Código Penal.

Ante todo o exposto, com renovado pedido de vênia, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer o concurso formal próprio entre os crimes de furto qualificado e corrupção de menores,

reduzindo a pena do apelante P.H.G.M. para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, além de 6 (seis) dias-multa, à razão mínima.

Mantenho, no resto, o voto do culto Des. Relator.

DES. FORTUNA GRION - Pedindo vênia ao em. Relator, estou acorde com o culto Revisor.

Súmula - DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO EM PARTE O RELATOR.

Apelação criminal - Tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo com numeração serial suprimida - Materialidade e autoria delitivas incontroversas - Circunstâncias que autorizam a conclusão da prática dos crimes - Causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 - Inaplicabilidade - Penas e regime prisional adequadamente impostos - Manutenção do *decisum* vergastado.

- Ante a insubsistência dos argumentos defensivos, não há falar em fragilidade do conjunto probatório, porquanto incontroversa a materialidade e seguramente evidenciada a autoria criminosa dos réus.

- Na hipótese dos autos, a quantidade e o modo de acondicionamento da droga apreendida, aliados às circunstâncias ambientes que envolveram o flagrante, confirmam a prática da conduta tipificada no art. 33 da Lei de Drogas.

- O delito descrito no art. 16 da Lei nº 10.826/03, é de mera conduta e de perigo abstrato, não possuindo, pois, resultado naturalístico a ser aferido, de forma que a simples subsunção da conduta do agente ao preceito penal incriminador já implica em presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado.

- Incabível é a concessão da causa especial de diminuição da pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, se não preenchidos os requisitos para tal.

- Não se percebe qualquer incorreção na dosimetria e nos importes das penas, tampouco no regime prisional estabelecido, porquanto observados os princípios da legalidade, da personalidade, da individualização, da proporcionalidade, da necessidade e da utilidade social.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.19.095542-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: D.E.R., I.E.R. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 27 de janeiro de 2021. - *Corrêa Camargo* - Relator.

Voto

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de apelação criminal, interposta por I.E.R. e D.E.R., face à r. sentença de f. 241/255, que os condenou pela prática de crimes, previstos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas), e no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 (posse ilegal de arma de fogo com numeração serial suprimida).

Em razões recursais, ofertadas às f. 272/277, pugnaram pela absolvição, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente, postularam a desclassificação da conduta que lhes foi imputada para a tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/06 (porte/posse de droga para consumo próprio). Mantida a condenação, porém, sustentaram a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº11.343/06, bem como o abrandamento do regime prisional a eles imposto.

Contrariado o recurso (f. 279/286), subiram os autos conclusos, e, nesta instância, opinou a Procuradoria Geral de Justiça (f. 293/309).

É, em síntese, o relatório. Segue a decisão:

Conheço do apelo, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Para contextualizar, eis a narrativa acusatória:

> [...] Consta do incluso inquérito policial que, no dia 20 (vinte) de agosto de 2019, numa terça-feira, às 08h10, na Rua Jacob Marras de Freitas, nº 254, Bairro Serra Verde, nesta cidade e Comarca, os denunciados D.E.R. e I.E.R., envolvendo em suas condutas delitivas sua irmã de prenome E., após adquirir, tinham sob sua guarda ou em depósito, visando a fornecer a terceiros, 22g (vinte e dois gramas) de *Cannabis sativa* (maconha), divididos em 10 (dez) buchas e 7,6 (sete gramas e seis decigramas) da mesma substância, acondicionados em 01 (uma) porção, cuidando-se de substância ilícita que determina a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante Auto de Apreensão de f. 08 e Laudo de Constatação Preliminar de f. 09.
>
> Consta também que, nas mesmas condições de tempo e lugar, os denunciados mantinham em depósito e ocultavam 01 (uma) arma de fogo, marca Taurus, nº série 1447145, tipo revólver, calibre .38; 01 (uma) arma de fogo, marca Tisas, tipo pistola de fabricação turca, nº de série suprimida, calibre .380; 11 (onze) cartuchos calibre .38; 02 (dois) carregadores de pistola, calibre 380 e 19 (dezenove) cartuchos calibre 380.
>
> Segundo se apurou, nas condições de tempo e lugar acima especificadas, policiais militares receberam informações dando conta de que um indivíduo, de alcunha "S.", e seu irmão, de alcunha "J.", ambos moradores do Bairro Serra Verde, Rua Jacob Marra de Feitas, nº 254, apto. 301, eram os responsáveis pela mercancia de maconha nas imediações de sua residência e que mantinham sob posse armas de fogo, as quais seriam utilizadas para garantir a segurança contra investidas por parte de gangues rivais.
>
> A fim de confirmar a veracidade da notícia recebida, os castrenses se deslocaram até o endereço indicado. Lá chegando, foram atendidos pelo denunciado I., que se apresentou como morador daquele apartamento. Confirmou ainda que apelido era "S." e que seu irmão, o denunciado D., de apelido "J.", também era morador daquele imóvel e estava dormindo no momento.
>
> Em busca pessoal, foi apreendida na posse direta do denunciado I., a quantia de R$486,00 (quatrocentos e oitenta e seis reais).

> Cientificado da denúncia, I. negou possuir qualquer material ilícito no seu apartamento. Contudo, iniciada buscas pelo local, foi arrecadado no quarto dos denunciados um pote de vidro contendo maconha.
>
> Questionado sobre a existência de mais materiais ilícitos no imóvel, I. informou que havia escondido no guarda roupa de sua irmã, menor de idade, de prenome E., uma arma de fogo de sua propriedade. Ao verificarem o local, foi localizado o revólver calibre .38, municiado com 06 (seis) cartuchos intactos, bem como 03 (três) munições, sendo uma intacta e duas percutidas e não deflagradas
>
> Continuando as buscas no quarto da menor, os castrenses encontraram no mesmo guarda roupa, sob um cobertor, uma pistola calibre 380, carregada com 09 (nove) cartuchos intactos, além de um carregador, calibre 380, contendo 10 (dez) cartuchos intactos. Ainda sob o guarda roupa, foi localizada 01 (uma) bucha de maconha, uma cédula de um dólar, bem como uma carta possivelmente destinada a um recluso; contudo, I. negou-se a dizer quem seria o destinatário.
>
> Em buscas no quarto dos denunciados, foi localizada, dentro de uma mochila na cor rosa, a quantia de R$2.000,00 (dois mil reais).
>
> Em varredura pelo local com a ajuda da Rocca, foram localizadas, no interior da garagem privativa referente ao apartamento dos denunciados, 09 (nove) buchas de maconha, duas facas e uma tesoura, objetos com resquícios de maconha, além de depois cartuchos deflagrados calibre .38.
>
> Questionado, o denunciado I. assumiu a propriedade da quantia em dinheiro, afirmando ser proveniente do tráfico de drogas. Assumiu também a propriedade das armas de fogo, informando que pagou a quantia de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais) pelo revólver e a quantia de R$7.500,00 (sete mil e quinhentos reais) pela pistola.
>
> Por sua vez, D. assumiu a propriedade das buchas de maconha encontradas na garagem, bem como as que foram localizadas no pote de vidro que estava no interior do quarto.
>
> I. possui diversos registros policiais em que consta como autor do crime de tráfico de drogas e receptação. [...].

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 recur"S.":

Da materialidade e da autoria delitivas.

Ab initio, registre-se que devidamente comprovada a materialidade delitiva por meio do auto de prisão em flagrante delito (f. 02-06), do auto de apreensão (f. 08), do laudo de constatação toxicológica preliminar (f. 09), do laudo de eficiência e prestabilidade de munições de arma de fogo (f. 213) e do exame químico-toxicológico definitivo (f. 220).

Lado outro, para alinhavar a autoria, destaca-se que durante a fase inquisitorial, I. (f. 05) resguardou-se no direito de permanecer calado; D. (f. 06), por seu turno, confessou a propriedade da droga que, segundo ele, destinava-se ao consumo de ambos; quanto às armas e às munições arrecadadas, nada esclareceu a respeito, senão que a pistola, calibre .380, teria sido encontrada em lote vago, ao lado de onde moram - o que, conforme será demonstrado, foi desmentido pelos militares; final-

mente, no tocante à importância de R$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em dinheiro, aduziu ser proveniente da venda de roupas, atividade realizada em conjunto com o irmão.

Já sob o crivo do contraditório (mídia anexa à f. 205), eles inovaram; I. disse pertencer-lhe um revólver, calibre .38, que, conforme se expressa, adquirira "porque gosta e para a própria segurança"; quanto à outra arma de fogo, à importância em dinheiro e à substância entorpecente apreendida, atribuiu somente esta última a seu irmão, D., o qual se declarou usuário de maconha e, especificamente, em relação aos fatos, optou por ficar em silêncio, "S."vo no que tange a uma "pequena quantidade de droga", da qual, segundo ele, dispunha para o uso próprio.

Pois bem.

Infere-se dos autos que os recorrentes foram presos durante a verificação de informe de disque-denúncia, noticiando o seu envolvimento com o comércio ilícito de entorpecentes.

É, portanto, o que atesta o condutor do flagrante. Leia-se:

> [...] durante o turno de patrulhamento Rotam, recebemos informações acerca da ocorrência de tráfico de drogas no Bairro Serra Verde; que o denunciante, que preferiu manter o anonimato, com receio de represálias advindas dos infratores, relatou que um cidadão de alcunha "S." e seu irmão, alcunha "J.", ambos moradores da Rua Jacob Marra de Freitas, nº 254, apto. 301, seriam os responsáveis pela mercancia ilícita de maconha nas imediações de sua residência e que para garantir a empreitada criminosa, mantinham sob sua posse armas de fogo, as quais eram utilizadas para garantir a segurança contra investidas por parte de gangues rivais; que, com base nessas informações, solicitamos apoio do Gepar Borel, sob o comando do Sgt. G., e planejamos uma operação pelo endereço ora denunciado e ao aproximarmos do local, que se trata de um condomínio com vários apartamentos, deparamos com o portão de acesso comum aberto, sendo possível progredir até a porta do apto. 301; que, ao batermos na porta, este relator foi atendido por um cidadão posteriormente identificado como I.E.R., que disse ser morador daquele apartamento, neste momento, I. foi cientificado sobre o teor da denúncia, confirmando que seu apelido seria "S." e que seu irmão, de nome D.E.R. e apelido "J.", também seria morador daquele imóvel e se encontrava dormindo no momento; que, ato contínuo, I. negou possuir qualquer material ilícito no seu apartamento, autorizando a entrada, permanência e buscas por todo o imóvel; que, ao iniciarmos as buscas, este relator localizou no quarto onde ambos os denunciados dormem, um pote de vidro, contendo em seu interior certa quantia de substância esfarelada com odor característico à maconha, neste momento, I. foi novamente questionado sobre a existência de mais materiais ilícitos no imóvel, tendo respondido de livre e espontânea vontade, sem qualquer tipo de coação, que havia escondido no guarda roupas de sua irmã, menor de idade, de nome E., um revólver cal. 38 de sua propriedade, indicando a este relator o local exato em que estaria escondida; ao verificarmos, arrecadamos um revólver calibre .38, municiado com 6 (seis) cartuchos, intactos, no tambor, bem como mais 3 (três) munições, sendo uma intacta e duas percutidas e não deflagradas; que I. nos disse que nada mais havia de irregular em sua residência, porém, demos continuidade às buscas e o Cb. C. Localizou, no mesmo guarda roupas, sob um cobertor, uma pistola calibre .380, com numeração suprimida, alimentada e carregada, com 9 (nove) cartuchos intactos calibre 380, sendo que 8 (oito) estavam no carregador e 1 (um) na câmara, em condições de pronto emprego, além de um segundo carregador, cal. 380, contendo 10 (dez) cartuchos intactos, cal. 380; o Cb. C. localizou, sobre o guarda roupas dos denunciados, uma bucha de substância semelhante à maconha, uma cédula de um dólar, bem como uma carta destinada possivelmente a um

> recluso, o qual os conduzidos se negaram a dizer quem seja; que cita-se que, durante as buscas no quarto da menor, esta se fazia presente e presenciou o exato momento em que este relator arrecadou o revólver cal. 38, bem como o momento em que o Cb. C. localizou a pistola cal. 380; já no quarto dos denunciados, este relator localizou, dentro de uma mochila na cor rosa, a quantidade de R$2.000,00 (dois mil reais), e no bolso traseiro da bermuda de I. foi localizada a quantia de R$486,00 (quatrocentos e oitenta e seis reais); que solicitamos apoio da equipe de Rocca (24555) sob o comando do Sgt. E., e durante a aplicação do cão de faro de drogas, de nome Veloster, fora localizado, no interior da garagem privativa referente ao apartamento dos denunciados, 09 (nove) buchas de substância semelhante à maconha, duas facas, sendo uma da marca Tramontina com cabo de madeira e a outra com cabo branco danificado, bem como uma tesoura da marca Tramontina danificada, ambos objetos (facas e tesoura) com resquícios de substâncias semelhantes à maconha, e dois cartuchos deflagrados calibre .38 [...] (V.T.C. policial militar, às f. 02/03).

E, em juízo (mídia anexa à f. 205), V.T.C. confirmou integralmente o relato prestado na fase inquisitorial.

No mesmo sentido, têm-se as declarações prestadas pelo seu colega de farda, D.S.O.A., que, perante a autoridade judicial (mídia anexa à f. 205), ratificou integralmente o flagrante, salientando que, em outras ocasiões, mas em circunstâncias semelhantes - após o recebimento de denúncia anônima -, já havia abordado os réus; que os moradores da região estavam "cansados" e, portanto, decidiram delatá-los, na tentativa de inibir o tráfico de drogas; que, na data dos fatos, tiveram autorizado o ingresso no apartamento onde eles moram e, a princípio, nada encontraram, senão uma pequena quantidade de substância análoga à maconha e considerável importância em dinheiro; que, entretanto, haviam sido informados sobre a existência de armas no local, razão pela qual decidiram prosseguir com as buscas e, então, localizaram, dentro de um guarda-roupas, 02 (dois) revólveres, cuja propriedade I. confessara; que, suspeitando da existência de algo mais, acionaram a equipe de cães farejadores e lograram apreender, nas dependências da garagem privativa, 02 (duas) facas com resquícios de maconha e 09 (nove) porções desta mesma substância.

Finalmente, colaciona-se o depoimento prestado por E.D.D., que, sobre a sua participação na ocorrência policial, asseverou:

> [...] que é sargento do Rocca - Rondas Ostensivas com Cães Adestrados, e, na data dos fatos, sua guarnição foi acionada para fazer uma varredura no local, onde já haviam sido encontradas drogas e armas de fogo; que inspecionaram uma garagem, vinculada ao apartamento dos acusados, e o cão Veloster farejou, atrás de uma pilha de cerâmicas, 09 (nove) buchas de maconha; que, dentro desta mesma garagem, ainda havia 02 (duas) facas e 01 (uma) tesoura, com resquícios de materiais entorpecentes, e 02 (dois) cartuchos calibre .38 [...]. (mídia anexa à f. 205).

E com relação aos relatos prestados por militares, não furta a lei sua validade, tanto que não elencados entre os impedidos ou suspeitos, estando compromissados em dizer sempre a verdade, bem como sujeitos aos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venham a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Nesta quadra:

> [...] o valor do depoimento testemunhal de servidores público especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal (STF - HC n° 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Ou ainda:

Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, tal como se dá na espécie em exame (STJ - HC n° 168.476/ES, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 25.11.2010, *DJe* de 13.12.2010).

Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal (STJ - HC n° 146.381/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 17.06.2010, *DJe* de 09.08.2010).

Seguindo a linha, anota a doutrina:

> [...] não é possível a afirmação de suspeita, pela mera condição funcional; ademais, os policiais, por serem agentes públicos, também gozam da presunção de legitimidade, atributo dos atos praticados pela Administração Pública [...] (Capez, Fernando. Curso de processo penal. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 296).

De mais a mais, a palavra dos policias induz total confiabilidade, mormente porque em conformidade com o que mais consta dos autos.

Destarte, conclusão outra não há, senão que fracassaram os apelantes ao tentar desmerecer as provas que, conforme demonstrado, transmitem a necessária e indispensável segurança jurídica para um veredito condenatório.

Por derradeiro, assinala-se, também, não ser possível a absolvição dos réus, somente por não terem sido flagrados em característico ato de mercancia.

In casu, o modo de acondicionamento da droga apreendida, aliado às circunstâncias ambientes que envolveram o flagrante, o qual foi, inclusive, motivado por denúncia anônima, confirmam a prática do tráfico de drogas.

E soma-se a isso o fato de haver sido arrecadada, também, em poder dos acusados, 02 (duas) armas de fogo, ambas municiadas e uma delas com numeração serial suprimida, o que sugere a hipótese

de que eles se valiam dos aludidos instrumentos para viabilizar e assegurar o andamento das atividades atinentes ao mercado espúrio.

Logo, sem mais delongas, ratifica-se a sóbria análise procedida pelo d. Sentenciante, que condenou os recorrentes pela prática de crimes previstos no art. 33 da Lei n° 11.343/06, e no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n° 10.826/03.

Do tràfico privilegiado:

Isto ultrapassado, pertinente é o exame da aplicabilidade da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n° 11.343/06, que assim dispõe:

> § 4° Nos delitos definidos no *caput* e no § 1° deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ocorre que, no caso dos autos, inúmeros são os indicativos de que os apelantes realmente estavam se dedicando à criminalidade, pois além de terem sido delatados por terceiros, que tinham amplo conhecimento sobre as atividades por eles desenvolvidas - o que denota maior indiscrição e explícita ousadia, tiveram apreendidos em seu poder um verdadeiro arsenal, que possivelmente era usado para assegurar e viabilizar o tráfico de drogas.

Ademais, inexistem nos autos informações concretas sobre o exercício de atividade lícita, o que reforça a conclusão de que eles realmente se dedicavam, habitual e exclusivamente, ao comércio espúrio.

Por conseguinte, desaconselhável é a redução das suas penas, recomendando a hipótese decisão mais severa, mormente para que eles não tomem a resposta estatal como um incentivo à prática de delitos.

Das disposições finais.

Deixa-se, ainda, de proceder ao redimensionamento das reprimendas às quais condenados, pois fundamentadamente dosadas, de forma a atender aos princípios da legalidade, da personalidade, da individualização, da proporcionalidade, da necessidade e da utilidade social.

Confirma-se, também, o regime prisional imposto (fechado), nos termos do que bem frisou o d. sentenciante:

> [...] A fixação do regime (fechado) para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada mostra-se imperativa no caso em apreço. Muito embora o *quantum* da reprimenda não ultrapasse 08 (oito) anos, tenho que as peculiaridades do caso justificam a imposição do regime prisional mais gravoso, triplamente tendo em vista a apreensão de armas de uso permitido, restrito e com numeração suprimida, as quais poderiam ser utilizadas para ofender a integridade física de alguém, bem como contribuir para a disseminação da violência no meio social. [...].

Posto isto, conclui-se que o regime fechado encontra-se em perfeita harmonia com a gravidade do crime e o grau de censura que merece a conduta dos réus.

Da conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores Valéria Rodrigues Queiroz e Eduardo Brum.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Habeas corpus - Furto simples - Revogação da prisão preventiva do paciente - Paciente morador de rua - Medidas cautelares inexequíveis - Constrangimento ilegal verificado.

- Com efeito, o descumprimento de medida cautelar é fundamento suficiente e bastante para a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, § 1º e do art. 282, § 4º, ambos do Código de Processo Penal. No caso dos autos, contudo, as medidas cautelares impostas para a liberdade do paciente são inexequíveis, uma vez que, conforme consta em seu depoimento na Depol, o paciente é morador de rua. Alie-se ao fato de que se trata de réu cujas condições pessoais são favoráveis, bem como as particularidades do delito não são graves, sendo suficiente e proporcional o recrudescimento das medidas cautelares diversas da prisão.

***HABEAS CORPUS* CRIMINAL Nº 1.0000.21.099544-5/000 - Comarca de Belo Horizonte - Paciente: U.A.M. - Autoridade Coatora: Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal de Belo Horizonte - RELATOR: DES. EDISON FEITAL LEITE.**

Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONCEDER PARCIALMENTE A ORDEM.

Belo Horizonte, 29 de junho de 2021. - *Edison Feital Leite* - Relator.

Voto

DES. EDISON FEITAL LEITE - Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública de Minas Gerias, em favor do paciente U.A.M., inicial de doc. 1, alegando constrangimento ilegal por parte da MMª. Juíza de Direito da 9° Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Narra o presente *writ* que o paciente foi preso em flagrante no dia 14.09.2018 pela suposta prática do delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, tendo lhe sido concedida a liberdade provisória mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do inquérito e da ação penal, devendo comunicar previamente o juízo competente caso alterasse de endereço.

Conta a defesa que, na ocasião da audiência de custódia, o paciente informou que era morador de rua, e que poderia ser encontrado na Praça da Liberdade, nesta capital.

Informa ainda que recebida a denúncia, foi determinada a citação do paciente, entretanto, não ele não foi localizado nos endereços indicados pelo Parquet, e em função disso, foi determinada sua prisão preventiva.

Sustenta a impetrante que o paciente não foi procurado no local declinado durante a audiência de custódia para fins de sua citação, oportunidade em que comunicou sua situação de rua.

Assevera que não estão presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva, não constando qualquer elemento contemporâneo que caracterizasse risco à garantia da ordem pública, ou à aplicação da lei penal, além da ausência de fundamentação idônea.

Alega ser desproporcional a segregação cautelar, considerando que o paciente em caso de suposta condenação, seria posto em regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso.

Destaca que o paciente é primário.

Defende, ainda, que diante da pandemia de covid-19, restou mais evidente a necessidade de se racionar as prisões cautelares, sendo recomendável a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus, dando ênfase para a excepcionalidade da utilização das prisões cautelares, sendo passível a substituição da prisão cautelar por medidas alternativas.

Por essas razões, requer o impetrante, liminarmente, a restituição da liberdade do paciente com a expedição de alvará de soltura. Subsidiariamente, requer a aplicação de medidas alternativas à prisão.

No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem. O pedido liminar foi indeferido (doc. 19).

A autoridade coatora prestou informações acompanhadas de respectivos documentos (doc. 20/26).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se opinando pela denegação da ordem (doc. 27).

Eis o relatório.

Passo ao voto.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante em 14.09.2018, pela suposta prática do delito de furto simples, capitulado no art. 155, *caput*, do Código Penal, por ter subtraído cinco cadeiras de plástico brancas da empresa Alfa Serviço, durante evento no Parque Municipal de Belo Horizonte.

Ouvido na Depol, o paciente informou ser morador de rua (doc. 5, f. 9). Ao ser comunicada da prisão, a MMª Juíza da Vara de Inquéritos desta Capital concedeu a liberdade provisória mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do inquérito e ação penal, devendo comunicar previamente o juízo competente se alterar o endereço.

Oferecida a denúncia em desfavor do paciente, a exordial foi recebida e determinada a citação de U., em endereço constante na denúncia.

Após várias tentativas de localização do paciente, determinou-se a sua citação por edital, a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP.

Diante dos fatos, o Ministério Público requereu a decretação da prisão preventiva do paciente nos pressupostos do art. 312, § 1º, do CPP, o que a MM.ª Juíza acolheu em decisão proferida em 07.05.2021, sendo o mandado cumprido em 25.05.2021.

Com efeito, o descumprimento de medida cautelar é fundamento suficiente e bastante para a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312, § 1º e do art. 282, § 4º, ambos do Código de Processo Penal.

No caso dos autos, contudo, a medida cautelar imposta para a liberdade do paciente é inexequível, uma vez que, conforme consta em seu depoimento na Depol, o paciente é morador de rua.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que a ausência de endereço fixo, por si só, não é uma justificativa apta a amparar um decreto de prisão, senão vejamos:

> Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tráfico de entorpecentes. Prisão preventiva. Requisitos. Proibição de liberdade provisória constante do art. 44 da Lei nº 11.343/2006. Inconstitucionalidade declarada pelo STF. Gravidade abstrata do delito. Risco à instrução criminal. Mera conjectura. Droga apreendida. Reduzida quantidade. Condições pessoais favoráveis. Ausência de endereço fixo. Insuficiência. Fundamentação inidônea. Constrangimento ilegal configurado. Recurso provido. [...] - A ausência de comprovação de endereço fixo não é circunstância apta a, isoladamente, amparar o decreto prisional. - Recurso provido para determinar a soltura do paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal (RHC nº 79.156/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5º Turma, *DJe* de 17.03.2017).
>
> *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. *Writ* substitutivo de recurso ordinário. Não cabimento. Verificação de eventual coação ilegal à liberdade de locomoção. Viabilidade. Prisão preventiva. Menção à gravidade abstrata do crime e à repercussão social do delito na comunidade onde a vítima residia. Demonstração de elemento concreto. Ausência. Fundamentação inidônea. Complementação pelo tribunal de origem. Menção ao modus operandi do crime, a evidenciar a periculosidade concreta do paciente e do corréu. Impossibilidade em ação exclusiva da defesa. Constrangimento ilegal evidenciado. [...] - A menção ao fato de que não há nos autos qualquer comprovação acerca do endereço dos indiciados e de suas respectivas ocupações não é suficiente, por si só, para justificar a decretação da custódia, quando não demonstrada, por meio de elementos concretos, a intenção dos acusados de se furtar à aplicação da lei penal ou de obstar a instrução criminal. [...] - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, com extensão dos efeitos ao corréu, para revogar a prisão preventiva imposta, sem prejuízo da decretação de medidas cautelares diversas da prisão pelo magistrado singular, fundamentadamente, ou da decretação de nova prisão cautelar, desde que presentes razões idôneas para tanto (HC nº 285.866/MT, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, *DJe* de 16.06.2014).

Alie-se o fato de que, apesar de existirem informações no processo acerca de registros de envolvimento do paciente em delitos, observa-se que ele é réu primário, conforme CAC (doc. 21), bem como o presente processo é de crime sem violência ou grave ameaça, tendo ele, supostamente, subtraído cinco cadeiras de plástico, avaliadas em R$144,50 (cento e quarenta e quatro reais e cinquenta centavos), conforme laudo de avaliação indireta (doc. 10).

Posto isso, a meu juízo, não há elementos aptos a indicar que eventual liberdade concedida ao paciente ofereceria alguma afronta a qualquer dos requisitos do art. 312 do CPP, uma vez que é ausente a periculosidade concreta no caso.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação os seguintes julgados desse Sodalício:

Habeas corpus. Roubo majorado. Prisão preventiva decretada. Ausência de dados concretos justificadores da manutenção da segregação cautelar. Paciente moradora de rua e enferma. Aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Possibilidade. Ordem parcialmente concedida. - A prisão preventiva somente deve ser decretada quando absolutamente necessária, ou seja, quando estiverem presentes os requisitos autorizadores previstos nos arts. 312 e 313 do Código Processual Penal e as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem insuficientes ou inadequadas. - Embora a não localização da ré e/ou o descumprimento de medida cautelar anterior possa, a princípio, ensejar a decretação da prisão preventiva, constatado que se trata de moradora de rua, que estava em tratamento de sua dependência química em regime aberto domiciliar em outro processo, o mais adequado é a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, que sejam aptas a vinculá-la perante o juízo *a quo* (e que também possibilite a continuidade do tratamento de sua enfermidade). - Observados os critérios dispostos no art. 282 do CPP, recomenda-se a concessão da liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP (TJMG - *Habeas corpus* Criminal nº 1.0000.19.136710-1/000, Rel. Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª Câmara Criminal, j. em 06.11.2019, p. em 07.11.2019).

Habeas corpus. Furto qualificado. Prisão preventiva decretada. Ausência de dados concretos justificadores da manutenção da segregação cautelar. Citação por edital. Paciente morador de rua. Aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Possibilidade. Ordem parcialmente concedida. - A prisão preventiva somente deve ser decretada quando absolutamente necessária, ou seja, quando estiverem presentes os requisitos autorizadores previstos nos arts. 312 e 313 do Código Processual Penal e as medidas cautelares diversas da prisão se mostrarem insuficientes ou inadequadas. - Embora a não localização do réu seja suficiente para a decretação da cautelar extrema, constatado que se trata de indivíduo morador de rua, o mais adequado é a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, que sejam aptas a vincular o paciente perante o juízo *a quo*. - Observados os critérios dispostos no art. 282 do CPP, recomenda-se a concessão da liberdade provisória com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP (TJMG - *Habeas corpus* Criminal nº 1.0000.19.050386-2/000, Rel. Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª Câmara Criminal, j. em 29.05.2019, p. em 30.05.2019).

Por outro lado, mostra-se prudente e proporcional o recrudescimento da medida cautelar anteriormente imposta.

Adequada, portanto, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares dispostas nos incisos I, IV e IX, do art. 319 do CPP, consistente em obrigação de comparecer mensalmente em juízo até o fim do processo em primeira instância, proibição de ausentar-se da comarca, bem como o uso do monitoramento eletrônico (se possível seu cumprimento nesta comarca), medidas que entendo suficientes e adequadas ao caso concreto.

Pelo exposto, concedo parcialmente a ordem, restituindo a liberdade ao paciente, com aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319, I, IV e IX (se possível) do Código de Processo Penal.

Com suporte no § 6º, do art. 1º, da Resolução nº 108/2010, determino a expedição de alvará para a soltura do paciente U.A.M., se por outro motivo não estiver preso ou houver mandado de prisão expedido em seu desfavor.

Conste do alvará as medidas cautelares impostas, diversas da prisão.

Igualmente, antes da liberação deverá ser o paciente advertido quanto às consequências do descumprimento das aludidas medidas cautelares, previstas no art. 282, § 4º, c.c. art. 312, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Comunique-se com a autoridade coatora. Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DEODATO NETO E FLÁVIO BATISTA LEITE.

Súmula - CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM.

Agravo em execução - Transferência de apenado para a APAC - Condições parcialmente preenchidas no caso - Existência de requerimento justificado do apenado - Avaliação subjetiva favorável ao beneficiário - Não comprovação da existência de vínculos familiares e/ou profissionais na região - Transferência excepcionalmente viável, diante da ociosidade de vagas - Recurso desprovido.

- A transferência de um apenado para a APAC demanda o preenchimento de algumas condições, concernentes à existência de um requerimento expresso e justificado do interessado, verificação de vínculos familiares e/ou profissionais do condenado na região e, por fim, análise da compatibilidade deste com a metodologia da APAC, observando seu bom comportamento e autodisciplina durante um lapso temporal razoável do que já tiver cumprido de sua pena.

- Tendo o apenado preenchido parcialmente tais condições, insistindo em seu requerimento de transferência para a APAC e não possuindo notas desabonadoras relevantes em seu satisfatório comportamento carcerário, não obstante não tenha comprovado a existência de vínculos familiares na região, pode a transferência ser excepcionalmente autorizada diante da informação da ociosidade de vagas.

Agravo em Execução Penal nº 1.0701.19.440080-3/001 - Comarca de Patrocínio - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: A.L.R.M.- Relatora: Desª. Márcia Milanez.

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 24 de junho de 2021. - *Márcia Milanez*. – Relatora.

Voto

DESª. MÁRCIA MILANEZ - Trata-se de recurso de agravo em execução, interposto pelo Ministério Público, em face da decisão proferida pelo douto magistrado *a quo*, que concedeu a transferência de A.L.R.M. para a APAC local.

Argumenta o recorrente que o apenado não pleiteou sua transferência para a APAC local, bem como inexistiu análise de condições subjetivas para sua transferência, sendo que A. nem sequer possui vínculos familiares na região da comarca.

As razões recursais foram instruídas com farta documentação.

Em contrarrazões recursais, a defesa do agravado pugnou pelo desprovimento do agravo.

O magistrado *a quo*, na oportunidade da retratação, optou pela integral manutenção da decisão combatida.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso. É o breve Relatório.

Conheço do recurso de agravo interposto, visto que presentes os requisitos objetivos e subjetivos de sua admissibilidade, nos termos do art. 197 da Lei de Execuções Penais.

Consta dos autos que A. foi condenado pelos crimes de tráfico de drogas e associação, recebendo uma pena total de dezoito anos de reclusão, em regime fechado. Posteriormente, pleiteou sua transferência para as APACs de Frutal e Patos de Minas, sendo que o Juízo de Execução de Patrocínio concedeu-lhe a transferência da penitenciária para a APAC local, sendo que contra esta decisão ora se insurge o Ministério Público através do presente agravo em execução.

O Ministério Público alega, em síntese, que A. não preenche as condições exigidas para sua transferência da penitenciária para a APAC local, quais sejam: existência de requerimento do apenado solicitando a transferência, verificação de vínculos familiares do apenado na região da comarca, análise de condições subjetivas para averiguação da compatibilidade entre o apenado e a metodologia do método da APAC.

Analisando os autos, entendo que não merece provimento o presente agravo, pelas razões que passo a expor.

A normatização já revogada - art. 2º da Portaria Conjunta 653/PR/2017, com suas alterações posteriores - colocava as seguintes condições para a transferência de um apenado para a APAC:

> I - manifestar interesse na transferência, por escrito ou em ato processual devidamente documentado, e o propósito de se ajustar às regras do CRS;
>
> II - manter vínculos familiares ou sociais, há pelo menos 1 (um) ano, na região do Estado onde estiver localizado o CRS, mesmo que outro tenha sido o local da prática do fato.

Outrossim, resta cediço que, além das condições acima especificadas, a transferência do apenado para a APAC também se submete a uma análise discricionária de conveniência e oportunidade do juízo de execução e da administração penitenciária, não constituindo um direito subjetivo do preso. Assim, o juízo de execução também avaliará, em cada caso concreto, se o apenado preenche condições subjetivas compatíveis com sua inserção na metodologia da APAC.

A normatização atualmente vigente não alterou substancialmente tais exigências. O art. 2º da Portaria Conjunta nº 1182/PR/2021 manteve a necessidade de manifestação de interesse do apenado

e de seu propósito de se ajustar às regras da APAC, mantendo ainda a referência à existência de vínculos familiares locais; além disso, menciona expressamente a necessidade de autodisciplina, ao dispor que o apenado não deve registrar notas desabonadoras no cumprimento de sua pena:

> Art. 2º O Juiz de Execução Penal da comarca poderá autorizar a transferência de presos para a APAC de sua jurisdição mediante as seguintes condições:
>
> I - manifestação do preso condenado pela comarca onde está o CRS, ou que possua familiares na referida comarca, e que declare interesse em sua transferência para a APAC e o propósito de se ajustar a suas regras;
>
> II - os Juízes de Execução poderão transferir o(s) preso(s) que requeiram transferência de uma unidade APAC, diretamente para outra, em razão de vínculos familiares ou profissionais, dispensada a necessidade de nova inclusão em lista de espera;
>
> III - não registrar ao preso notas desabonadoras no cumprimento da pena, em período mínimo que o Juiz da Execução definir como necessário.

Isto posto, observo que não assiste razão ao Ministério Público ao ponderar que foram integralmente descumpridas as condições fixadas na normatização atinente à transferência de um apenado para a APAC.

Em primeiro lugar, constato que A. pediu - e reiterou - sua pretensão de transferência para a APAC, justificando seu interesse em cumprir as regras e métodos de lá, inclusive mencionando seu desejo de estudar, trabalhar e reinserir-se licitamente na vida social. Apresentou um primeiro requerimento manuscrito, dirigido à APAC de Frutal e, não sendo atendido, formulou novo pleito, também de próprio punho, agora direcionado à APAC de Patos de Minas, sempre externando de forma robusta seu propósito de aderir à metodologia da APAC.

Assim, não se trata propriamente de transferência determinada de ofício de A. para a APAC de Patrocínio. Ainda que ele não tenha formulado um terceiro requerimento mencionando especificamente a APAC de Patrocínio em seu cabeçalho - o que, ademais, seria francamente despiciendo em cotejo com seus pedidos anteriores -, seus pleitos antes apresentados são claramente fungíveis, visto que ele deixou claro seu intento de aderir ao cumprimento de sua pena em uma APAC (independente da localização exata desta). Encontra-se satisfeita, portanto, tal condição.

Do mesmo modo, também a condição referente à avaliação subjetiva do apenado encontra-se razoavelmente satisfeita. Pela documentação juntada aos autos, A. já cumpriu mais de dois anos de sua reprimenda e não apresenta notas desabonadoras de relevo, tendo comportamento carcerário satisfatório.

Destaque-se que A. não possui o registro de qualquer falta grave, denotando apenas um apontamento de menor censurabilidade (mudança de cela sem autorização) ocorrido em data pretérita (agosto de 2019), pelo qual já recebeu sanção disciplinar, sendo que o próprio Ministério Público, bem como o juízo *a quo*, conceberam a desnecessidade de qualquer incidente para apuração do fato.

Portanto, considerando o tempo de pena já cumprido, unido às informações existentes na documentação juntada aos autos, comprovando a inexistência de desvios de disciplina ou faltas de maior gravidade, constata-se que o agravado preenche condições subjetivas para ser transferido para a APAC e submeter-se à sua metodologia.

Remanesceria, nesse ínterim, apenas o não preenchimento, por A., da condição atinente à existência de vínculos familiares e/ou profissionais na região da comarca de Patrocínio. De fato, pela documentação acostada ao caderno processual, realmente não se verificou tal circunstância, como ponderou o Ministério Público.

Todavia, entendo que, pelas peculiaridades do caso concreto, tal circunstância não se mostra suficiente para afastar o benefício concedido ao apenado. Isso porque, oficiada, a direção da APAC de Patrocínio informou a existência de vagas ociosas. Ora, certo é que o método APAC prioriza a custódia de apenados próximos aos seus vínculos familiares, para fortalecimento do processo de ressocialização; assim, havendo poucas vagas e muitos interessados, devem ser elas deixadas prioritariamente para aqueles que possuam vínculos familiares na localidade.

Contudo, no caso *sub judice*, havia vagas ociosas na APAC de Patrocínio e, por tal razão, mesmo sem a demonstração de vínculos familiares de A. com a região, mostrar-se-ia viável que ele ocupasse uma das vagas disponíveis, já que não faria sentido manter uma vaga ociosa não utilizada, diante de um interessado em aderir ao método APAC (ou seja, não houve a preterição de outro interessado com vínculos familiares locais). Portanto, foi excepcionalmente possível relevar tal condição para que o agravado pudesse ser transferido para a APAC.

O Ministério Público salienta, em suas razões recursais, que o pleito de André chegou a ser indeferido quanto à APAC de Patos de Minas. Todavia, as situações são diferentes. Isso porque, em Patos de Minas, o pedido foi rejeitado por dupla fundamentação: ausência de familiares em Patos de Minas e, especialmente, ausência de vagas disponíveis na APAC de lá. Ora, caso houvesse tais vagas, seria vislumbrável que a decisão fosse diversa. De todo modo, ao contrário da APAC de Patos de Minas, aquela de Patrocínio informou possuir vagas disponíveis, o que autoriza a solução favorável ao interessado.

Ademais, já estando A. custodiado desde a prolação da decisão agravada na APAC de Patrocínio, estando submetido às suas regras e metodologia, seria desarrazoado retorná-lo para a penitenciária no atual momento processual, prejudicando o escopo de ressocialização da execução penal, notoriamente melhor atingido pelo método APAC.

Ante o exposto, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, nos termos acima delineados.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os Desembargadores Dirceu Walace Baroni e Anacleto Rodrigues.

Súmula - RECURSO DESPROVIDO.

Processual civil - Recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos - Inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes por decisão judicial - Execução fiscal. Possibilidade - Art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal. Arts. 4º, 6º, 139, inc. IV, 782, §§ 3º a 5º, e 805 do CPC/2015 - Princípios da efetividade da execução, da economicidade, da razoável duração do processo e da menor onerosidade para o devedor - Art. 1º da Lei nº 6.830/80 - Execução fiscal - Aplicação subsidiária do CPC – SERASAJUD - Desnecessidade de esgotamento prévio de outras medidas executivas - Deferimento do requerimento de negativação, salvo dúvida razoável quanto à existência do direito ao crédito previsto na certidão de dívida ativa – CDA - Consequências práticas da decisão judicial para a precisão e qualidade dos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito e para a economia do país - Art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, nova LINDB) - Recurso especial conhecido e provido - Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 c/c art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

- O objeto da presente demanda é definir se o art. 782, §3º do CPC é aplicável apenas às execuções de título judicial ou também às de título extrajudicial, mais especificamente, às execuções fiscais.

- O art. 782, §3º do CPC está inserido no Capítulo III ("Da competência"), do Título I ("Da execução em geral"), do Livro II (Do processo de execução") do CPC, sendo que o art. 771 dispõe que "este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial".

- Não há dúvidas, portanto, de que o art. 782, §3º, ao determinar que "A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.", dirige-se às execuções fundadas em títulos extrajudiciais.

- O art. 782, § 5º, ao prever que "O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.", possui dupla função: 1) estender às execuções de títulos judiciais a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes; 2) excluir a incidência do instituto nas execuções provisórias, restringindo-o às execuções definitivas.

- Nos termos do art. 1º da Lei nº 6.830/80, o CPC tem aplicação subsidiária às execuções fiscais, caso não haja regulamentação própria sobre determinado tema na legislação especial, nem se configure alguma incompatibilidade com o sistema. É justamente o caso do art. 782, §3º do CPC, que se aplica subsidiariamente às execuções fiscais pois: 1) não há norma em sentido contrário na Lei nº 6.830/1980; 2) a inclusão em cadastros de inadimplência é medida coercitiva que promove no subsistema os valores da efetividade da execução, da economicidade, da razoável duração do processo e da menor onerosidade para o devedor (arts. 4º, 6º, 139, inc. IV, e 805 do CPC). Precedentes do STJ.

- O Poder Judiciário determina a inclusão nos cadastros de inadimplentes com base no art. 782, § 3º, por meio do SERASAJUD, sistema gratuito e totalmente virtual, regulamentado pelo Termo de Cooperação Técnica nº 020/2014 firmado entre CNJ e SERASA. O ente público, por sua vez, tem a opção de promover a inclusão sem interferência ou necessidade de autorização do magistrado, mas isso pode lhe acarretar despesas a serem negociadas em convênio próprio.

- A situação ideal a ser buscada é que os entes públicos firmem convênios mais vantajosos com os órgãos de proteção ao crédito, de forma a conseguir a quitação das dívidas com o mínimo de gastos e o máximo de eficiência. Isso permitirá que, antes de ajuizar execuções fiscais que abarrotarão as prateleiras (físicas ou virtuais) do Judiciário, com baixo percentual de êxito (conforme demonstrado ano após ano no "Justiça em Números" do CNJ), os entes públicos se valham do protesto da CDA ou da negativação dos devedores, com uma maior perspectiva de sucesso.

- Porém, no momento atual, em se tratando de execuções fiscais ajuizadas, não há justificativa legal para o magistrado negar, de forma abstrata, o requerimento da parte de inclusão do executado em cadastros de inadimplentes, baseando-se em argumentos como: 1) o art. 782, § 3º, do CPC apenas incidiria em execução definitiva de título judicial; 2) em se tratando de título executivo extrajudicial, não haveria qualquer óbice a que o próprio credor providenciasse a efetivação da medida; 3) a intervenção judicial só caberá se eventualmente for comprovada dificuldade significativa ou impossibilidade de o credor fazê-lo por seus próprios meios; 4) ausência de adesão do tribunal ao convênio SERASAJUD ou a indisponibilidade do sistema. Como visto, tais requisitos não estão previstos em lei.

- Em suma, tramitando uma execução fiscal e sendo requerida a negativação do executado com base no art. 782, § 3º, do CPC, o magistrado deverá deferi-la, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA, a exemplo da prescrição, da ilegitimidade passiva ad causam, ou outra questão identificada no caso concreto.

- Outro ponto importante a ser fixado é que, sendo medida menos onerosa, a anotação do nome da parte executada em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de exaurida a busca por

bens penhoráveis. Atende-se, assim, ao princípio da menor onerosidade da execução, positivado no art. 805 do CPC. Precedentes do STJ.

- Por fim, sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão – nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) –, não se pode deixar de registrar a relevância para a economia do país e para a diminuição do "Custo Brasil" de que a atualização dos bancos de dados dos birôs de crédito seja feita por meio dos procedimentos menos burocráticos e dispendiosos, tais como os utilizados no SERASAJUD, a fim de manter a qualidade e precisão das informações prestadas. Postura que se coaduna com a previsão do art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88 ("todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado").

- Com base no art. 927, § 3º, do CPC, rejeito a modulação dos efeitos proposta pela Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP, uma vez que o entendimento firmado no presente recurso repetitivo é predominante no STJ há bastante tempo.

- Tese jurídica firmada: "O art. 782, § 3º do CPC é aplicável às execuções fiscais, devendo o magistrado deferir o requerimento de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, preferencialmente pelo sistema SERASAJUD, independentemente do esgotamento prévio de outras medidas executivas, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA.".

- Recurso especial conhecido e provido, nos termos da fundamentação.

- Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.807.180 - PR (2019/0093736-8 - Relator: MINISTRO OG FERNANDES.

Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA. - Recorridos: Colombelli & Pasini Ltda, Marco Antonio Alf Colombelli e Wadis Pasini. - Advogados: Sem representação nos autos - SE000000M. – Interessados: Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo- ANNEP - "AMICUS CURIAE", Fazenda Nacional - "AMICUS CURIAE". – Advogados: Paula Sarno Braga Lago - BA018670, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira - AL006406, Gabriela Fragoso Alves - BA059986, Bernardo Silva de Lima - BA025458.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, conhecer do recurso

especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Dra. Adriana Cristina Dullius, pela parte Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, e o Dr. Fredie Souza Didier Junior, pela parte: Interes.: Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo- ANNEP

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2021. - *Ministro Og Fernandes*.- Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES - Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, nos autos de demanda na qual contende com Colombelli & Pasini Ltda e outros, em face de aresto prolatado pelo e. TRF-4ª Região, assim ementado (e-STJ, fl. 12): "TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SERASAJUD. Em execução fiscal, a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes deve ser realizada pelo próprio exequente. Precedentes desta Corte".

Alega a parte recorrente, que o aresto recorrido deve ser reformado, argumentando com base no art. 139 c/c art. 782, §§ 3º e 5º do CPC, pois da "A medida coercitiva pretendida é aplicável à execução de títulos extrajudiciais, tal como a Certidão de Dívida Ativa, cujo processo de execução rege-se pela Lei 6.830/80. Importante ressaltar que o artigo 782, § 3º, do CPC, que dispõe "a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes", está previsto na Parte Especial, Livro II, Título I, que tratou "da execução em geral", enquanto as regras sobre "o cumprimento de sentença, estão estabelecidas na parte Especial, Livro I, Título II, do CPC. Em assim sendo, o § 5º do artigo 782, ao determinar que "o disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial", o fez com o objetivo de possibilitar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, também nos casos de cumprimento de sentença, uma vez que não houve essa previsão expressa na parte específica do Código que tratou do tema, e não com o propósito de excluir essa alternativa das execuções de título extrajudicial.".

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes assinalou a

indicação deste feito como representativo de controvérsia, determinando a intimação das partes para que "se entenderem pertinente, apresentem, em prazo comum ao do Ministério Público Federal, manifestações escritas sobre a possível seleção deste recurso como representativo da controvérsia, candidato à afetação ao rito dos repetitivos." (e-STJ, fls. 34-36).

O Ministério Público Federal manifestou ciência da decisão do Ministro

Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, ofertando parecer pela admissão do caso como feito repetitivo, e, no mérito, pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 41-46).

O presente feito foi afetado pela Primeira Seção para ser julgado sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos (e-STJ, fls. 58-71), a fim de definir tese vinculante sobre a "Possibilidade ou

não de inscrição em cadastros de inadimplentes, por decisão judicial, do devedor que figura no polo passivo de execução fiscal" (afetação conjunta dos dos REsps 1.809.010, 1.807.180, 1.807.923, 1.812.449 e 1.814.310).

Admitidos como amici curiae no feito, a Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e a União apresentaram manifestações, respectivamente colacionadas às e-STJ fls. 98-123 e e-STJ fls. 135-152.

À e-STJ, fls. 157-160, novo parecer ofertado pelo MPF, corroborando o parecer anteriormente ofertado em que opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 41-46).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES: No caso em exame, quando da afetação deste feito à sistemática dos recursos especiais repetitivos, a questão representativa da controvérsia ficou delimitada nos seguintes termos:

Possibilidade ou não de inscrição em cadastros de inadimplentes, por decisão judicial, do devedor que figura no polo passivo de execução fiscal.

1.Fundamentos Relevantes Da Questão Jurídica Discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038 do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, parte recorrente, afirma como fundamentos relevantes da questão debatida neste feito os seguintes pontos:

> a) O TRF/4 negou provimento ao recurso ao fundamento de que a inclusão do devedor junto ao SERASAJUD restringe-se às hipóteses de execução definitiva de título judicial, nos termos do § 5º do artigo 782 do CPC. Salvo melhor juízo, entende a autarquia que a medida coercitiva pretendida é aplicável no âmbito da execução fiscal como medida válida, útil e legalmente prevista, conforme o disposto nos artigos 139 e §3º do artigo 782 do CPC, abaixo reproduzidos:;
>
> b) Importante ressaltar que o artigo 782, §3º, do CPC, que dispõe "a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes", está previsto na Parte Especial, Livro II, Título I, que tratou "da execução em geral", enquanto as regras sobre "o cumprimento de sentença, estão estabelecidas na parte Especial, Livro I, Título II, do CPC. Em assim sendo, o §5º do artigo 782, ao determinar que "o disposto nos §§3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial", o fez com o objetivo de possibilitar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, também nos casos de cumprimento de sentença, uma vez que não houve essa previsão expressa na parte específica do Código que tratou do tema, e não com o propósito de excluir essa alternativa das execuções de título extrajudicial.;
>
> c) [...] a decisão ora combatida deve ser reformada para que seja utilizado o sistema SERASAJUD, justamente porque a expedição de ofícios desprestigia o avanço tecnológico instituído pelo CNJ, indo de encontro à celeridade do processo e onera ainda mais o executivo fiscal.".

Às e-STJ fls. 135-152, a UNIÃO manifestou-se como *amicus curiae*, alegando:

> a) [...] o tema não é novo: na doutrina ou no Poder Judiciário, é trivial o reconhecimento da possibilidade de inscrição, em cadastro de inadimplentes, do devedor que figura no polo passivo de Execução Fiscal. O Livro II do Código de Processo Civil trata do "Processo de Execução". O Título I desse Livro: "Da Execução em geral". E no art. 771, abre-alas do Livro e do Título, lê-se: "Este Livro regula o procedimento da execução fundada em TÍTULO EXTRAJUDICIAL, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva". [...]. Notem, Excelências, o § 5° desse art. 782 buscou estender aquilo que seria típico da Execução de Título Extrajudicial também às Execuções de Título Judicial.;
>
> b) A interpretação daquele art. 782 e seus parágrafos soara tão pacífica, que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) teve de ressalvar o contrário: o quanto o próprio credor público também poderia atuar, sem a intermediação do Juízo. Por isso o Enunciado n. 190 da Carta de Florianópolis: "O art. 782, § 3º, CPC não veda a inclusão extrajudicial do nome do executado em cadastros de inadimplentes, pelo credor ou diretamente pelo órgão de proteção ao crédito".;
>
> c) [...] considerando que o art. 1º da LEF permite a aplicação subsidiária do CPC, conclui-se pela possibilidade de inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, mesmo nas dívidas oriundas de Execução Fiscal, sendo o § 3º do art. 782, CPC, dispositivo inserto no Livro II do Código, aplicável à "execução em geral" (Título I). De sorte que não são necessárias delongas para reconhecer que a expedição de Ofícios aos cadastros restritivos (BACENJUD, RENAJUD e SERASAJUD, por exemplo) é permitida pelo CPC e pela LEF, visando a auxiliar os magistrados a dar agilidade e concretude aos processos judiciais que envolvem dívidas (principalmente, dívidas públicas).;
>
> d) [...] o SERASAJUD é um sistema exclusivo de atendimento ao Poder Judiciário. A Administração Fazendária ou qualquer outro credor público não tem acesso e, tampouco, gerencia o SERASAJUD. A diligência de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes não pode ser realizada pelo próprio exequente. Exigir que os credores enviem Ofícios e paguem por esses serviços, mesmo existindo um convênio específico em vigor, mais tecnológico e mais efetivo, data venia, não se coaduna com os princípios da razoável duração do processo e da satisfação dos créditos, contidos no CPC.

Às e-STJ fls. 98-123, a **Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP** manifestou-se como *amicus curiae*, alegando:

> a) A doutrina majoritária, por sua vez, acertadamente, caminha no sentido de estender a aplicabilidade da medida executiva típica em debate para além das execuções de títulos judiciais, abrangendo-se aqui as execuções fiscais. Trata-se de um posicionamento que se mostra compatível com uma interpretação sistemática- teleológica da legislação processual vigente. Também é nesse sentido o entendimento da ANNEP;
>
> b) Quanto à execução fiscal - uma das execuções de títulos executivos extrajudiciais, esta é regida pela Lei 6.830/1980, incidindo sobre ela, subsidiariamente o Código de Processo Civil, conforme dispõe o seu primeiro artigo. [...]. Dito isso, seria contraditório admitir que medidas executivas que buscam reduzir o percurso até a satisfação do crédito tributário fossem rechaçadas por somente constarem na legislação processual geral - neste particular, o CPC. Afinal, é a efetividade da execução o propósito existencial da

> legislação específica. [...]. Além disso, essa conclusão mostra-se também em consonância com o art. 771, caput, do CPC, que estabelece a aplicação subsidiária das regras relativas ao processo de execução de título extrajudicial aos procedimentos especiais de execução, no que for cabível.;
>
> c) [...] admitir uma interpretação restritiva do 782, §3º, somente com base em sua literalidade (haja vista que só há menção à execução definitiva de título judicial no parágrafo 5º do art. 782 do CPC) é não somente ato contrário à base principiológica da legislação processual, mas também contrário ao próprio propósito da execução;
>
> d) "Pergunta-se: deve o exequente necessariamente aguardar o exaurimento de outras medidas executivas, sob pena de indeferimento de seu pedido de inclusão do devedor em cadastro de inadimplentes? Essa análise (do momento para utilização da ferramenta serasajud ou mediante expedição de ofício), assim como em relação à utilização de outras ferramentas como Bacenjud, Renajud e Infojud, também já foi realizada por esta Egrégia Corte. Nestes episódios, ficou estabelecido que não é necessário o exaurimento de outras diligências para que se possa requer a efetivação da medida em comento. Para esta Associação, ora Interveniente, este posicionamento se mostra acertado.;
>
> e) (...) Caso a posição adotada pelo STJ seja a de aplicação do art. 782, § 3º do CPC às execuções de títulos extrajudiciais em geral, entre elas a fiscal, problema poderia surgir para aqueles exequentes que tiveram, no passado, o requerimento indeferido. Nesses casos, essa associação entende como razoável a modulação dos efeitos da decisão a ser dada no julgamento do presente Recurso Especial, de modo a não serem considerados preclusos novos requerimentos, visando a negativação do executado. Com isso, os exequentes outrora prejudicados poderão requerer, novamente, a efetivação da medida executiva em debate, cujo deferimento não poderá ter como óbice a necessidade de esgotamento prévio de outras medidas executivas.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 157-160 reiterou os termos do parecer oferecido às fls. 41-46, em que trouxe os seguintes argumentos:

> a) A jurisprudência atual do STF corretamente indica a possibili- dade de a medida do art. 782, § 3º, do CPC ser aplicada nas execu- ções fiscais, por ato do juízo, em atendimento ao pedido do interessado: eventual possibilidade de a parte interessada obter, por si, a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes não exime o juízo de atender-lhe o pedido, se satisfeitos os demais requisitos le- gais da medida."

2. FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO JULGADO (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

Como explicitado no relatório, o presente julgamento visa a definir, sob a sistemática dos recursos repetitivos, se o art. 782, §3º do CPC é aplicável apenas às execuções de título judicial ou também às de título extrajudicial, mais especificamente, às execuções fiscais.

O art. 782 do CPC prescreve:

> Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.
>
> § 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

> § 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará.
>
> § 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.
>
> § 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.
>
> § 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.

A norma sob análise está inserida no Capítulo III ("Da competência"), do Título I ("Da execução em geral"), do Livro II (Do processo de execução") do CPC.

O art. 771 do CPC, que dá início ao referido Livro II, dispõe:

> Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. (grifou-se)

Não há dúvidas, portanto, de que o art. 782, § 3º, ao determinar que "A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.", dirige-se às execuções fundadas em títulos extrajudiciais.

Já tive a oportunidade de defender tal posicionamento em sede doutrinária, que peço vênia para transcrever (SOUZA, Artur César de; FERNANDES, Geraldo Og Nicéas. *Execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 121.):

> Se o exequente requerer, o juiz poderá determinar a inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, como, por exemplo, SPC, SERASA etc. A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo. Trata-se de uma medida coativa permitida pela legislação processual para estimular o executado ao cumprimento da obrigação, uma vez que a inclusão de seu nome em cadastros de inadimplentes poderá ensejar inúmeros dissabores, como, por exemplo, restrição ao crédito. **O juiz poderá determinar a inscrição do nome do executado em cadastros de inadimplentes tanto em execução de título executivo extrajudicial quanto no cumprimento de título executivo judicial.** (grifou-se)

Na mesma trilha, colhe-se a doutrina de Aluísio de Castro Mendes e Larissa Pochmann Silva (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. *Da efetivação do crédito e os cadastros de inadimplentes no novo Código de Processo Civil*: breves notas. In: NETO, Francisco Antônio de Barros e Silva Neto; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Relações e Influências Recíprocas entre Direito Material e Direito Processual: Estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 82.):

> Destaque-se, por oportuno, que **a positivação do cadastro, tanto para títulos judiciais como para titulos extrajudiciais**, vem, ainda, corroborar a previsão do artigo 139, inciso IV, do novo diploma, que dispõe como uma das funções do juiz a determinação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, valendo-se a nova legislação de mais um instrumento para a busca da satisfação do crédito. (grifou-se)

O art. 782, § 5º, ao prever que "O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.", possui dupla função: 1) estender às execuções de títulos judiciais a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes; 2) excluir a incidência do instituto nas execuções provisórias, restringindo-o às execuções definitivas.

Corroborando o afirmado, colhe-se o Enunciado nº 99 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF: "A inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes poder-se-á dar na execução definitiva de título judicial ou extrajudicial.".

Antônio Mota traz a seguinte lição sobre o ponto (In: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). *Enunciados das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF*: organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 304.): "Não seria aceitável admitir a inscrição no cadastro de inadimplentes tendo como esteio a obrigação cobrada em sede de execução definitiva de título judicial e não diante da ação de execução de título extrajudicial. As duas carregam o traço da definitividade".

O Enunciado nº 190 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, por sua vez, doutrina: "O art. 782, § 3°, não veda a inclusão extrajudicial do nome do executado em cadastros de inadimplentes, pelo credor ou diretamente pelo órgão de proteção ao crédito.".

Nesse tema, trago a doutrina de Edilson Vitorelli (In: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC*: organizados por assunto, anotados e comentados. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 603.):

> O propósito do enunciado é apenas esclarecer que a possibilidade de o juiz determinar a inclusão de pessoas nesses cadastros não significa que tal determinação seja requisito para o ato. Assim, se o credor for conveniado aos serviços de proteção ao crédito e, por essa razão, tiver condições de remeter, por si mesmo, o nome do devedor para inclusão, poderá fazê-lo livremente. A ordem judicial não foi convertida em requisito para o ato. Ela é útil apenas para os credores não conveniados ao serviço.

Há que ser rejeitada, portanto, por desconformidade com a legislação, a argumentação de que o art. 782, § 5º teria como intuito restringir as inclusões em cadastros de inadimplentes às execuções de títulos judiciais.

Fixada a premissa de aplicabilidade do art. 782, § 3º do CPC à execução de título extrajudicial, resta examinar se o âmbito de incidência da norma se estende às execuções fiscais. Vejamos.

A Lei nº 6.830/1980, em seu art. 1º, prescreve: "Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias **será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil**". (grifou-se)

O CPC tem aplicação subsidiária às execuções fiscais, caso não haja regulamentação própria sobre determinado tema na legislação especial, nem se configure alguma incompatibilidade com o sistema.

É justamente o caso do art. 782, § 3º do CPC, que se aplica subsidiariamente às execuções fiscais pois: 1) não há norma em sentido contrário na Lei nº 6.830/1980; 2) a inclusão em cadastros de inadimplência é medida coercitiva que promove no subsistema os valores da efetividade da execução, da economicidade, da razoável duração do processo e da menor onerosidade para o devedor (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal; arts. 4º, 6º, 139, inc. IV, e 805 do CPC).

De fato, já vigora há alguns anos a utilização, nas execuções fiscais, das ferramentas do protesto de título em cartório e de inclusão em cadastros de inadimplência.

Embora se trate de instituto que não se confunde com a negativação em cadastros de inadimplência, é importante tecer algumas considerações sobre o protesto de títulos em cartório, devido às similaridades entre os dois instrumentos de recuperação de créditos.

A Lei nº 12.767/2012 incluiu um parágrafo único no art. 1º da Lei nº 9.492/1997, com a seguinte alteração: "Art. 1º. [...]. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas".

Assim, não há dúvidas de que o exequente, por seus próprios meios, pode promover tanto o protesto da CDA em cartório quanto a inscrição do executado em cadastros de inadimplentes. O CPC inovou ao incorporar a possibilidade de protesto (art. 517) e de inclusão em cadastros de inadimplentes (art. 782) de decisão judicial transitada em julgado.

De fato, é usual que as Procuradorias da Fazenda em todo o país promovam o protesto de CDA's, bem como a inscrição de devedores em cadastros de inadimplentes. O que se discute neste feito é a possibilidade de tal inscrição ser determinada por ordem judicial, em sede de execução fiscal.

A propósito, o STF fixou a seguinte tese, no julgamento da ADI nº 5.135-DF: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política." (ADI 5135, Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09/11/2016, processo eletrônico DJe-022 divulg 06-02-2018 public 07-02-2018).

O Provimento nº 86 do CNJ, de 29 de agosto de 2019, dispõe "sobre a possibilidade de pagamento postergado de emolumentos, acréscimos legais e demais despesas, devidos pela apresentação de títulos ou outros documentos de dívida para protesto".

Consoante o art. 2º da norma referida, o pagamento dos emolumentos do protesto foi postecipado, ou seja, é realizado ao final pelo devedor, se quitar a dívida. O credor será responsável pelo pagamento apenas se desistir ou houver cancelamento do protesto. O art. 2º, §1º esclarece que isso se aplica também às certidões de dívida ativa da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas.

O protesto de títulos tem sido feito de forma 100% online, por um sistema virtual intitulado Central de Remessa de Arquivos - CRA.

No caso do cadastro nos órgãos de proteção ao crédito, os custos e a forma de envio dos dados dependem dos termos de eventual convênio firmado com o ente interessado.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por exemplo, tem convênio com o SERASA, com utilização de sistema virtual, cabendo à Procuradoria arcar apenas com o custo das correspondências (envio de cartas aos devedores, por exemplo). Há notícias de outros entes públicos com convênios com o SERASA, com diferentes graus de onerosidade. A título exemplificativo, existe convênio em que se ajusta um quantitativo mensal de negativações que está dentro do valor acordado, sendo pago um valor extra para inclusões adicionais.

É bastante comum que os Cartórios de Protestos também enviem relatórios dos títulos protestados aos órgãos de proteção ao crédito, como SERASA e SPC. Assim, o protesto da CDA, que é gratuito, já implicaria a inclusão nos cadastros de inadimplência, sem qualquer custo adicional para o ente público interessado.

O menor custo e o funcionamento totalmente eletrônico do sistema explicam o motivo de estar havendo uma certa predileção dos entes públicos pelo protesto da CDA, em vez da negativação do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes. E também explica a preferência dos entes públicos, em alguns casos, por requerer a referida negativação ao juiz, em vez de promovê-la pelos seus próprios meios.

O Poder Judiciário determina a inclusão com base no art. 782, § 3º, por meio do SERASAJUD, sistema gratuito e totalmente virtual, regulamentado pelo Termo de Cooperação Técnica nº 020/2014 firmado entre CNJ e SERASA. O ente público, por sua vez, tem a opção de promover a inclusão sem interferência ou necessidade de autorização do magistrado, mas isso pode lhe acarretar despesas a serem negociadas em convênio próprio.

A situação ideal a ser buscada é que os entes públicos firmem convênios mais vantajosos com os órgãos de proteção ao crédito, de forma a conseguir a quitação das dívidas com o mínimo de gastos e o máximo de eficiência. Isso permitirá que, antes de ajuizar execuções fiscais que abarrotarão as prateleiras (físicas ou virtuais) do Judiciário, com baixo percentual de êxito (conforme demons-

trado ano após ano no "Justiça em Números" do CNJ), os entes públicos se valham do protesto da CDA ou da negativação dos devedores, com uma maior perspectiva de sucesso.

Nota-se, a propósito, uma tendência de desjudicialização dos procedimentos executivos, a exemplo dos Projetos de Lei nº 6.204/2019 (execução cível) e 4.257/2019 (execução fiscal), em trâmite no Senado Federal, que propõem a propositura e o andamento da execução perante os tabelionatos de protesto.

Porém, no momento atual, em se tratando de execuções fiscais ajuizadas, não há justificativa legal para o magistrado negar, de forma abstrata, o requerimento da parte de inclusão do executado em cadastros de inadimplentes, baseando-se em argumentos como: 1) o art. 782, § 3º, do CPC apenas incidiria em execução definitiva de título judicial; 2) em se tratando de título executivo extrajudicial, não haveria qualquer óbice a que o próprio credor providenciasse a efetivação da medida; 3) a intervenção judicial só caberá se eventualmente for comprovada dificuldade significativa ou impossibilidade de o credor fazê-lo por seus próprios meios; 4) ausência de adesão do tribunal ao convênio SERASAJUD ou a indisponibilidade do sistema. Como visto, tais requisitos não estão previstos em lei.

Em suma, tramitando uma execução fiscal e sendo requerida a negativação do executado com base no art. 782, § 3º, do CPC, o magistrado deverá deferi-la, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA, a exemplo da prescrição, da ilegitimidade passiva ad causam, ou outra questão identificada no caso concreto.

No mesmo sentido, trago a lição de Carlos Alberto Carmona (CARMONA, Carlos Alberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo. AASP, 2015, p. 1203-1204):

> A comunicação aos órgãos que se encarregam de apontar os devedores inadimplentes deve ser requerida pelo credor (não pode ser decretada de ofício pelo juiz) e, portanto, acarreta responsabilização do exequente caso a execução mostre-se infundada. A anotação, junto aos órgãos de proteção ao crédito, sabem todos, acarreta uma série de entraves à vida civil, com possível bloqueio de crédito e de acesso a serviços bancários diversos.
>
> Por isso mesmo, **deve o juiz verificar, diante do pedido do credor, se é efetivamente caso de fazer a comunicação. Em outros termos, não basta o pedido do credor para que o juiz proceda à inclusão do nome do devedor no rol dos inadimplentes: é preciso que o juiz pondere se existe dúvida razoável acerca da existência do direito do credor. Se existir algum receio do magistrado de que a execução possa ser abusiva, ilícita ou indevida, o pleito será indeferido. Este o sentido da utilização do verbo poder no § 3º do art. 782 do CPC/2015 (e não do verbo dever)**. (grifou-se)

Outro ponto importante a ser fixado é que, sendo medida menos onerosa, a anotação do nome da parte executada em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de exaurida a busca por bens penhoráveis. Atende-se, assim, ao princípio da menor onerosidade da execução, positivado no art. 805 do CPC. Nesse prisma, transcrevo trecho da opinião manifestada pela Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP como *amicus curiae*:

Essa análise (do momento para utilização da ferramenta serasajud ou mediante expedição de ofício), assim como em relação à utilização de outras ferramentas como Bacenjud, Renajud e Infojud, também já foi realizada por esta Egrégia Corte. **Nestes episódios, ficou estabelecido que não é necessário o exaurimento de outras diligências para que se possa requer a efetivação da medida em comento**.

[...].

Não fosse isso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 139, inciso IV, estabelece como poder-dever do juiz a determinação de todas medidas executivas que se fizerem necessárias à satisfação da prestação pecuniária objeto, não estabelecendo cronologia entre tais medidas (sendo indiferente, portanto, se são indutivas, coercitivas - como é o caso da negativação do nome, mandamentais ou sub-rogatórias).

Por fim, **a negativação do nome é medida pouco gravosa para o executado, se comparada às outras medidas executivas, tais como penhoras (online, por renajud e de bens, por oficial de justiça) que podem vir a recair sobre o executado. É, portanto, medida compatível com o princípio da menor onerosidade da execução previsto no art. 805 do Código de Processo Civil (cláusula geral de proteção ao executado que versa sobre a necessidade e adequação da medida executiva pleiteada)**. (grifou-se)

Por fim, colaciono precedentes das Turmas que compõem a 1ª Seção do STJ, a fim de demonstrar o entendimento predominante na Corte sobre a matéria, em consonância com o voto ora proferido:

> Tributário. Agravo interno no recurso especial. Execução fiscal. Art. 782, § 3º. Do código fux. Inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. Possibilidade. Agravo interno do particular desprovido. -. **Esta Corte Superior de Justiça entende que o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tal como o SerasaJUD, nos termos do art. 782, § 3º. do Código Fux, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que tal medida é inviável em via de execução fiscal. Precedentes: REsp. 1.826.084/SC, Rel. Min. OG Fernandes, DJe 23.8.2019 e REsp. 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 14.5.2019.** - Agravo Interno do Particular desprovido (AgInt no REsp 1814906/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 21/09/2020, DJe 24/09/2020). (grifou-se)
>
> Processual civil e tributário. Execução fiscal. Inscrição em cadastro de inadimplentes. SERASAJUD. Art. 782 do CPC/2015. Possibilidade. Faculdade do juiz. Recusa por ausência de convênio ou indisponibilidade do sistema. Impossibilidade. - É possível a utilização do sistema Serasajud nos processos de Execução Fiscal. Não há qualquer óbice ao seu emprego em relação a devedores inscritos em Dívida Ativa que, demandados em juízo, não cumpram a obrigação em cobrança. - **A previsão do § 5º do art. 782 do CPC/2015 de que o disposto nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo legal aplica-se à execução definitiva de título judicial não constitui vedação à utilização nos executivos fiscais. A norma não prevê tal restrição e deve ser interpretada de forma a dar ampla efetividade à tutela executiva, especialmente quando o credor é o Estado e, em última análise, a própria sociedade. Inteligência dos arts. 1º da Lei 6.830/1980 e 771 do CPC/2015**. - Como bem ressaltado pelo Min. Francisco Falcão, no REsp 1.799.572/SC, "tal medida concretiza o princípio da efetividade do processo, possuindo respaldo basilar nas Normas Fundamentais do Processo Civil, considerando que 'as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa' (art. 4º do CPC/2015) e o dever de cooperação

processual, direcionado igualmente ao Poder Judiciário, 'para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva' (art. 6º do CPC/2015)" (Segunda Turma, DJe 14.5.2019). - O STJ possui compreensão firmada de que é legal a realização de pesquisas nos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, porquanto são meios colocados à disposição da parte exequente para agilizar a satisfação de seus créditos, não sendo necessário o esgotamento das buscas por outros bens do executado. Precedentes: REsp 1.778.360/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.2.2019; AgInt no AREsp 1.398.071/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.2019; AREsp 1.376.209/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 13.12.2018; AgInt no AREsp 1.293.757/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.8.2018; AgInt no REsp 1.678.675/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13.3.2018. - **Sendo medida menos onerosa à parte executada, a anotação do nome em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de que seja esgotada a busca por bens penhoráveis.** - O uso da expressão verbal "pode" no art. 782, § 3º, do CPC/2015, torna claro que se trata de uma faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto. - **Interpretação que encontra amparo no art. 139, IV, do CPC/2015, segundo o qual, no exercício do poder de direção do processo, incumbe ao juiz "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária"**. Precedentes da Segunda Turma: REsp 1.794.447/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.4.2019; REsp 1.762.254/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.11.2018. - **O magistrado não pode se recusar a incluir o nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por inexistência de convênio para negativação pela via eletrônica**. - A Segunda Turma já se pronunciou que "o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tal como o SerasaJUD, nos termos do art. 782, § 3º, do CPC/2015, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que tal medida é inviável em via de execução fiscal" (REsp 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.5.2019). - Eventuais adversidades momentâneas no sistema eletrônico igualmente não representam óbice à adoção dessa medida processual, haja vista a possibilidade de expedição de ofício ao Serasa, por meio físico (REsp 1.736.217/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 1º.3.2019). - Se compete ao juiz da execução efetivar as medidas executivas tendentes à satisfação do crédito, a ausência de convênio ou a indisponibilidade do sistema não são motivos suficientes à negativa judicial de aplicação do art. 782, § 3º, do CPC/2015. A possibilidade de expedição de ofício ao banco de dados restritivo, por si só, afasta a razoabilidade da recusa. - **Em síntese: a) é possível a utilização do sistema Serasajud nos processos de Execução Fiscal**; b) é legal a realização de pesquisas nos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, porquanto são meios colocados à disposição da parte executada para agilizar a satisfação de seus créditos, não sendo necessário o esgotamento das buscas por outros bens do executado; **c) sendo medida menos onerosa à parte executada, a anotação do nome em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de esgotada a busca por bens penhoráveis; d) o uso da expressão verbal "pode", no art. 782, § 3º, do CPC/2015, demonstra que cuidar-se de uma faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto; e) o magistrado não pode recusar o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tais como o Serasajud, argumentando apenas a ausência de convênio ou a indisponibilidade do sistema**.(...). - Recurso Especial não provido (REsp 1827340/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 17/09/2019, DJe 11/10/2019) (grifou-se)

Por fim, sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão – nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) –, não se pode deixar de registrar a relevância para a economia do país e para a diminuição do "Custo Brasil" de que a atualização dos bancos de dados dos birôs de crédito seja feita por meio dos procedimentos menos burocráticos e dispendiosos, tais como os utilizados no SERASAJUD, a fim de manter a qualidade e precisão das informações prestadas.

Tal postura se coaduna com a previsão do art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88 ("todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado").

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO (art. 927, § 3º, do CPC/2015)

Rejeito a modulação dos efeitos proposta pela Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP, uma vez que o entendimento firmado no presente recurso repetitivo é predominante no STJ há bastante tempo.

O art. 927, § 3º do CPC prevê que "Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.".

No mesmo sentido, o Enunciado nº 76, aprovado na I Jornada de Processo Civil do CJF, dispõe: "É considerada omissa, para efeitos do cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, **na superação de precedente**, não se manifesta sobre a modulação de efeitos". (grifou-se)

O Enunciado nº 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, por sua vez, explicita que: "Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, **a modificação do precedente** tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto". (grifou-se)

Ravi Peixoto traz a seguinte lição sobre o ponto (In: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). *Enunciados das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF*: organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 398-399.):

No caso da superação de precedentes, a quebra da estabilidade é gerada pelo próprio Poder Judiciário, ao modificar, de forma surpreendente, um posicionamento consolidado, podendo surgir, nessa situação, a necessidade da utilização da modulação de efeitos. Tanto a segurança jurídica como a confiança legítima exigem uma tutela adequada, quando violadas e, uma de suas formas, estudada nesse trabalho, é a modulação de efeitos, sendo um dever do referido órgão jurisdicional ao menos conhecer da matéria. (grifou-se)

Assim, não se configura presente a necessidade de modulação dos efeitos do julgado, tendo em vista que tal instituto visa a assegurar a efetivação do princípio da segurança jurídica, impedindo que o jurisdicionado de boa-fé seja prejudicado por seguir entendimento dominante que terminou sendo superado em momento posterior, o que, como se vê claramente, não ocorreu no caso concreto.

4. TESE JURÍDICA FIRMADA (art. 104-A, inc. III, do RISTJ):

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese: "O art. 782, §3º do CPC é aplicável às execuções fiscais, devendo o magistrado deferir o requerimento de in-

clusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, preferencialmente pelo sistema SERASAJUD, independentemente do esgotamento prévio de outras medidas executivas, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA.".

5. SOLUÇÃO DADA AO CASO CONCRETO (art. 104-A, inc. IV, do RISTJ):

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, a fim de reformar o acórdão recorrido, reconhecendo o cabimento do pleito de inclusão de devedor no cadastro de inadimplentes (Sistema SERASAJUD) em executivo fiscal, com base no art. 782, §3º, do CPC, impondo-se o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, a fim de que examine a viabilidade do petitório no caso concreto, nos termos da fundamentação.

Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 24 de fevereiro de 2021. - Bárbara Amorim Sousa Camuña. – Secretária.

(Publicado no DJe de 11 de março de 2021.)

Recurso especial representativo de controvérsia - Execução penal - Progressão de regime - Alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime) - Diferenciação entre reincidência genérica e específica - Ausência de previsão dos lapsos relativos aos reincidentes genéricos - Lacuna legal - Integração da norma - Aplicação dos patamares previstos para os apenados primários - Retroatividade da lei penal mais benéfica - Patamar hodierno inferior à fração anteriormente exigida aos reincidentes genéricos - Recurso não provido.

- A Lei nº 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

- Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

- Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei nº 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

- Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

- Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei nº 13.964/2019, àqueles

apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.910.240 - MG (2020/0326002-4). – Relator: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ.

Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Recorrido: E.A.C.- Advogado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. – Interessados: Ministério Público do Estado de São Paulo - "Amicus Curiae" e Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores - "Amicus Curiae"– Advogados: F.A.C.R., Defensoria Pública do Distrito Federal, D.B.C.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial representativo da controvérisa, assentando-se a seguinte tese: "É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei nº 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

O Dr. Mário Luiz Sarrubbo (Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo) sustentou oralmente pela parte interessada: Ministério Público do Estado de São Paulo.

O Dr. Flávio Wandeck (Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrida: E.A.C.

O Dr. Domingos Barroso Da Costa (Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul) sustentou oralmente pela parte interessada: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores.

Brasília (DF), 26 de maio de 2021. - *Ministro Rogerio Schietti Cruz*. – Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ – O Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, III, 'a', da Constituição da República de 1988, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do mesmo estado no Agravo em Execução nº 4507701-49.2020.8.13.0000, em que **foi negado provimento ao recurso ministerial**

para manter a retificação dos cálculos de pena do recorrido, de modo a constar a exigência de cumprimento de 40 % (quarenta por cento) da pena a ele imposta para auferir o benefício da progressão a regime menos gravoso, tendo em vista a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei de Execução Penal com as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019.

Assere o *Parquet* violação ao disposto nos arts. 63, caput, e 112, VII, da Lei nº 7.210/1984, e 1.025 do Código de Processo Civil, porquanto "o recorrido é reincidente, sendo-lhe aplicável, ipso facto, o percentual de 60% (sessenta por cento), que corresponde a 3/5 (três quintos) da pena cumprida para fins de progressão de regime" (f. 694).

Para o órgão ministerial,

> diferentemente do que consta do acórdão combatido, não há como ser exigida a porcentagem de 40% (ou a fração de 2/5) do cumprimento da pena para progressão de pena do reeducando/recorrido, **porquanto o inciso V do artigo 112 da LEP é bastante claro ao mencionar que será aplicado aludido percentual àquele que for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, desde que primário** (f. 695, destaquei).
>
> Destaca que
>
> a porcentagem de 60% de cumprimento de pena prevista no referido inciso VII do art. 112 da LEP deve ser observada por todos os condenados reincidentes, **independentemente da natureza do delito cometido anteriormente, de modo que não há distinção entre condenação anterior por crime comum ou por crime hediondo ou equiparado** (f. 696, sublinhei).

Concluiu, assim, que "[n]ão há que falar, pois, em ofensa ao Princípio da Irretroatividade da Lex Gravior, haja vista que o inciso V do artigo 112 da LEP dispõe, expressamente, que o percentual de 40% (ou fração de 2/5) de cumprimento da pena é exigido para primários, condenados por delito hediondo" (f. 699, destaquei).

Ao final, "pugna pelo conhecimento e pelo provimento do presente RECURSO ESPECIAL, para que seja exigido do recorrido o cumprimento do percentual de 60% (ou fração de 3/5) da pena, para fins de progressão de regime, por ser tratar de reincidente e de condenado por delito hediondo" (fls. 699-700).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo provimento do recurso, porquanto "deve ser fixado o percentual de 60% para fins de progressão de regime também a condenados reincidentes genéricos em crimes hediondos, a uma, para que se mantenha a jurisprudência desse Egrégio Tribunal estável, íntegra e coerente, uma vez que o Pacote Anticrime manteve o mesmo percentual aos condenados reincidentes. A duas, porque tratar igualmente apenados primários e reincidentes contraria o princípio da individualização da pena, da isonomia e o postulado da proporcionalidade em sua perspectiva de proibição de proteção insuficiente" (f. 831).

Voto

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ -

I. Contextualização

Na hipótese, "o agravado foi condenado à pena unificada de 12 anos e 08 meses de reclusão, em razão da prática dos delitos previstos nos artigos 157 e 213 do Código Penal" (f. 638).

Depreende-se dos autos que,

> [i]nterposto pedido defensivo de aplicação do disposto no artigo 112, inciso V, da LEP, ou seja, o percentual de 40% (quarenta por cento), para a progressão de regime, a MMª. Juíza, **considerando que o presente caso não se trata de reincidência específica, afastou a exigência de cumprimento de 3/5 (60%) da pena para a progressão, alterando-a para 2/5 (40%)** (f. 638-639, grifei).

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs agravo em execução, ao qual a Corte de origem negou provimento, ao asseverar que "a Lei 13.964/2019, mais conhecida com Pacote Anticrime, publicada em 24 de Dezembro de 2019, com início da vigência em 23 de Janeiro de 2020, trouxe uma série de alterações na Legislação Penal e Processual Penal, sobretudo na Lei de Crimes Hediondos (8.072/90) e na Lei de Execuções Penais (7.210/84)" (f. 639).

Consoante ressaltado pelo Tribunal *a quo*,

> [a] leitura do dispositivo legal leva à conclusão de que, por ter sido condenado pela prática dos crimes de roubo e estupro, o apenado deverá cumprir 40% (quarenta por cento) ou 2/5 (dois quintos) da pena imposta, para obter a progressão de regime, nos termos do inciso V do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, embora seja reincidente em crime comum. Isso porque, **a fração de 3/5 (três quintos) ou 60% (sessenta por cento) passou a ser aplicada tão somente a sentenciados reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado, consoante o inciso VII, do Art. 112 do citado dispositivo legal** (f. 641, sublinhei).

O Tribunal de Justiça concluiu então que, "considerando a novatio legis in mellius promovida pela Lei 13.964/2019, e o disposto no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe devendo ser observada a fração de 2/5 para fins de progressão de regime do agravado" (fls. 641-642).

II. Alteração Legislativa

Especificamente em relação aos lapsos exigidos para o alcance da benesse em questão, a Lei nº 13.964/2019, doravante intitulada Pacote Anticrime, que entrou em vigor em 23/1/2020, promoveu profundas alterações no marco normativo até então vigente. O recente diploma legal revogou expressamente as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990, segundo o qual "[a] progressão

de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, **dar-se-[ia] após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado [fosse] primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)" (grifei).

Das controvérsias suscitadas em torno do Pacote Anticrime, não escapam os novos lapsos para progressão de regime, estabelecidos pelo referido diploma legal. Como já mencionado acima, as disposições da Lei nº 8.072/1990, acerca da progressão de regime, foram expressamente revogadas pela Lei nº 13.964/2019, de modo que os lapsos necessários à aferição do cumprimento do requisito objetivo ficaram disciplinados exclusivamente pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, consoante a redação decorrente das alterações aqui sublinhadas. 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:
>
> I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;
>
> **IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;**
>
> **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;**
>
> b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou
>
> c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;
>
> **VII - 60% (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.**
>
> § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> § 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

> § 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
>
> I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
>
> II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
>
> III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
>
> IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
>
> V - não ter integrado organização criminosa.
>
> § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.
>
> § 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.
>
> § 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.
>
> § 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito (destaquei).

Depreende-se da leitura dos dispositivos acima que, após as alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019, tornaram-se cruciais para a avaliação do lapso de progressão de regime dois fatores além da hediondez – quais sejam, a ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado.

O Pacote Anticrime implementou um cenário de maior complexidade quanto à recidiva do reeducando, visto que, agora, não se trata apenas do simples exame da natureza do delito (se comum ou hediondo) e da existência de registros aptos a caracterizarem a reincidência (genérica) do apenado, mas sim de uma incursão mais apurada no exame dos antecedentes criminais do indivíduo encarcerado, passando a ganhar ampla relevância se se trata de crime cometido com ou sem violência a pessoa ou grave ameaça, crime hediondo ou equiparado ou, ainda, crime hediondo ou equiparado com resultado morte.

Neste ponto, Nucci ressalta que

> [a] Lei de Execução Penal trouxe um novo tabelamento para a progressão de regime, no art. 112, algo muito mais realista em face da criminalidade reinante. Os delinquentes de primeira viagem têm várias oportunidades de escapar do cárcere (transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, suspensão condicional da pena, podendo-se, ainda, inserir o regime aberto)**. Então, os que são de fato violentos, praticando crimes bárbaros contra a pessoa, precisam de outros critérios mais rigorosos)** (NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Forense, 2020, p. 2, sublinhei).

Todavia, a despeito da lógica em que se atrelou o recrudescimento do lapso exigido à gravidade das condutas perpetradas pelo apenado, alcançando, inclusive, patamar jamais previsto na legislação brasileira, conforme disposto no art. 112, VIII, da Lei nº 7.210/1984, os incisos IV, VII e VIII do referido art. - os quais dispõem, respectivamente, sobre os reincidentes em crime cometido com violência a pessoa ou grave ameaça, reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado e reincidentes em crime hediondo ou equiparado com resultado morte - não previram qual seriam os patamares relativos aos reincidentes genéricos (ou seja, na prática de crimes não relacionados nos respectivos incisos) que houvessem cometido os crimes especificados na norma.

III. Lacuna Legal

Ao examinar os dispositivos legais subsequentes ao caput do art. 112 da Lei de Execução Penal, podemos perceber que o inciso III prevê o cumprimento de 25% da pena para aquele que houver cometido crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas for primário.

Por sua vez, o inciso IV estabelece o lapso de 30% da pena para os que são reincidentes em crimes cometidos com violência a pessoa ou grave ameaça. Dessa forma, não se verifica a previsão da hipótese em que o apenado tenha cometido crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas seja tão-somente reincidente genérico, ou seja, não tenha praticado anteriormente crime com violência a pessoa ou grave ameaça.

De igual maneira, estabelece o inciso V o patamar de 40% de cumprimento da pena para os reeducandos que forem condenados pela prática de crime hediondo e equiparado, mas forem primários, ao passo que o inciso VII prevê que aqueles reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado devem cumprir então o lapso de 60% das penas impostas, à semelhante do requisito objetivo anteriormente previsto pela Lei nº 8.072/1990. Entretanto, novamente não foi disciplinada a hipótese relativa ao sentenciado que seja reincidente genérico, ou seja, que tenha sido condenado por crime hediondo ou equiparado, mas que não possua condenação anterior por crime de mesma natureza.

Por fim, destaca-se que o inciso VI, 'a', impõe o cumprimento do patamar de 50% das penas impostas caso o apenado tenha sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, mas ainda for primário, vedado o livramento condicional. Por outro lado, o inciso VIII estabelece o lapso de 70% de cumprimento da pena para aqueles que forem reincidentes em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, também vedado o livramento condicional. Assim, não está prevista a conjuntura em que o sentenciado tenha cometido crime hediondo ou equiparado, mas também seja reincidente genérico, dada a prática anterior de delito de natureza diversa.

Todas as três situações minudenciadas evidenciam a inexistência de previsão legal acerca de hipóteses que desafiam cotidianamente o trabalho desenvolvido pelas inúmeras varas de execução penal existentes no País. Consoante o relatório Justiça em Números 2019, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, ingressaram, em 2018, 343,3 mil novos casos na fase de execução de 1º grau, o que corresponde a 12,8% da totalidade dos novos casos criminais, a tornar ululante a relevância do tema aqui tratado, bem como fundamental propor solução consentânea às disposições

jurídicas vigentes, mormente às garantias previstas na Carta Magna de 1988, sobretudo a garantia de reserva legal e de retroatividade da norma mais benéfica ao réu ou condenado (art. 5º, incisos II, XXXIX e XL).

A esse respeito, urge consignar que o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece que, "[q]uando a lei for omissa**, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**" (grifei). O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, prevê, em seu artigo 140, *caput*, que "[o] juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico".

O Código de Processo Penal, a seu turno, institui, em seu artigo 3º, que

> [a] lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". "Nesse sentido é o recente enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, **cujo verbete dispõe que 'as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei** (HC nº 492.458/MT, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 11/6/2019, grifei).

Portanto, é defeso ao Juízo da execução penal eximir-se de deliberar acerca das hipóteses aqui aventadas, as quais dizem respeito aos lapsos de progressão necessários para o cômputo dos benefícios por aqueles sentenciados que são considerados reincidentes genéricos, seja em relação à prática de crimes com violência a pessoa ou grave ameaça, ao cometimento de delitos hediondos ou equiparados ou, ainda, relativa a crimes hediondos ou equiparados com resultado morte.

A partir do pressuposto segundo o qual não se admite no Direito Penal incriminador a analogia in malam partem, não resta outra alternativa ao julgador, diante da conjuntura delineada, que não a aplicação aos reincidentes genéricos dos patamares de progressão referentes aos sentenciados primários, uma vez que, ainda que não sejam primários, reincidentes específicos também não o são.

Desta maneira, há de se considerar que:

> a) ao sentenciado que cometeu crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas não é reincidente em delito de mesma natureza, aplicar-se-á o lapso de 25% do cumprimento da pena, previsto no inciso III do art. 112 da Lei de Execução Penal.
>
> b) ao apenado que praticou crime hediondo ou equiparado, mas também não é reincidente em crime de igual natureza, aplicar-se-á o patamar de 40%, estabelecido pelo inciso V do mesmo dispositivo legal.
>
> c) apenado que cometeu crime hediondo ou equiparado com resultado morte, mas, igualmente, é reincidente genérico, aplicar-se-á o requisito objetivo instituído pelo inciso VI, 'a', do referido artigo de lei, ou seja, deve cumprir 50% da pena para progredir.

IV. Retroatividade da lei penal mais benéfica

Quanto aos patamares de progressão dos apenados reincidentes genéricos, esmiuçada a questão relativa ao preenchimento das lacunas legais deixadas pela ausência de previsão do Pacote Anticrime, destaca-se a hipótese trazida a lume por este recurso especial, qual seja, a incidência retroativa das disposições agora vigentes.

A esse respeito, estabelece o art. 5º, XL, da Constituição da República de 1988, que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu" (grifei).

Nesse sentido:

> "[...]
>
> 3. Nas disposições sobre a execução das sanções criminais, o julgador dever recorrer à analogia in bonam partem para a integração normativa, observados, ainda, o princípio da legalidade e a retroatividade da lei penal mais benéfica [...]" (AgRg no HC nº 631.410/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 6ª T., DJe 9/3/2021).
>
> [...]
>
> 5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual [...] (HC nº 583.837/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 12/8/2020).

A partir de tais premissas, deve-se recorrer à antiga redação do revogado caput do artigo 112 da Lei nº 7.210/1984, segundo o qual

> [a] pena privativa de liberdade [seria] executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso [tivesse] cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e [ostentasse] bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão". Dessa forma, numa situação de resgate de pena imposta em face da prática de crime comum, fosse o apenado primário ou reincidente, seria necessário o cumprimento de 1/6 das reprimendas.
>
> Caso se tratasse de sentenciado condenado pela prática de crime hediondo, os patamares para auferição do preenchimento do requisito de ordem objetiva seriam extraídos da previsão do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, segundo a qual "[a] progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, **dar-se-[ia] após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado [fosse] primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (sublinhei).

A celeuma reside justamente em torno dos patamares estabelecidos pela atual redação do art. 112, caput e incisos, da Lei de Execução Penal, que tratam da prática de crime hediondo e constituem lapsos inferiores à fração de 3/5, revogada pela entrada em vigor do Pacote Anticrime.

Trata-se, por conseguinte, da análise da aplicação retroativa dos incisos V e VI, 'a', do referido artigo de lei. No que tange ao segundo inciso mencionado, é preciso salientar que, como já apontado

no tópico acima, dada a lacuna legal quanto à previsão do lapso de progressão aos apenados que cometeram delito hediondo ou equiparado com resultado morte, mas são reincidentes genéricos, é imperiosa a aplicação, à espécie, do art. 112, VI, 'a', pelas razões já minudenciadas.

Consoante a previsão legislativa anteriormente vigente, esse mesmo apenado teria de cumprir a fração de 3/5 para pleitear eventual progressão a regime mais benéfico, o que consistiria em patamar superior aos 50% estabelecidos pelo art. 112, VI, 'a', da Lei de Execução Penal. Entretanto, não se pode olvidar que o mesmo inciso, em sua parte final, prevê a vedação ao benefício do livramento condicional, disposição que não existia ao tempo da vigência do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990. Por consequência, é inadmissível sua retroatividade, por constituir situação mais gravosa ao sentenciado.

Discute-se aqui a possibilidade de abreviação do período de cumprimento de pena necessário à progressão a regime prisional menos gravoso. No entanto, ao ser beneficiado com a concessão do livramento condicional, o apenado afasta-se do confinamento, dado que "[o] livramento condicional, conforme José Frederico Marques, 'é a liberdade provisória concedida, sob certas condições, ao apenado que não revele periculosidade, depois de cumprida uma parte da pena que lhe foi imposta'"(MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 220).

Já em relação ao patamar estabelecido no art. 112, V, é irrefutável que sua incidência retroativa, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos institui conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5.

Outra não tem sido a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas Criminais, de que,

> com a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o legislador trouxe novas nuances ao tema, pois ao revogar o art. 2º, § 2º da Lei nº 8.072/1990, dispositivo o qual não fazia diferenciação entre a reincidência específica ou genérica para a progressão de regime, estabeleceu novos lapsos para progressão de regime, modificando também o art. 112 da Lei de Execução Penal" (HC nº 607.190/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 14/10/2020).

Na oportunidade, o Ministro relator salientou que,

> [n]o caso dos autos, **o paciente, que não é primário, não se enquadra nos exatos termos do inciso V, tampouco seu caso se amolda ao inciso VII, uma vez que não é reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado**. Desse modo, forçoso reconhecer que, diante das duas situações, **em obediência ao princípio do favor rei, ao paciente se deve aplicar a norma penal mais benéfica, no caso a incidência do percentual de 40% previsto no inciso V do art. 112 da Lei 7.210/1984 para fins de progressão de regime** (Idem, destaquei).
>
> Nesse mesmo sentido, exemplificativamente:
>
> [...]
>
> - A intenção do legislador foi manter os condenados mais tempo no regime estabelecido para o início do cumprimento da pena. A novatio legis insere dispositivos prejudiciais à situação jurídica do condenado, os quais somente

> poderão ser aplicados aos crimes praticados após a sua entrada em vigor, em respeito ao princípio da anterioridade (art. 5º, inciso XL, da CF e art. 1º, do CP). Em se tratando, contudo, de hipótese benéfica ao apenado, haverá a aplicação retroativa. No presente caso, o Tribunal a quo reconheceu a incidência de novatio legis in mellius, determinando a aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) da pena, para fins de progressão de regime, asseverando que "assim, dada a ausência de previsão legal acercado percentual de pena que deve ser cumprido para fins de progressão de regime, nos casos em que o apenado é condenado por crime hediondo, mas reincidente simples, de rigor a adoção da solução mais benéfica a ele, ou seja, deve ser adotado o percentual de 40% previsto no inciso V, do artigo supracitado, ainda que tal inciso mencione expressamente a sua aplicação aos condenados primários por crime hediondo ou equiparado" (e-STJ fl. 54). - Com efeito, os incisos VII e VIII do art. 112 da LEP, introduzidos pela Lei n. 13.964/2019, são taxativos e abarcam tão somente a hipótese de reincidência na prática de crime hediondo ou equiparado. O apenado foi sentenciado por delito hediondo (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), tendo sido reconhecida sua reincidência genérica, decorrente de condenação anterior pela prática de crime comum (e-STJ fl. 52). Para tal hipótese - condenado por crime hediondo, mas reincidente em razão da prática de crime comum -, como bem ponderou o Tribunal a quo (e-STJ fl. 54), inexiste, na novatio legis, percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, sendo certo que os percentuais de 60% (sessenta por cento) e 70% (setenta por cento) foram destinados aos reincidentes específicos. - Assim, **na espécie, considerando que o apenado, condenado por crime hediondo (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), é reincidente em crime comum (reincidência genérica), conforme se extrai dos presentes autos (e-STJ fl. 52), impõe-se, ante a omissão legislativa, o uso da analogia in bonam partem, para aplicar o percentual equivalente ao que é previsto para o primário (art. 112, inciso V, da LEP), qual seja, o de 40% (quarenta por cento), para fins de cálculo da progressão de regime prisional, em relação ao crime anterior praticado. - Agravo regimental desprovido** (AgRg no REsp nº 1.918.050/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 7/5/2021, sublinhei).

Ademais, urge ressaltar que a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei de Execução Penal, não esbarra no óbice da vedação à combinação de lei. Não olvido que

> a análise da lei mais benigna restará sempre submetida à avaliação do resultado final in concreto, [...] O critério da lei mais benéfica não permitiria a adoção de uma lex tertia ou de uma combinação de leis. Foi [...] essa a posição do Supremo Tribunal Federal, que, a propósito do roubo de estabelecimento bancários, **afirmou ser 'lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma 'terza legge' diversa de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador** (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. r. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 517-518, destaquei).

Para melhor compreensão da controvérsia, faz-se necessária a análise do texto dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, ambos da Lei de Execução Penal. Confiram-se (grifei):

> Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.
>
> Parágrafo único. **Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime**.
>
> Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência

> para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
>
> I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;
>
> II - **sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.**

Conclui-se da leitura dos artigos acima mencionados que, diante da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, caso o quantum de pena obtido após o somatório não permita a preservação do regime atual de cumprimento da pena, o novo regime será então determinado por meio do resultado da soma, de forma que estará o sentenciado sujeito à regressão

Não obstante a determinação de unificação das reprimendas impostas ao sentenciado, deve-se frisar que, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, instituiu-se tratamento diferenciado às penas decorrentes de crimes comuns, hediondos ou equiparados, a evidenciar a individualização do cumprimento das reprimendas, mormente diante dos diversos lapsos legais estabelecidos. Aliás, a unificação das penas não obsta, inclusive, a própria extinção parcial das reprimendas inseridas na carta de liquidação.

Assim, dadas as ponderações acima, concluo que a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

Para melhor elucidação dos casos apresentados, trago na tabela abaixo a síntese das alterações legais promovidas:

Natureza do Delito e Registros Criminais	**Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos)**	**Entrada em Vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**	**Dispositivo legal aplicável à condenação já em curso**	
	Condenação já em curso	Condenação posterior		
Reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado sem resultado morte	3/5	3/5	60% (mesmo patamar) Art. 112, VII, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990

Condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e primário	2/5	2/5	50% (recrudescimento do patamar) Art. 112, VI, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990
Condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e reincidente genérico	3/5	3/5 (**irretroatividade da lei penal posterior, dada a vedação ao livramento condicional**)	50% (**incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal**) Art. 112, VI, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990
Reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte	3/5	3/5	70% (recrudescimento do patamar) Art. 112, VIII, da LEP	Art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990

V. Dispositivo

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

Por conseguinte, a tese jurídica fixada, para os fins previstos no art. 1.036 do Código de Processo Civil, é a seguinte:

É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei nº 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio de cópia do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, para o cumprimento do disposto no art. 1.040 do Código de Processo Civil e no art. 256-R do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

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 unanimidade, negou provimento ao recurso especial representativo da controvérisa, assentando-se a seguinte tese: "É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido

no art. 112, V, da Lei nº 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante", nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília, 26 de maio de 2021. - *Gilberto Ferreira Costa*. – Secretário.

(Publicado no *DJe* de 31 de maio de 2021.)

Processual civil - Recurso especial sob o rito dos recursos repetitivos - Inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes por decisão judicial - Execução fiscal. Possibilidade - Art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal. Arts. 4º, 6º, 139, inc. IV, 782, §§ 3º a 5º, e 805 do CPC/2015 - Princípios da efetividade da execução, da economicidade, da razoável duração do processo e da menor onerosidade para o devedor - Art. 1º da Lei nº 6.830/80 - Execução fiscal - Aplicação subsidiária do CPC – SERASAJUD - Desnecessidade de esgotamento prévio de outras medidas executivas - Deferimento do requerimento de negativação, salvo dúvida razoável quanto à existência do direito ao crédito previsto na certidão de dívida ativa – CDA - Consequências práticas da decisão judicial para a precisão e qualidade dos bancos de dados dos órgãos de proteção ao crédito e para a economia do país - Art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, nova LINDB) - Recurso especial conhecido e provido - Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 c/c art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

- O objeto da presente demanda é definir se o art. 782, §3º do CPC é aplicável apenas às execuções de título judicial ou também às de título extrajudicial, mais especificamente, às execuções fiscais.

- O art. 782, §3º do CPC está inserido no Capítulo III ("Da competência"), do Título I ("Da execução em geral"), do Livro II (Do processo de execução") do CPC, sendo que o art. 771 dispõe que "este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial".

- Não há dúvidas, portanto, de que o art. 782, §3º, ao determinar que "A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.", dirige-se às execuções fundadas em títulos extrajudiciais.

- O art. 782, § 5º, ao prever que "O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.", possui dupla função: 1) estender às execuções de títulos judiciais a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes; 2) excluir a incidência do instituto nas execuções provisórias, restringindo-o às execuções definitivas.

- Nos termos do art. 1º da Lei nº 6.830/80, o CPC tem aplicação subsidiária às execuções fiscais, caso não haja regulamentação própria sobre determinado tema na legislação especial, nem se configure alguma incompatibilidade com o sistema. É justamente o caso do art. 782, §3º do CPC, que se aplica subsidiariamente às execuções fiscais pois: 1) não há norma em sentido contrário na Lei nº 6.830/1980; 2) a inclusão em cadastros de inadimplência é medida coercitiva que promove no subsistema os valores da efetividade da execução, da economicidade, da razoável duração do processo e da menor onerosidade para o devedor (arts. 4º, 6º, 139, inc. IV, e 805 do CPC). Precedentes do STJ.

- O Poder Judiciário determina a inclusão nos cadastros de inadimplentes com base no art. 782, § 3º, por meio do SERASAJUD, sistema gratuito e totalmente virtual, regulamentado pelo Termo de Cooperação Técnica nº 020/2014 firmado entre CNJ e SERASA. O ente público, por sua vez, tem a opção de promover a inclusão sem interferência ou necessidade de autorização do magistrado, mas isso pode lhe acarretar despesas a serem negociadas em convênio próprio.

- A situação ideal a ser buscada é que os entes públicos firmem convênios mais vantajosos com os órgãos de proteção ao crédito, de forma a conseguir a quitação das dívidas com o mínimo de gastos e o máximo de eficiência. Isso permitirá que, antes de ajuizar execuções fiscais que abarrotarão as prateleiras (físicas ou virtuais) do Judiciário, com baixo percentual de êxito (conforme demonstrado ano após ano no "Justiça em Números" do CNJ), os entes públicos se valham do protesto da CDA ou da negativação dos devedores, com uma maior perspectiva de sucesso.

- Porém, no momento atual, em se tratando de execuções fiscais ajuizadas, não há justificativa legal para o magistrado negar, de forma abstrata, o requerimento da parte de inclusão do executado em cadastros de inadimplentes, baseando-se em argumentos como: 1) o art. 782, § 3º, do CPC apenas incidiria em execução definitiva de título judicial; 2) em se tratando de título executivo extrajudicial, não haveria qualquer óbice a que o próprio credor providenciasse a efetivação da medida; 3) a intervenção judicial só caberá se eventualmente for comprovada dificuldade significativa ou impossibilidade de o credor fazê-lo por seus próprios meios; 4) ausência de adesão do tribunal ao convênio SERASAJUD ou a indisponibilidade do sistema. Como visto, tais requisitos não estão previstos em lei.

- Em suma, tramitando uma execução fiscal e sendo requerida a negativação do executado com base no art. 782, § 3º, do CPC, o magistrado deverá deferi-la, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA, a exemplo da prescrição, da ilegitimidade passiva ad causam, ou outra questão identificada no caso concreto.

- Outro ponto importante a ser fixado é que, sendo medida menos onerosa, a anotação do nome da parte executada em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de exaurida a busca por

bens penhoráveis. Atende-se, assim, ao princípio da menor onerosidade da execução, positivado no art. 805 do CPC. Precedentes do STJ.

- Por fim, sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão – nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) –, não se pode deixar de registrar a relevância para a economia do país e para a diminuição do "Custo Brasil" de que a atualização dos bancos de dados dos birôs de crédito seja feita por meio dos procedimentos menos burocráticos e dispendiosos, tais como os utilizados no SERASAJUD, a fim de manter a qualidade e precisão das informações prestadas. Postura que se coaduna com a previsão do art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88 ("todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado").

- Com base no art. 927, § 3º, do CPC, rejeito a modulação dos efeitos proposta pela Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP, uma vez que o entendimento firmado no presente recurso repetitivo é predominante no STJ há bastante tempo.

- Tese jurídica firmada: "O art. 782, § 3º do CPC é aplicável às execuções fiscais, devendo o magistrado deferir o requerimento de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, preferencialmente pelo sistema SERASAJUD, independentemente do esgotamento prévio de outras medidas executivas, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA.".

- Recurso especial conhecido e provido, nos termos da fundamentação.

- Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.807.180 - PR (2019/0093736-8). - Relator: MINISTRO OG FERNANDES

Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA. - Recorridos: Colombelli & Pasini Ltda, Marco Antonio Alf Colombelli e Wadis Pasini. - Advogados: Sem representação nos autos - SE000000M. – Interessados: Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo- ANNEP - "AMICUS CURIAE", Fazenda Nacional - "AMICUS CURIAE". – Advogados: Paula Sarno Braga Lago - BA018670, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira - AL006406, Gabriela Fragoso Alves - BA059986, Bernardo Silva de Lima - BA025458.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, conhecer do recurso

especial e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Dra. Adriana Cristina Dullius, pela parte Recorrente: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, e o Dr. Fredie Souza Didier Junior, pela parte: Interes.: Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo- ANNEP

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2021. - *Ministro Og Fernandes*.- Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES - Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, nos autos de demanda na qual contende com Colombelli & Pasini Ltda e outros, em face de aresto prolatado pelo e. TRF-4ª Região, assim ementado (e-STJ, fl. 12): "TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SERASAJUD. Em execução fiscal, a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes deve ser realizada pelo próprio exequente. Precedentes desta Corte".

Alega a parte recorrente, que o aresto recorrido deve ser reformado, argumentando com base no art. 139 c/c art. 782, §§ 3º e 5º do CPC, pois da "A medida coercitiva pretendida é aplicável à execução de títulos extrajudiciais, tal como a Certidão de Dívida Ativa, cujo processo de execução rege-se pela Lei 6.830/80. Importante ressaltar que o artigo 782, § 3º, do CPC, que dispõe "a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes", está previsto na Parte Especial, Livro II, Título I, que tratou "da execução em geral", enquanto as regras sobre "o cumprimento de sentença, estão estabelecidas na parte Especial, Livro I, Título II, do CPC. Em assim sendo, o § 5º do artigo 782, ao determinar que "o disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial", o fez com o objetivo de possibilitar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, também nos casos de cumprimento de sentença, uma vez que não houve essa previsão expressa na parte específica do Código que tratou do tema, e não com o propósito de excluir essa alternativa das execuções de título extrajudicial.".

O Ministro Presidente da Comissão Gestora de Precedentes assinalou a

indicação deste feito como representativo de controvérsia, determinando a intimação das partes para que "se entenderem pertinente, apresentem, em prazo comum ao do Ministério Público Federal, manifestações escritas sobre a possível seleção deste recurso como representativo da controvérsia, candidato à afetação ao rito dos repetitivos." (e-STJ, fls. 34-36).

O Ministério Público Federal manifestou ciência da decisão do Ministro

Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, ofertando parecer pela admissão do caso como feito repetitivo, e, no mérito, pelo provimento do recurso (e-STJ, fls. 41-46).

O presente feito foi afetado pela Primeira Seção para ser julgado sob a sistemática dos recursos especiais repetitivos (e-STJ, fls. 58-71), a fim de definir tese vinculante sobre a "Possibilidade ou não de inscrição em cadastros de inadimplentes, por decisão judicial, do devedor que figura no polo passivo de execução fiscal" (afetação conjunta dos dos REsps 1.809.010, 1.807.180, 1.807.923, 1.812.449 e 1.814.310).

Admitidos como amici curiae no feito, a Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP e a União apresentaram manifestações, respectivamente colacionadas às e-STJ fls. 98-123 e e-STJ fls. 135-152.

À e-STJ, fls. 157-160, novo parecer ofertado pelo MPF, corroborando o parecer anteriormente ofertado em que opinou pelo provimento do recurso especial (e-STJ, fls. 41-46).

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES: No caso em exame, quando da afetação deste feito à sistemática dos recursos especiais repetitivos, a questão representativa da controvérsia ficou delimitada nos seguintes termos:

Possibilidade ou não de inscrição em cadastros de inadimplentes, por decisão judicial, do devedor que figura no polo passivo de execução fiscal.

1.Fundamentos Relevantes Da Questão Jurídica Discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038 do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, parte recorrente, afirma como fundamentos relevantes da questão debatida neste feito os seguintes pontos:

> a) O TRF/4 negou provimento ao recurso ao fundamento de que a inclusão do devedor junto ao SERASAJUD restringe-se às hipóteses de execução definitiva de título judicial, nos termos do § 5º do artigo 782 do CPC. Salvo melhor juízo, entende a autarquia que a medida coercitiva pretendida é aplicável no âmbito da execução fiscal como medida válida, útil e legalmente prevista, conforme o disposto nos artigos 139 e §3º do artigo 782 do CPC, abaixo reproduzidos:;
>
> b) Importante ressaltar que o artigo 782, §3º, do CPC, que dispõe "a requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes", está previsto na Parte Especial, Livro II, Título I, que tratou "da execução em geral", enquanto as regras sobre "o cumprimento de sentença, estão estabelecidas na parte Especial, Livro I, Título II, do CPC. Em assim sendo, o §5º do artigo 782, ao determinar que "o disposto nos §§3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial", o fez com o objetivo de possibilitar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, também nos casos de cumprimento de sentença, uma vez que não houve essa previsão expressa na parte específica do Código que tratou do tema, e não com o propósito de excluir essa alternativa das execuções de título extrajudicial.;
>
> c) [...] a decisão ora combatida deve ser reformada para que seja utilizado o sistema SERASAJUD, jus-

tamente porque a expedição de ofícios desprestigia o avanço tecnológico instituído pelo CNJ, indo de encontro à celeridade do processo e onera ainda mais o executivo fiscal.".

Às e-STJ fls. 135-152, a UNIÃO manifestou-se como *amicus curiae*, alegando:

a) [...] o tema não é novo: na doutrina ou no Poder Judiciário, é trivial o reconhecimento da possibilidade de inscrição, em cadastro de inadimplentes, do devedor que figura no polo passivo de Execução Fiscal. O Livro II do Código de Processo Civil trata do "Processo de Execução". O Título I desse Livro: "Da Execução em geral". E no art. 771, abre-alas do Livro e do Título, lê-se: "Este Livro regula o procedimento da execução fundada em TÍTULO EXTRAJUDICIAL, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva". [...]. Notem, Excelências, o § 5° desse art. 782 buscou estender aquilo que seria típico da Execução de Título Extrajudicial também às Execuções de Título Judicial.;

b) A interpretação daquele art. 782 e seus parágrafos soara tão pacífica, que o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) teve de ressalvar o contrário: o quanto o próprio credor público também poderia atuar, sem a intermediação do Juízo. Por isso o Enunciado n. 190 da Carta de Florianópolis: "O art. 782, § 3º, CPC não veda a inclusão extrajudicial do nome do executado em cadastros de inadimplentes, pelo credor ou diretamente pelo órgão de proteção ao crédito".;

c) [...] considerando que o art. 1º da LEF permite a aplicação subsidiária do CPC, conclui-se pela possibilidade de inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito, mesmo nas dívidas oriundas de Execução Fiscal, sendo o § 3º do art. 782, CPC, dispositivo inserto no Livro II do Código, aplicável à "execução em geral" (Título I). De sorte que não são necessárias delongas para reconhecer que a expedição de Ofícios aos cadastros restritivos (BACENJUD, RENAJUD e SERASAJUD, por exemplo) é permitida pelo CPC e pela LEF, visando a auxiliar os magistrados a dar agilidade e concretude aos processos judiciais que envolvem dívidas (principalmente, dívidas públicas).;

d) [...] o SERASAJUD é um sistema exclusivo de atendimento ao Poder Judiciário. A Administração Fazendária ou qualquer outro credor público não tem acesso e, tampouco, gerencia o SERASAJUD. A diligência de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes não pode ser realizada pelo próprio exequente. Exigir que os credores enviem Ofícios e paguem por esses serviços, mesmo existindo um convênio específico em vigor, mais tecnológico e mais efetivo, data venia, não se coaduna com os princípios da razoável duração do processo e da satisfação dos créditos, contidos no CPC.

Às e-STJ fls. 98-123, a **Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP** manifestou-se como *amicus curiae*, alegando:

a) A doutrina majoritária, por sua vez, acertadamente, caminha no sentido de estender a aplicabilidade da medida executiva típica em debate para além das execuções de títulos judiciais, abrangendo-se aqui as execuções fiscais. Trata-se de um posicionamento que se mostra compatível com uma interpretação sistemática- teleológica da legislação processual vigente. Também é nesse sentido o entendimento da ANNEP;

b) Quanto à execução fiscal - uma das execuções de títulos executivos extrajudiciais, esta é regida pela Lei 6.830/1980, incidindo sobre ela, subsidiariamente o Código de Processo Civil, conforme dispõe o seu primeiro artigo. [...]. Dito isso, seria contraditório admitir que medidas executivas que buscam reduzir o percurso até a satisfação do crédito

> tributário fossem rechaçadas por somente constarem na legislação processual geral - neste particular, o CPC. Afinal, é a efetividade da execução o propósito existencial da legislação específica. [...]. Além disso, essa conclusão mostra-se também em consonância com o art. 771, caput, do CPC, que estabelece a aplicação subsidiária das regras relativas ao processo de execução de título extrajudicial aos procedimentos especiais de execução, no que for cabível.;
>
> c) [...] admitir uma interpretação restritiva do 782, §3º, somente com base em sua literalidade (haja vista que só há menção à execução definitiva de título judicial no parágrafo 5º do art. 782 do CPC) é não somente ato contrário à base principiológica da legislação processual, mas também contrário ao próprio propósito da execução;
>
> d) "Pergunta-se: deve o exequente necessariamente aguardar o exaurimento de outras medidas executivas, sob pena de indeferimento de seu pedido de inclusão do devedor em cadastro de inadimplentes? Essa análise (do momento para utilização da ferramenta serasajud ou mediante expedição de ofício), assim como em relação à utilização de outras ferramentas como Bacenjud, Renajud e Infojud, também já foi realizada por esta Egrégia Corte. Nestes episódios, ficou estabelecido que não é necessário o exaurimento de outras diligências para que se possa requer a efetivação da medida em comento. Para esta Associação, ora Interveniente, este posicionamento se mostra acertado.;
>
> e) (...) Caso a posição adotada pelo STJ seja a de aplicação do art. 782, § 3º do CPC às execuções de títulos extrajudiciais em geral, entre elas a fiscal, problema poderia surgir para aqueles exequentes que tiveram, no passado, o requerimento indeferido. Nesses casos, essa associação entende como razoável a modulação dos efeitos da decisão a ser dada no julgamento do presente Recurso Especial, de modo a não serem considerados preclusos novos requerimentos, visando a negativação do executado. Com isso, os exequentes outrora prejudicados poderão requerer, novamente, a efetivação da medida executiva em debate, cujo deferimento não poderá ter como óbice a necessidade de esgotamento prévio de outras medidas executivas.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 157-160 reiterou os termos do parecer oferecido às fls. 41-46, em que trouxe os seguintes argumentos:

> a) A jurisprudência atual do STF corretamente indica a possibili- dade de a medida do art. 782, § 3º, do CPC ser aplicada nas execu- ções fiscais, por ato do juízo, em atendimento ao pedido do interessado: eventual possibilidade de a parte interessada obter, por si, a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes não exime o juízo de atender-lhe o pedido, se satisfeitos os demais requisitos le- gais da medida."

2. FUNDAMENTOS DETERMINANTES DO JULGADO (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

Como explicitado no relatório, o presente julgamento visa a definir, sob a sistemática dos recursos repetitivos, se o art. 782, §3º do CPC é aplicável apenas às execuções de título judicial ou também às de título extrajudicial, mais especificamente, às execuções fiscais.

O art. 782 do CPC prescreve:

> Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.
>
> § 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

> § 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará.
>
> § 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.
>
> § 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.
>
> § 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.

A norma sob análise está inserida no Capítulo III ("Da competência"), do Título I ("Da execução em geral"), do Livro II (Do processo de execução") do CPC.

O art. 771 do CPC, que dá início ao referido Livro II, dispõe:

> Art. 771. **Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial**, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva. (grifou-se)

Não há dúvidas, portanto, de que o art. 782, § 3º, ao determinar que "A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.", dirige-se às execuções fundadas em títulos extrajudiciais.

Já tive a oportunidade de defender tal posicionamento em sede doutrinária, que peço vênia para transcrever (SOUZA, Artur César de; FERNANDES, Geraldo Og Nicéas. *Execução e cumprimento de sentença*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 121.):

> Se o exequente requerer, o juiz poderá determinar a inclusão do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes, como, por exemplo, SPC, SERASA etc. A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo. Trata-se de uma medida coativa permitida pela legislação processual para estimular o executado ao cumprimento da obrigação, uma vez que a inclusão de seu nome em cadastros de inadimplentes poderá ensejar inúmeros dissabores, como, por exemplo, restrição ao crédito. **O juiz poderá determinar a inscrição do nome do executado em cadastros de inadimplentes tanto em execução de título executivo extrajudicial quanto no cumprimento de título executivo judicial.** (grifou-se)

Na mesma trilha, colhe-se a doutrina de Aluísio de Castro Mendes e Larissa Pochmann Silva (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann. *Da efetivação do crédito e os cadastros de inadimplentes no novo Código de Processo Civil*: breves notas. In: NETO, Francisco Antônio de Barros e Silva Neto; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; CUNHA, Leonardo Carneiro da; JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. Relações e Influências Recíprocas entre Direito Material e Direito Processual: Estudos em homenagem ao Professor Torquato Castro. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 82.):

> Destaque-se, por oportuno, que **a positivação do cadastro, tanto para títulos judiciais como para titulos extrajudiciais**, vem, ainda, corroborar a previsão do artigo 139, inciso IV, do novo diploma, que dispõe como uma das funções do juiz a determinação de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária, valendo-se a nova legislação de mais um instrumento para a busca da satisfação do crédito. (grifou-se)

O art. 782, § 5º, ao prever que "O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.", possui dupla função: 1) estender às execuções de títulos judiciais a possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes; 2) excluir a incidência do instituto nas execuções provisórias, restringindo-o às execuções definitivas.

Corroborando o afirmado, colhe-se o Enunciado nº 99 da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF: "A inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes poder-se-á dar na execução definitiva de título judicial ou extrajudicial.".

Antônio Mota traz a seguinte lição sobre o ponto (In: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). *Enunciados das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF*: organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 304.): "Não seria aceitável admitir a inscrição no cadastro de inadimplentes tendo como esteio a obrigação cobrada em sede de execução definitiva de título judicial e não diante da ação de execução de título extrajudicial. As duas carregam o traço da definitividade".

O Enunciado nº 190 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, por sua vez, doutrina: "O art. 782, § 3°, não veda a inclusão extrajudicial do nome do executado em cadastros de inadimplentes, pelo credor ou diretamente pelo órgão de proteção ao crédito.".

Nesse tema, trago a doutrina de Edilson Vitorelli (In: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC*: organizados por assunto, anotados e comentados. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 603.):

> O propósito do enunciado é apenas esclarecer que a possibilidade de o juiz determinar a inclusão de pessoas nesses cadastros não significa que tal determinação seja requisito para o ato. Assim, se o credor for conveniado aos serviços de proteção ao crédito e, por essa razão, tiver condições de remeter, por si mesmo, o nome do devedor para inclusão, poderá fazê-lo livremente. A ordem judicial não foi convertida em requisito para o ato. Ela é útil apenas para os credores não conveniados ao serviço.

Há que ser rejeitada, portanto, por desconformidade com a legislação, a argumentação de que o art. 782, § 5º teria como intuito restringir as inclusões em cadastros de inadimplentes às execuções de títulos judiciais.

Fixada a premissa de aplicabilidade do art. 782, § 3º do CPC à execução de título extrajudicial, resta examinar se o âmbito de incidência da norma se estende às execuções fiscais. Vejamos.

A Lei nº 6.830/1980, em seu art. 1º, prescreve: "Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias **será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil**". (grifou-se)

O CPC tem aplicação subsidiária às execuções fiscais, caso não haja regulamentação própria sobre determinado tema na legislação especial, nem se configure alguma incompatibilidade com o sistema.

É justamente o caso do art. 782, § 3º do CPC, que se aplica subsidiariamente às execuções fiscais pois: 1) não há norma em sentido contrário na Lei nº 6.830/1980; 2) a inclusão em cadastros de inadimplência é medida coercitiva que promove no subsistema os valores da efetividade da execução, da economicidade, da razoável duração do processo e da menor onerosidade para o devedor (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal; arts. 4º, 6º, 139, inc. IV, e 805 do CPC).

De fato, já vigora há alguns anos a utilização, nas execuções fiscais, das ferramentas do protesto de título em cartório e de inclusão em cadastros de inadimplência.

Embora se trate de instituto que não se confunde com a negativação em cadastros de inadimplência, é importante tecer algumas considerações sobre o protesto de títulos em cartório, devido às similaridades entre os dois instrumentos de recuperação de créditos.

A Lei nº 12.767/2012 incluiu um parágrafo único no art. 1º da Lei nº 9.492/1997, com a seguinte alteração: "Art. 1º. [...]. Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas".

Assim, não há dúvidas de que o exequente, por seus próprios meios, pode promover tanto o protesto da CDA em cartório quanto a inscrição do executado em cadastros de inadimplentes. O CPC inovou ao incorporar a possibilidade de protesto (art. 517) e de inclusão em cadastros de inadimplentes (art. 782) de decisão judicial transitada em julgado.

De fato, é usual que as Procuradorias da Fazenda em todo o país promovam o protesto de CDA's, bem como a inscrição de devedores em cadastros de inadimplentes. O que se discute neste feito é a possibilidade de tal inscrição ser determinada por ordem judicial, em sede de execução fiscal.

A propósito, o STF fixou a seguinte tese, no julgamento da ADI nº 5.135-DF: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política." (ADI 5135, Relator: Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 09/11/2016, processo eletrônico DJe-022 divulg 06-02-2018 public 07-02-2018).

O Provimento nº 86 do CNJ, de 29 de agosto de 2019, dispõe "sobre a possibilidade de pagamento postergado de emolumentos, acréscimos legais e demais despesas, devidos pela apresentação de títulos ou outros documentos de dívida para protesto".

Consoante o art. 2º da norma referida, o pagamento dos emolumentos do protesto foi postecipado, ou seja, é realizado ao final pelo devedor, se quitar a dívida. O credor será responsável pelo pagamento apenas se desistir ou houver cancelamento do protesto. O art. 2º, §1º esclarece que isso se aplica também às certidões de dívida ativa da União Federal, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas.

O protesto de títulos tem sido feito de forma 100% online, por um sistema virtual intitulado Central de Remessa de Arquivos - CRA.

No caso do cadastro nos órgãos de proteção ao crédito, os custos e a forma de envio dos dados dependem dos termos de eventual convênio firmado com o ente interessado.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por exemplo, tem convênio com o SERASA, com utilização de sistema virtual, cabendo à Procuradoria arcar apenas com o custo das correspondências (envio de cartas aos devedores, por exemplo). Há notícias de outros entes públicos com convênios com o SERASA, com diferentes graus de onerosidade. A título exemplificativo, existe convênio em que se ajusta um quantitativo mensal de negativações que está dentro do valor acordado, sendo pago um valor extra para inclusões adicionais.

É bastante comum que os Cartórios de Protestos também enviem relatórios dos títulos protestados aos órgãos de proteção ao crédito, como SERASA e SPC. Assim, o protesto da CDA, que é gratuito, já implicaria a inclusão nos cadastros de inadimplência, sem qualquer custo adicional para o ente público interessado.

O menor custo e o funcionamento totalmente eletrônico do sistema explicam o motivo de estar havendo uma certa predileção dos entes públicos pelo protesto da CDA, em vez da negativação do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes. E também explica a preferência dos entes públicos, em alguns casos, por requerer a referida negativação ao juiz, em vez de promovê-la pelos seus próprios meios.

O Poder Judiciário determina a inclusão com base no art. 782, § 3º, por meio do SERASAJUD, sistema gratuito e totalmente virtual, regulamentado pelo Termo de Cooperação Técnica nº 020/2014 firmado entre CNJ e SERASA. O ente público, por sua vez, tem a opção de promover a inclusão sem interferência ou necessidade de autorização do magistrado, mas isso pode lhe acarretar despesas a serem negociadas em convênio próprio.

A situação ideal a ser buscada é que os entes públicos firmem convênios mais vantajosos com os órgãos de proteção ao crédito, de forma a conseguir a quitação das dívidas com o mínimo de gastos e o máximo de eficiência. Isso permitirá que, antes de ajuizar execuções fiscais que abarrotarão as prateleiras (físicas ou virtuais) do Judiciário, com baixo percentual de êxito (conforme demons-

trado ano após ano no "Justiça em Números" do CNJ), os entes públicos se valham do protesto da CDA ou da negativação dos devedores, com uma maior perspectiva de sucesso.

Nota-se, a propósito, uma tendência de desjudicialização dos procedimentos executivos, a exemplo dos Projetos de Lei nº 6.204/2019 (execução cível) e 4.257/2019 (execução fiscal), em trâmite no Senado Federal, que propõem a propositura e o andamento da execução perante os tabelionatos de protesto.

Porém, no momento atual, em se tratando de execuções fiscais ajuizadas, não há justificativa legal para o magistrado negar, de forma abstrata, o requerimento da parte de inclusão do executado em cadastros de inadimplentes, baseando-se em argumentos como: 1) o art. 782, § 3º, do CPC apenas incidiria em execução definitiva de título judicial; 2) em se tratando de título executivo extrajudicial, não haveria qualquer óbice a que o próprio credor providenciasse a efetivação da medida; 3) a intervenção judicial só caberá se eventualmente for comprovada dificuldade significativa ou impossibilidade de o credor fazê-lo por seus próprios meios; 4) ausência de adesão do tribunal ao convênio SERASAJUD ou a indisponibilidade do sistema. Como visto, tais requisitos não estão previstos em lei.

Em suma, tramitando uma execução fiscal e sendo requerida a negativação do executado com base no art. 782, § 3º, do CPC, o magistrado deverá deferi-la, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA, a exemplo da prescrição, da ilegitimidade passiva ad causam, ou outra questão identificada no caso concreto.

No mesmo sentido, trago a lição de Carlos Alberto Carmona (CARMONA, Carlos Alberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo. AASP, 2015, p. 1203-1204):

> A comunicação aos órgãos que se encarregam de apontar os devedores inadimplentes deve ser requerida pelo credor (não pode ser decretada de ofício pelo juiz) e, portanto, acarreta responsabilização do exequente caso a execução mostre-se infundada. A anotação, junto aos órgãos de proteção ao crédito, sabem todos, acarreta uma série de entraves à vida civil, com possível bloqueio de crédito e de acesso a serviços bancários diversos.
>
> Por isso mesmo, **deve o juiz verificar, diante do pedido do credor, se é efetivamente caso de fazer a comunicação. Em outros termos, não basta o pedido do credor para que o juiz proceda à inclusão do nome do devedor no rol dos inadimplentes: é preciso que o juiz pondere se existe dúvida razoável acerca da existência do direito do credor. Se existir algum receio do magistrado de que a execução possa ser abusiva, ilícita ou indevida, o pleito será indeferido. Este o sentido da utilização do verbo poder no § 3º do art. 782 do CPC/2015 (e não do verbo dever)**. (grifou-se)

Outro ponto importante a ser fixado é que, sendo medida menos onerosa, a anotação do nome da parte executada em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de exaurida a busca por bens penhoráveis. Atende-se, assim, ao princípio da menor onerosidade da execução, positivado no art. 805 do CPC. Nesse prisma, transcrevo trecho da opinião manifestada pela Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP como *amicus curiae*:

Essa análise (do momento para utilização da ferramenta serasajud ou mediante expedição de ofício), assim como em relação à utilização de outras ferramentas como Bacenjud, Renajud e Infojud, também já foi realizada por esta Egrégia Corte. **Nestes episódios, ficou estabelecido que não é necessário o exaurimento de outras diligências para que se possa requer a efetivação da medida em comento**.

[...].

Não fosse isso, o Código de Processo Civil, em seu artigo 139, inciso IV, estabelece como poder-dever do juiz a determinação de todas medidas executivas que se fizerem necessárias à satisfação da prestação pecuniária objeto, não estabelecendo cronologia entre tais medidas (sendo indiferente, portanto, se são indutivas, coercitivas - como é o caso da negativação do nome, mandamentais ou sub-rogatórias).

Por fim, **a negativação do nome é medida pouco gravosa para o executado, se comparada às outras medidas executivas, tais como penhoras (online, por renajud e de bens, por oficial de justiça) que podem vir a recair sobre o executado. É, portanto, medida compatível com o princípio da menor onerosidade da execução previsto no art. 805 do Código de Processo Civil (cláusula geral de proteção ao executado que versa sobre a necessidade e adequação da medida executiva pleiteada)**. (grifou-se)

Por fim, colaciono precedentes das Turmas que compõem a 1ª Seção do STJ, a fim de demonstrar o entendimento predominante na Corte sobre a matéria, em consonância com o voto ora proferido:

Tributário. Agravo interno no recurso especial. Execução fiscal. Art. 782, § 3º. Do código fux. Inclusão do nome do devedor em cadastro de inadimplentes. Possibilidade. Agravo interno do particular desprovido. -. **Esta Corte Superior de Justiça entende que o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tal como o SerasaJUD, nos termos do art. 782, § 3º. do Código Fux, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que tal medida é inviável em via de execução fiscal. Precedentes: REsp. 1.826.084/SC, Rel. Min. OG Fernandes, DJe 23.8.2019 e REsp. 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 14.5.2019.** - Agravo Interno do Particular desprovido (AgInt no REsp 1814906/PE, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 21/09/2020, DJe 24/09/2020). (grifou-se)

Processual civil e tributário. Execução fiscal. Inscrição em cadastro de inadimplentes. SERASAJUD. Art. 782 do CPC/2015. Possibilidade. Faculdade do juiz. Recusa por ausência de convênio ou indisponibilidade do sistema. Impossibilidade. - É possível a utilização do sistema Serasajud nos processos de Execução Fiscal. Não há qualquer óbice ao seu emprego em relação a devedores inscritos em Dívida Ativa que, demandados em juízo, não cumpram a obrigação em cobrança. - **A previsão do § 5º do art. 782 do CPC/2015 de que o disposto nos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo legal aplica-se à execução definitiva de título judicial não constitui vedação à utilização nos executivos fiscais. A norma não prevê tal restrição e deve ser interpretada de forma a dar ampla efetividade à tutela executiva, especialmente quando o credor é o Estado e, em última análise, a própria sociedade. Inteligência dos arts. 1º da Lei 6.830/1980 e 771 do CPC/2015**. - Como bem ressaltado pelo Min. Francisco Falcão, no REsp 1.799.572/SC, "tal medida concretiza o princípio da efetividade do processo, possuindo respaldo basilar nas Normas Fundamentais do Processo Civil, considerando que 'as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa' (art. 4º do CPC/2015) e o dever de cooperação processual, direcionado igualmente ao Poder Judiciário, 'para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva' (art. 6º do CPC/2015)" (Segunda Turma, DJe 14.5.2019). - O STJ possui compreensão firmada de que é legal a realização de pesquisas nos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, porquanto são meios colocados à disposição da parte exequente para agilizar a satisfação de seus créditos, não sendo necessário o esgotamento das buscas por outros bens do executado. Precedentes: REsp 1.778.360/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma,

DJe 14.2.2019; AgInt no AREsp 1.398.071/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.3.2019; AREsp 1.376.209/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 13.12.2018; AgInt no AREsp 1.293.757/ES, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14.8.2018; AgInt no REsp 1.678.675/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13.3.2018. - **Sendo medida menos onerosa à parte executada, a anotação do nome em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de que seja esgotada a busca por bens penhoráveis.** - O uso da expressão verbal "pode" no art. 782, § 3º, do CPC/2015, torna claro que se trata de uma faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto. - **Interpretação que encontra amparo no art. 139, IV, do CPC/2015, segundo o qual, no exercício do poder de direção do processo, incumbe ao juiz "determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária"**. Precedentes da Segunda Turma: REsp 1.794.447/AL, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.4.2019; REsp 1.762.254/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.11.2018. - **O magistrado não pode se recusar a incluir o nome do devedor em cadastro de inadimplentes, por inexistência de convênio para negativação pela via eletrônica**. - A Segunda Turma já se pronunciou que "o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tal como o SerasaJUD, nos termos do art. 782, § 3º, do CPC/2015, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que tal medida é inviável em via de execução fiscal" (REsp 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14.5.2019). - Eventuais adversidades momentâneas no sistema eletrônico igualmente não representam óbice à adoção dessa medida processual, haja vista a possibilidade de expedição de ofício ao Serasa, por meio físico (REsp 1.736.217/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 1º.3.2019). - Se compete ao juiz da execução efetivar as medidas executivas tendentes à satisfação do crédito, a ausência de convênio ou a indisponibilidade do sistema não são motivos suficientes à negativa judicial de aplicação do art. 782, § 3º, do CPC/2015. A possibilidade de expedição de ofício ao banco de dados restritivo, por si só, afasta a razoabilidade da recusa. - **Em síntese: a) é possível a utilização do sistema Serasajud nos processos de Execução Fiscal**; b) é legal a realização de pesquisas nos sistemas Bacenjud, Renajud e Infojud, porquanto são meios colocados à disposição da parte executada para agilizar a satisfação de seus créditos, não sendo necessário o esgotamento das buscas por outros bens do executado; **c) sendo medida menos onerosa à parte executada, a anotação do nome em cadastro de inadimplentes pode ser determinada antes de esgotada a busca por bens penhoráveis; d) o uso da expressão verbal "pode", no art. 782, § 3º, do CPC/2015, demonstra que cuidar-se de uma faculdade atribuída ao juiz, a ser por ele exercida ou não, a depender das circunstâncias do caso concreto; e) o magistrado não pode recusar o pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tais como o Serasajud, argumentando apenas a ausência de convênio ou a indisponibilidade do sistema**.(...). - Recurso Especial não provido (REsp 1827340/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 17/09/2019, DJe 11/10/2019) (grifou-se)

Por fim, sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão – nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) –, não se pode deixar de registrar a relevância para a economia do país e para a diminuição do "Custo Brasil" de que a atualização dos bancos de dados dos birôs de crédito seja feita por meio dos procedimentos menos burocráticos e dispendiosos, tais como os utilizados no SERASAJUD, a fim de manter a qualidade e precisão das informações prestadas.

Tal postura se coaduna com a previsão do art. 5º, inc. XXXIII, da CF/88 ("todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado").

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO (art. 927, § 3º, do CPC/2015)

Rejeito a modulação dos efeitos proposta pela Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP, uma vez que o entendimento firmado no presente recurso repetitivo é predominante no STJ há bastante tempo.

O art. 927, § 3º do CPC prevê que "Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.".

No mesmo sentido, o Enunciado nº 76, aprovado na I Jornada de Processo Civil do CJF, dispõe: "É considerada omissa, para efeitos do cabimento dos embargos de declaração, a decisão que, **na superação de precedente**, não se manifesta sobre a modulação de efeitos". (grifou-se)

O Enunciado nº 55 do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC, por sua vez, explicita que: "Pelos pressupostos do § 3º do art. 927, **a modificação do precedente** tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto". (grifou-se)

Ravi Peixoto traz a seguinte lição sobre o ponto (In: FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura (Coords.). *Enunciados das Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF*: organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 398-399.):

> **No caso da superação de precedentes, a quebra da estabilidade é gerada pelo próprio Poder Judiciário, ao modificar, de forma surpreendente, um posicionamento consolidado, podendo surgir, nessa situação, a necessidade da utilização da modulação de efeitos**. Tanto a segurança jurídica como a confiança legítima exigem uma tutela adequada, quando violadas e, uma de suas formas, estudada nesse trabalho, é a modulação de efeitos, sendo um dever do referido órgão jurisdicional ao menos conhecer da matéria. (grifou-se)

Assim, não se configura presente a necessidade de modulação dos efeitos do julgado, tendo em vista que tal instituto visa a assegurar a efetivação do princípio da segurança jurídica, impedindo que o jurisdicionado de boa-fé seja prejudicado por seguir entendimento dominante que terminou sendo superado em momento posterior, o que, como se vê claramente, não ocorreu no caso concreto.

4. TESE JURÍDICA FIRMADA (art. 104-A, inc. III, do RISTJ):

Para efeito de cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese: "O art. 782, §3º do CPC é aplicável às execuções fiscais, devendo o magistrado deferir o requerimento de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, preferencialmente pelo sistema SERASAJUD, independentemente do esgotamento prévio de outras medidas executivas, salvo se vislumbrar alguma dúvida razoável à existência do direito ao crédito previsto na Certidão de Dívida Ativa - CDA.".

5. SOLUÇÃO DADA AO CASO CONCRETO (art. 104-A, inc. IV, do RISTJ):

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, a fim de reformar o acórdão recorrido, reconhecendo o cabimento do pleito de inclusão de devedor no cadastro de inadimplentes (Sistema SERASAJUD) em executivo fiscal, com base no art. 782, §3º, do CPC, impondo-se o retorno dos autos ao juízo de primeira instância, a fim de que examine a viabilidade do petitório no caso concreto, nos termos da fundamentação.

Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Seção, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 24 de fevereiro de 2021. - Bárbara Amorim Sousa Camuña. – Secretária.

(Publicado no DJe de 11 de março de 2021.)

Habeas Corpus – Matéria de Fundo – Reiteração – Viabilidade. O fato de tratar-se de reiteração de matéria veiculada em outra impetração não impede a apreciação do pedido.

Habeas Corpus – Instância – Supressão. Revelando o habeas corpus parte única – o paciente, personificado pelo impetrante –, o instituto da supressão de instância há de ser tomado, no que visa beneficiá-la, com as cautelas próprias.

Testemunhas – Audição – Ordem. Cabe ao Juiz, na audiência de instrução e julgamento, assegurar a inquirição de testemunha pelas partes, podendo veicular perguntas caso necessário esclarecimento – artigo 212 do Código de Processo Penal.

HABEAS CORPUS 187.035 – SP. – Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO.

Paciente: J.L. – Impetrante: A.Z.T. e outros. – Coautor: Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir a ordem, para reconhecer a nulidade do processo-crime a partir da audiência de instrução, com a necessária renovação do ato, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão realizada por videoconferência, em 6 de abril de 2021, presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 6 de abril de 2021. - *Ministro Marco Aurélio* – Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O assessor E.R.N.F. assim revelou os contornos da impetração:

> Eis o informado quando da análise do pedido de liminar:
>
> […]
>
> O Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Sorocaba/SP, no processo nº 0017583-79.2016.8.26.0602, recebeu denúncia contra o paciente e outras pessoas, ante os crimes dos artigos 2º, parágrafos 2º e 3º (integrar organização criminosa, com causas de aumento alusivas ao emprego de arma de fogo e posição de liderança), da Lei nº 12.850/2013, 158, § 1º (extorsão com causa de aumento relacionada ao uso de

arma de fogo), do Código Penal e 1º, § 4º (lavagem de dinheiro, cometida de forma reiterada e mediante organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998.

Em audiência visando a tomada de depoimentos de testemunhas, a defesa requereu a observância do artigo 212 do Código de Processo Penal. A Magistrada que presidia o ato não acolheu o pedido. Concluiu não versar o preceito impedimento ao Juiz de iniciar a inquirição.

No Superior Tribunal de Justiça, o Relator inadmitiu o habeas corpus nº 578.934/SP. A Sexta Turma desproveu agravo.

Os impetrantes sustentam configurada nulidade processual, afirmando violado o citado artigo 212. Dizem caber, principalmente, às partes a produção da prova oral, podendo o Juiz apenas complementar inquirição. Apontam que a Magistrada adotou postura como se Órgão da acusação fosse, iniciando a feitura de perguntas e induzindo respostas. Sublinham haver a defesa se insurgido no momento oportuno e demonstrado o prejuízo.

[…]

[…]

Este habeas corpus foi distribuído por prevenção, ante a vinculação com o habeas corpus nº 175.048, com idênticos causa de pedir e pedidos. Nesse processo, Vossa Excelência implementou liminar, para suspender o processo-crime. A Primeira Turma inadmitiu-o, tornando insubsistente a medida de urgência, mediante acórdão assim sintetizado:

[...]

Habeas Corpus contra decisão monocrática de ministro de tribunal superior. Recorribilidade. Supressão de instância. Inexistência de ilegalidade. Inobservância do procedimento previsto no art. 212, do Código De Processo Penal. Nulidade relativa. Ausência de comprovação de prejuízo. Precedentes. Não conhecimento do habeas corpus. [...] - O acórdão impugnado encontra amparo na jurisprudência de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212, do Código de Processo Penal, pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita [...] - A defesa do paciente trouxe argumentação genérica, sem demonstrar qualquer prejuízo concretamente sofrido, capaz de nulificar o julgado. Nesse contexto, incide a regra segundo a qual não haverá declaração de nulidade quando não demonstrado o efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief). Precedentes desta CORTE:

[…]

Postularam, no campo precário e efêmero, a suspensão do processo-crime. Buscam, alfim, o reconhecimento da nulidade a partir da audiência de inquirição de testemunhas, determinando-se a renovação do ato.

Em 21 de janeiro de 2021, Vossa Excelência não implementou a medida acauteladora, considerada a decisão da Turma no habeas corpus de idêntico objeto, deixando para tornar efetiva a compreensão sobre o tema por ocasião do julgamento em Colegiado.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela inadmissão do habeas corpus, dizendo tratar-se de reiteração. Aludindo a superveniência de sentença condenatória contra a qual formalizada apelação, afirma que o exame da matéria configura supressão de instância. Destaca inexistir ilegalidade.

Consulta ao sítio do Tribunal de Justiça, em 25 de fevereiro de 2021, revelou a condenação do paciente a 73 anos e 10 meses de reclusão, no regime fechado, e 847 dias-multa. Apelação interposta está pendente.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Improcedem as preliminares suscitadas pela Procuradoria-Geral da República. O fato de tratar-se de reiteração de matéria veiculada em outra impetração não impede a apreciação do pedido.

O princípio da vedação de supressão de instância há de ser tomado com reserva em se tratando de impetração. Visa beneficiar a parte, e esta, no habeas corpus, é o paciente, personificado pelo impetrante.

Cumpre reiterar o assentado no *habeas corpus* nº 175.048, com objeto idêntico ao deste:

> […]
>
> 2. Quanto à ordem de realização de perguntas às testemunhas, na audiência do dia 28 de novembro de 2018, formalizou-se requerimento buscando a observância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal. O Juízo não acolheu o pedido, sob os seguintes argumentos:
>
> […]
>
> Indefiro o pedido, pois a nova redação do artigo 212 do CPP, não impede que o juiz inicie inquirindo as testemunhas. Nesse sentido o entendimento de Nucci que entende que a nova redação do art. 212 do CPP não alterou o sistema inicial de inquirição. Afirma que "quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que 'as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha', agora se diz que 'as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha (...)'." Argumenta que "nenhuma modificação foi trazida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado" (Código de Processo Penal Comentado, 8ª ed., p. 480). Além do que, a suposta falta de observância da nova sistemática 212 do CPP não acarreta nulidade absoluta. Pelo que ressai da inteligência do artigo 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. A defesa não afirmou qual prejuízo sofreria o réu, pois evidentemente inexiste. Ainda, reperguntando a parte ao final, após as reperguntas de quem arrolou o depoente, preserva-se o contraditório, evitando-se qualquer surpresa com a indagação final pelo juízo.
>
> […]
>
> O critério ficou à margem do versado no artigo 212 do Código de Processo Penal:
>
> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.
>
> O parágrafo único do artigo dispõe que, "sobre os pontos não esclarecidos, o Juiz poderá complementar a inquirição". A ordem jurídica apenas prevê a possibilidade de o próprio Juiz veicular perguntas se verificados, ante o questionamento das partes, pontos não esclarecidos. Precedente: habeas corpus nº 111.815, Primeira Turma, redator do acórdão o ministro Luiz Fux.
>
> [...]

Defiro a ordem, para reconhecer a nulidade do processo-crime a partir da audiência de instrução. Como consequência, o ato deve ser renovado.

Voto

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Boa tarde, Presidente. Cumprimento Vossa Excelência, Ministro Dias Toffoli. Cumprimento a Ministra Rosa Weber; o nosso Decano, Ministro-Relator Marco Aurélio; o Ministro Roberto Barroso. Também cumprimento o Ministério Público, na pessoa do Subprocurador-Geral Doutor P.G.B., o Doutor L.G., nosso Secretário, e parabenizando pela sustentação oral, o Doutor A.T.

Presidente, assim como fiz no Habeas Corpus 175.048, vou pedir todas as vênias ao eminente Ministro Marco Aurélio para dele divergir.

No Habeas Corpus 175.048, em que pese, por maioria, não termos conhecido em virtude da súmula, analisamos, conforme dito inclusive da tribuna, a questão da inexistência de ilegalidade ou teratologia, até porque, em casos excepcionais, a Turma vem atenuando a Súmula 691 quando flagrantes a ilegalidade e a teratologia.

Naquele momento, não me pareceu ser o caso, como agora também, analisando o mérito do habeas corpus, não me parece tenha ocorrido comprovação de prejuízo que caracteriza nulidade para que se possa anular todo o processo que, em 20 de janeiro do presente ano, findou-se, em primeira instância, com a condenação do paciente a 73 anos e 10 meses de reclusão exatamente por integrar organização criminosa, com causas de aumento de pena de uso de arma de fogo e posição de liderança, ou seja, um dos líderes de organização criminosa; por extorsão - causa de aumento de pena também por com uso de arma de fogo; lavagem de dinheiro cometida de forma reiterada e mediante organização criminosa. Ou seja, crimes gravíssimos, pelos quais foi submetido ao devido processo legal e condenado a 73 anos e 10 meses, pendente a apelação.

À época, discutimos as questões sobre a nulidade para afastar qualquer teratologia e colocou-se - lembro-me bem da discussão - que o fato de a juíza eventualmente ter sido - conforme alegado na petição anterior - «grossa, sem educação, ter elevado sua voz» não pode ser confundido com a perda de imparcialidade. Eventual falta de educação, se ocorreu - obviamente não estávamos na audiência -, deve ser analisada por outros meios que não o habeas corpus. Salientei também, à época, houve correção parcial em relação a esse ponto, que não foi aceita pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

O modo de conduzir os atos processuais, de indagar testemunha, bem como eventuais desentendimentos com os advogados e com o próprio Ministério Público, isso ocorre diversas vezes. Eu, como promotor, principalmente no interior, não poucas vezes, havia discussões ríspidas entre o juiz e o promotor, juiz e os advogados durante audiência e indeferimento. Às vezes, o clima esquentava um pouco. Isso, por si só, de forma alguma, a meu ver, comprova a quebra do dever de imparcialidade e eventual nulidade a colocar por terra toda uma ação penal ocorrida em crimes - repito - gravíssimos.

A matéria discutida naquele habeas corpus, retornando aqui à discussão, diz respeito à alteração ocorrida por força da Lei nº 11.609 em relação ao art. 212, que teve por escopo facilitar a coleta de provas. O que foi substituído, no processo penal, foi o antigo modelo - tradicional no Brasil - da cross examination, em que tudo passava pelo juiz, pela direct examination, isto é, a parte perguntando diretamente. Salientei, à época, e volto aqui a salientar, ser de um anacronismo - eu, promotor criminal no interior, tinha de perguntar ao juiz, o juiz à testemunha ou, no interrogatório, ao réu, devolvia a pergunta para o juiz, depois para o promotor, para o advogado. Ou seja, de uma inutilidade total. Essa foi a alteração do art. 212, que, em momento algum, impediu a participação do juiz na inquirição.

Isso que nós estamos discutindo, não só o art. 212, como outros aspectos dentro do novo sistema processual penal brasileiro instituído pela Constituição de 1988, principalmente com base no art. 129, I, é o sistema acusatório brasileiro. Não é o sistema acusatório norte-americano que nós importamos. É um sistema acusatório com todas as características brasileiras. É um sistema acusatório híbrido, uma vez que existe inquérito policial. É um sistema acusatório que permite a participação do juiz, tanto que, no caso do júri, continua a participação direta do juiz.

O que se pretendeu aqui foi evitar esse trança-trança de perguntas. O que se pretendeu com a alteração do art. 212 não foi vedar, em momento algum, que o magistrado pudesse fazer uma inquirição, inclusive prévia. Se essa inquirição quebrou a imparcialidade, isso tem que ser comprovado. Agora, o simples fato de ter feito a inquirição prévia, a meu ver, não configura nulidade a acarretar toda a nulidade do processo penal.

A grande alteração do art. 212 do Código de Processo Penal foi exatamente afastar algo extremamente arcaico do nosso Direito, que era todas as perguntas, sejam da acusação, sejam da defesa, serem feitas pelo magistrado. Basta, Presidente e Colegas, a leitura do art. 212 na redação antiga e na redação atual. A antiga dizia: "Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha."

A atual diz: "Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida."

Diz o parágrafo único: "Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."

Nem a redação original do art. 212 proibia, nem a redação atual proíbe a inquirição prévia por parte do magistrado. o que se veda é a quebra de parcialidade, mas não impede que o juiz possa fazer a inquirição, até porque a inquirição pelo magistrado, seja posterior, que é expressamente prevista no parágrafo único - "sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição" -, seja prévia, a inquirição tradicional no nosso direito, nenhuma das duas inquirições significa automaticamente quebra de imparcialidade.

Citei grandes processualistas que corroboram isso, inclusive, com todo respeito ao eminente doutor Alberto Toron, o professor Guilherme de Souza Nucci, que é um grande processualista; ele não é só penalista. a formação do professor Guilherme de Souza Nucci é especialista em Direito Processual Penal pela USP, em 1989, mestre e doutor em Direito Processual Penal pela PUC e depois fez só a livre docência, aí sim, em Direito Penal. o professor Guilherme de Souza Nucci, hoje desembargador do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, coloca, de forma bem clara, na sua obra que: "[...] o juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova, continua a abrir o depoimento, formulando, como sempre fez, as suas perguntas às testemunhas de acusação, de defesa ou do juízo."

Ou seja, nada mudou. a alteração do art. 212 em nada mudou a possibilidade de inquirição prévia. não alterou e, mais, não vedou a inquirição pelo juiz, porque foi explícito no parágrafo único, ressaltando, inclusive, que os pontos não esclarecidos poderiam ser complementados pelo juiz.

Continua o professor Nucci dizendo que o art. 212 não deu a obrigatoriedade do juiz, imediatamente, dar a palavra às partes, podendo ele iniciar a inquirição. também citei o professor Luiz Flávio, Rogério Sanches, Ronaldo Batista. no voto escrito vossas excelências terão contato, não vou cansá-los com isso.

Se o legislador quisesse retirar a participação do magistrado na inquirição, não teria complementado o art. 212 com o parágrafo único, que expressamente permite essa participação do magistrado. e em matérias análogas, como o art. 473 do código de processo penal, não teria permitido que o magistrado continuasse a indagar.

O que se busca, sabemos todos, no processo penal, é a verdade real. o magistrado, aquele que vai analisar o caso, tem o direito, o poder-dever de inquirir, para saber as circunstâncias e as condições nas quais o crime ocorreu, seja a testemunha de acusação, seja a de defesa, seja a do juízo. volto a dizer: o que não se permitia antes da alteração e não se permite agora é a quebra de imparcialidade. só que essa quebra de imparcialidade deve ser comprovada e comprovado o prejuízo.

Assim, presidente, a despeito da alteração da redação do art. 212 ter objetivado a facilitação na coleta de provas, o supremo tribunal federal, em diversos acórdãos, tanto da primeira turma quanto da segunda turma, firmou entendimento no sentido de que eventual violação à ordem de inquirição de testemunhas, ou mesmo formulação das perguntas pelo magistrado e não diretamente pelas partes, no máximo, acarretaria nulidade relativa, passível de comprovação. não houve comprovação.

Indaga-se: é muito difícil comprovar o prejuízo? Ora, não é difícil comprovar o prejuízo. o prejuízo deve ser comprovado. É muito difícil fazer a prova negativa, a chamada a prova diabólica, ou seja, partir de que, sempre que o magistrado faz a inquisição, há prejuízo. e ainda o magistrado tem de provar que não houve prejuízo. Basta a análise das provas, a análise da sentença. Basta a análise geral para se demonstrar que houve quebra da imparcialidade e, consequentemente, uma nulidade no caso em questão, nos termos do art. 563, ou seja, comprovando o prejuízo e caracterizando a nulidade relativa. cito diversos acórdãos, diversos HCs julgados por ambas as turmas.

Dessa forma, Presidente, o Superior Tribunal de Justiça analisou, no caso concreto detalhadamente a questão do art. 212 e não houve, a meu ver, nenhum prejuízo demonstrado que possa acarretar a nulidade do processo. é um processo difícil. É um processo com acusações gravíssimas e já desde 20 de janeiro com uma sentença condenatória.

Afasto a alegação de nulidade. afasto a alegação de que o simples fato da iniciativa instrutória da magistrada acarrete a sua imparcialidade automaticamente. logo, presidente, a meu ver, não houve quebra do contraditório. não houve quebra da ampla defesa no caso concreto. o devido processo legal foi seguido, foi respeitado. o que houve foi apenas alegações genéricas de eventuais prejuízos que se pretendem presumidos e não me parece ser possível anular o presente processo penal.

Dessa forma, presidente, com todas as vênias ao eminente Relator Ministro Marco Aurélio, e cumprimentando novamente a sustentação oral feita da tribuna pelo Doutor A.T., indefiro a ordem de *habeas corpus*.

Voto

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Boa tarde, Presidente, Ministra Rosa Weber, Ministro Marco Aurélio, nosso Decano, Ministro Alexandre de Moraes e Doutor P.G.B. Cumprimento também o eminente advogado Doutor A.T.

Já adianto, Presidente, pedindo todas as vênias ao eminente Relator, que também vou divergir. Vou acompanhar o Ministro Alexandre de Moraes, ressalvando meu entendimento quanto ao cabimento, porque, em minha compreensão, o que se deu, com todas as vênias ao ilustre advogado, foi a reiteração de impetração anteriormente apresentada. Além do que, pela jurisprudência da Turma, sobreveio sentença condenatória após a impetração do habeas corpus.

A hipótese aqui é verdadeiramente de não conhecimento e de condenação drástica a 73 anos e 10 meses de reclusão, pelos crimes de organização criminosa armada, extorsão com emprego de arma de fogo por 7 vezes, além de lavagem de dinheiro de forma reiterada, sendo o paciente apontado como líder de organização criminosa que se destina à lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de drogas.

Tenho, Presidente, a compreensão de que, de fato, o art. 212 procurou, digamos, introduzir o modelo americano na inquirição de testemunhas, permitindo o *cross examination*, sem a desnecessária etapa da intermediação do juiz. Pessoalmente, não consigo imaginar por qual razão o juiz, que é quem verdadeiramente precisa estar esclarecido dos fatos, não possa fazer perguntas a qualquer tempo. Essa é a minha visão. Mesmo quem entende que possa haver eventual nulidade relativa entende que ela somente estará presente quando se tenha provado o prejuízo.

Também penso, pedindo vênia ao ilustre advogado, que é relativamente fácil e demonstrável a demonstração de prejuízo: saber se uma pergunta formulada pelo juiz foi distorcida ou levou a condenação que não teria acontecido. Evidentemente, o juiz induzir com perguntas ou atuar com parcialidade pode gerar nulidade, mas tenho dificuldade, inclusive, em aceitar a nulidade relativa

pelo fato em si de ele perguntar, porque o juiz é que precisa se esclarecer. Se ele estiver em dúvida, não pode perguntar? Com todas as vênias!

De modo que ressalvo a minha posição quanto ao cabimento, porque entendo que, na verdade, o habeas corpus não deveria ser conhecido e acompanho o eminente Ministro Alexandre de Moraes na denegação da ordem.

Esclarecimento

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE) - Pois não, eminente Relator, o advogado quer esclarecer matéria de fato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, embora não "pareça", sou republicano e sou democrata, sempre pronto a ouvir os senhores advogados, Ministério Público, os Colegas e quem mais quiser falar. Sou todo ouvidos.

O SENHOR A.Z.T. (ADVOGADO) – Apenas endereçada ao eminente Ministro Luís Roberto Barroso, no sentido que eu não me limitei a dizer que "só o problema da pergunta gerou isso". Eu, ainda que brevemente, por conta do tempo, mostrei que foram feitas perguntas, com a devida vênia, indutivas. Então, não é só a quebra na ordem das perguntas.

Faço apenas esse registro, renovando minhas homenagens, meu cumprimento, meu e carinho e admiração pelo eminente Ministro Roberto Barros, aliás, por todos.

Confirmação de voto

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, minha visão no processo cível ou criminal é que tudo se deve resumir às provas. Se existe prova, decide-se em um sentido; se não existe, decide-se em outro. Minha indagação aqui é: havia prova suficiente da prática do crime? A meu ver, havia e com fartura. Por essa razão, não acho que a pergunta tenha modificado o conteúdo da prova incriminatória.

Cumprimentando o combativo e brilhante advogado e estimado amigo, mantenho minha decisão.

Vista

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eminentes Pares, Senhor Doutor P.G.B., Subprocurador-Geral da República, nosso Secretário, Doutor L.G.. Doutor A.T. é sempre uma alegria o ouvir.

Veja bem, Presidente, poderia ficar na questão formal não conhecendo deste habeas corpus. O Ministro Luís Roberto me deu um segundo argumento, que me levaria tranquilamente à aplicação da jurisprudência da Turma. O advento de título prisional diverso após a impetração me levaria a que não conhecêssemos por perda de objeto ou extinguíssemos sem resolução do mérito.

Ainda que - refiro-me à primeira preliminar - estivéssemos, ou estejamos, diante de uma reiteração, também a jurisprudência levaria - reiteração de habeas corpus -, em princípio, ao não conhecimento. Essa circunstância específica de o Ministro Luiz Fux ter-se inclinado - e foi o voto desempatador - no sentido do não conhecimento - o juízo foi de não conhecimento, aquele *habeas corpus* não foi conhecido - ainda que tenhamos examinado o mérito -, parece-me que seria um obstáculo formal muito avesso à ideia de justiça, sobretudo em se tratando desse remédio heroico, dessa ação constitucional, que é o habeas corpus.

Com relação ao art. 212 do Código de Processo Penal, já expressei minha compreensão. Entendo que a ordem de formulação das perguntas, na medida em que houve alteração do dispositivo, pedindo toda vênia ao Ministro Alexandre de Moraes, leva sim a conclusão diversa.

Uma coisa é o juiz complementar as perguntas sobre pontos relativamente aos quais ainda tem dúvidas e entende que haja necessidade de esclarecimentos. Outra coisa é ele começar a inquirição. O exemplo lembrado naquela oportunidade pelo Ministro Luiz Fux é muito expressivo: "Como é? O senhor já bebeu muito hoje?". Já induz a resposta.

De fato, tenho uma compreensão diferente. Impressiona-me muito, no caso concreto, a questão colocada ao juízo, no sentido de que se observasse o art. 212 do Código de Processo Penal com sua última redação. O juiz adotou tese diametralmente oposta à qual entendo mais acertada. Por outro lado, entendo que há de estar demonstrado o prejuízo - eu ainda talvez não tenha evoluído a esse ponto.

Mais uma vez, como na assentada anterior, vejo-me na contingência, pedindo vênia, de requerer vista dos autos. Quero examinar essa questão do prejuízo. Assim como hoje estou trazendo aquele que pedi vista no dia 9 de março, prometo trazer brevemente o processo.

É o pedido, Senhor Presidente.

Extrato da ata

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que deferia a ordem; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que a denegava, no que foi acompanhado, com ressalvas, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Falou o Dr. A.Z.T. pelo Paciente. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 23.03.2021.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio.

Subprocurador-Geral da República, Dr. P.G.G. B.

L.G.S.A. - Secretário da Turma

(Publicado no *DJe* de

Voto-Vista

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - 1. Senhor Presidente, queridos colegas, na sessão de julgamento realizada em 23 de março último, o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, votou no sentido de conceder a ordem de habeas corpus, para reconhecer a nulidade do processo subjacente a partir da audiência de instrução, determinando sua renovação.

Abriu divergência o Ministro Alexandre de Moraes, com voto no sentido de denegar o habeas corpus, no que foi acompanhado, com ressalva quanto ao conhecimento, pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

Pedi vista para melhor exame da matéria, nos moldes consignados na assentada anterior, considerada a peculiaridade do caso dos autos frente a outros recentemente analisados por esta Turma.

Devolvo os autos para continuidade de julgamento, pontuando desde logo a excelência da sustentação oral feita pelo Dr. Alberto Zacharias Toron.

2. Rememoro brevemente: trata-se de habeas corpus impetrado por Alberto Zacharias Toron e outros em favor de Jefferson Lucas, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Nefi Cordeiro, que negou provimento ao agravo regimental interposto no HC 578.934/SP.

Colho da ementa do ato dito coator:

> "Agravo regimental no habeas corpus. Processo penal. Alegação de ofensa ao art. 212 do CPP. Inquirição das testemunhas pelo juiz antes da formulação das perguntas às partes. Possibilidade. Nulidade relativa. Não demonstração de prejuízo. Indeferimento liminar do habeas corpus. Mera reiteração de *writ* anterior. Decisão mantida. Recurso improvido. - Em consonância com a jurisprudência desta Corte, a inquirição das testemunhas pelo juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Não havendo demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo estatuto processual, não se procede à anulação do ato, já tendo sido discutida a alegação de ofensa ao art. 212 do CPP no anterior Habeas Corpus 501.834/SP, constituindo-se a presente impetração em mera reiteração do mencionado *writ*. - Agravo regimental improvido.

Na presente impetração, aponta-se a inobservância pelo Juízo de Primeiro Grau do rito previsto no artigo 212 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/2008, que determina sejam as perguntas formuladas às testemunhas inicialmente pelas partes, facultada ao juiz apenas a complementação da inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

Alega-se que a Juíza condutora da audiência de inquirição de testemunhas não atuou com a necessária equidistância, tendo na realidade exercido o papel da acusação, ao tomar a iniciativa de produzir toda a prova acusatória necessária para condenar os acusados e pior, induzindo as testemunhas de acusação a responderem de forma prejudicial ao Paciente e demais acusados.

Afirma-se que o prejuízo ao paciente decorreu do fato de a magistrada haver (i) formulado todas ou quase todas as perguntas de interesse da acusação, (ii) induzido as respostas das testemunhas, até mesmo indicando o nome do paciente para uma delas, (iii) violando, assim, os princípios do devido processo legal e da imparcialidade do juiz.

3. Requerida, por fim, a concessão da ordem de habeas corpus para que seja anulado o feito desde o ato viciado.

I – Preliminares

4. Rejeito, de início, as preliminares arguidas pela Procuradoria- Geral da República.

5. Entendo, Senhor Presidente, que o presente habeas corpus não constitui mera reprodução do HC 175.048/SP, red. p/ acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Naqueles autos a Defesa se voltava contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Nefi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, no HC 501.834/SP, sendo certo, ainda, que, ao apreciar o HC 175.048/SP, esta Turma não o conheceu por não exaurida a instância antecedente.

Não nego, contudo, que em alguns votos proferidos naquela ocasião, tais como o meu próprio, inobstante não conhecida a impetração, foi analisada a questão de fundo. No entanto, o Ministro Luiz Fux assentou sua compreensão apenas quanto ao não conhecimento daquele writ, sem adentrar no mérito da controvérsia. Essa é a razão pela qual entendo não configurada, na espécie, a mera reiteração, pois naquela oportunidade somente houve maioria pelo não conhecimento da impetração, não quanto ao mérito.

Reafirmo, ainda, Senhores Ministros, compreensão por mim externada em julgamentos nesta Suprema Corte (HC 166.240-AgR/DF, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 11.02.2021, v.g.), no sentido de que ao deixar de conceder a ordem de ofício, o julgador não está decidindo a matéria de fundo, razão pela qual não tem o dever de fundamentar exaustivamente sua conclusão, sendo, a meu juízo, inclusive, indesejável que o faça. Do contrário, a situação geraria inconveniente "indeferimento de ofício", incompatível com os postulados do contraditório e da ampla defesa, pois poderia a ordem ser deferida em outra instância.

6. Quanto à segunda preliminar, Senhor Presidente, compreendo necessária uma distinção.

A jurisprudência desta Primeira Turma é pacífica no sentido da prejudicialidade do writ quando proferida, após a impetração, sentença penal condenatória. Ocorre, no entanto, que, segundo entendo, tal compreensão restringe-se a duas hipóteses: (i) nos habeas corpus em que se discuta a legalidade e/ou excesso de prazo de prisão preventiva, pois, em tais casos, a superveniência da sentença penal condenatória implica substituição do título prisional inicial (HC 156.625/RJ, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 04.6.2019, v.g.) e, por último, (ii) nas impetrações nas quais se objetive o trancamento da ação penal (HC 169.313-AgR/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 05.8.2019, v.g.).

No caso em tela, a matéria diz com nulidade durante a instrução da ação penal, portanto, hipótese diversa daquelas mencionadas acima. Ademais, no meu entendimento, a superveniência de sentença penal condenatória não suplanta, quando arguidas a tempo e modo adequados se relativas, as nulidades processuais ocorridas no curso da instrução.

7. Desse modo, rogando vênia às compreensões em sentido contrário, especialmente do Ministro Luís Roberto Barroso, rejeito as preliminares deduzidas pela Procuradoria-Geral da República em seu parecer.

II – Premissas fundamentais para o deslinde da controvérsia

8. Estruturo meu voto, Senhor Presidente, a partir de três premissas, que desenvolvo, para embasar a conclusão que, com a devida vênia das compreensões contrárias, entendo a mais adequada para a solução deste *writ*.

São elas: o sistema acusatório instituído pela Constituição da República, que em benefício do tempo aqui me limito a enunciar, a atividade probatória do juiz no processo penal e o princípio da legalidade estrita em matéria processual penal. Inicio a partir da segunda delas, por sua relevância para o caso concreto.

II.a – O sistema acusatório instituído pela Constituição da República

9. A Constituição da República de 1988, como se sabe, elegeu o sistema de persecução penal acusatório. Essa é a compreensão que a doutrina e a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal têm adotado ao interpretar o art. 129, I, da CF. Nesse sentido:

4. A Constituição Federal de 1988, ao atribuir a privatividade da promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I); ao assegurar aos ligantes o direito ao contraditório e à ampla defesa e assentar o advogado como função essencial à Justiça (art. 5º, LV e 133); bem como, ao prever a resolução da lide penal, após o devido processo legal, por um terceiro imparcial, o Juiz natural (art. 5º, LIII e LXI; 93 e seguintes), consagra o sistema acusatório. (HC 186.421/SC, Red. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 16.11.2020)

Disso resulta que há uma nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar – actum trium personarum – voltada precipuamente à preservação da imparcialidade, da equidistância entre as partes e do distanciamento do juiz em relação a atos pretéritos ao processo judicial.

10. Reconheço que o sistema acusatório, tal como insculpido na Constituição, deve ser disciplinado pelo legislador infraconstitucional, pois ausentes no texto constitucional balizas rígidas e estáticas, outorgando-se, assim, ampla margem de conformação ao Poder Legislativo, a possibilitar fluidez condizente com o decurso do tempo e o advento de novas práticas sociais.

No entanto, acaso colidentes as normas infraconstitucionais com o núcleo fundamental do sistema acusatório – sistema este erigido à condição de imperativo constitucional –, reputar-se-ão destituí-

das de higidez constitucional, vale dizer, não recepcionadas tratando-se de direito pré-constitucional ou inconstitucionais caso posteriores à Constituição de 1988.

É preciso ressaltar, bem por isso, que o Plenário desta Corte já reconheceu que a separação rígida entre as funções de julgar e de acusar constitui verdadeira cláusula inerente ao núcleo do sistema acusatório (ADI 5.104-MC/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 29.10.2014).

Com efeito, o sistema acusatório reúne, em seu conteúdo material, alguns atributos inerentes à própria noção da referida separação, consoante muito bem salientado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do último processo de sua relatoria perante a Segunda Turma desta Corte, HC 188.888/MG (DJe 15.12.2020), [o] exame do sistema acusatório, no contexto do processo penal democrático, tal como instituído pela nossa Carta Política, permite nele identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, entre os quais destacam-se, sem prejuízo de outras prerrogativas fundamentais, os seguintes: (a) separação entre as funções de investigar, de acusar e de julgar, (b) monopólio constitucional do poder de agir outorgado ao Ministério Público em sede de infrações delituosas perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, (c) condição daquele que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, de sujeito de direitos e de titular de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado, (d) direito à observância da paridade de armas, que impõe a necessária igualdade de tratamento entre o órgão da acusação estatal e aquele contra quem se promovem atos de persecução penal,

(e) direito de ser julgado por seu juiz natural, que deve ser imparcial e independente, (f) impossibilidade, como regra geral, de atuação "ex officio" dos magistrados e Tribunais, especialmente em tema de privação e/ou de restrição da liberdade do investigado, acusado ou processado, (g) direito de ser constitucionalmente presumido inocente, (h) direito à observância do devido processo legal, (i) direito ao contraditório e à plenitude de defesa, (j) direito à publicidade do processo e dos atos processuais, (k) direito de não ser investigado, acusado ou julgado com base em provas originariamente ilícitas ou afetadas pelo vício da ilicitude por derivação, (l) direito de ser permanentemente assistido por Advogado, mesmo na fase pré -processual da investigação penal (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XXI , na redação dada pela Lei nº 13.245/2016), e (m) direito do réu ao conhecimento prévio e pormenorizado da acusação penal contra ele deduzida. Acresço, ainda, ressaltando, em obiter dictum, que andou muito bem a Lei 13.964/2019 ao impossibilitar, em seu art. 3º-A, a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, prática mais consentânea, no meu entender, com processo penal acusatório.

Desse modo, entendo que, qualquer norma ou conduta estatal colidente com as asserções acima elencadas, tem o potencial de transgredir o sistema acusatório tal como insculpido na Constituição Federal.

II.b – A atividade probatória do juiz no processo penal

11. Destaco, Senhor Presidente, por imprescindível, a distinção realizada pela saudosa Professora Ada Pellegrini Grinover (A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, Revista Bra-

sileira de Ciência Criminais, v. 27, p. 71-79, 1999), entre o sistema inquisitorial e o sistema adversarial, assentando, que tal classificação discrepa, em absoluto, da dualidade acusatório-inquisitório.

Nosso sistema acusatório, por legítima opção legislativa, tem, na linha da classificação daquela eminente publicista, algumas feições do sistema inquisitorial. Vale dizer, o processo, uma vez iniciado pela propositura da ação pela parte legítima, desenvolve-se por impulso oficial, a significar, em contraposição ao sistema adversarial, que a gestão da prova e a condução do processo não estão à disposição das partes.

Com efeito, a jurisdição civil, criminal, eleitoral, militar ou trabalhista busca conferir integridade ao ordenamento jurídico pátrio, de modo que, para restaurar a paz social – um dos objetivos primordiais da jurisdição –, imprescindível a descoberta dos fatos para correta e autêntica aplicação do direito material, pois somente se o processo judicial cumprir a função de determinar a verdade das proposições referidas aos fatos provados poderá o direito ter êxito como mecanismo pensado para dirigir a conduta de seus destinatários (Jordi Ferrer-Beltrán, Valoração racional da prova, tradução de Vitor de Paula Ramos, Salvador: JusPodivm, 2021, p. 45).

Nesse contexto, malgrado seja a dialética um importante meio para desvendar a verdade, esse não é, necessariamente, o objetivo das partes, pois, na linha da lição de Gustavo Henrique Badaró (*Epistemologia Judiciária e Prova Penal*, São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 34), [a]s partes no processo estão em situação de engajamento, com interesse em ganhar a causa. Não formulam suas versões dos fatos, sendo-lhes indiferente o resultado de procedência ou improcedência, ou, no caso do processo penal, mais especificamente, a condenação ou a absolvição. Não é interesse das partes demonstrar os fatos em sua integralidade, exatamente como ocorreram. Seria ingênuo supor que cada parte, do seu lado, afirma ao juiz e depois deseja provar toda a verdade, somente a verdade, e nada mais do que a verdade! Normalmente não lhe é indiferente o resultado. Ao contrário. O Ministério Público acusa porque acredita que o acusado é culpado e almeja a sentença condenatória. O réu, ressalvados os casos de confissão [...] quer ser absolvido ou em caso de condenação, que lhe seja imposta a menor sanção possível.

Assim, prender o juiz em uma função totalmente passiva e inerte, outorgando a atividade probatória exclusivamente às partes pode frustrar um dos objetivos mais relevantes da jurisdição que carece, por óbvio, do grau mais elevado de prova da ocorrência das alegações no mundo fenomênico.

Acresço que o fato de ser o juiz o destinatário da prova produzida em juízo sob a égide do contraditório, possibilita, de forma residual, sua atuação na atividade probatória, para melhor desenvolvimento de sua função jurisdicional. Portanto, as razões que expus legitimam a atividade instrutória do juiz sob o prisma constitucional e legal.

Saliento também, Senhor Presidente, com todas as vênias, que um sistema processual penal que relegue toda atividade probatória às partes acarreta severos prejuízos à prestação jurisdicional, à eficácia da persecução penal e até mesmo aos direitos fundamentais do acusado, pois, ao fazer do juiz refém das partes, potencializa o distanciamento do estado-juiz da verdade dos fatos, dificulta o

controle externo da atividade exercida pelas parte, bem assim mantém o evidente desnivelamento entre o aparato estatal acusador e aquele sob investigação. Por essas razões, até mesmo nos Estados Unidos, país frequentemente lembrado e relembrado como modelo do sistema adversarial – em que vedada a iniciativa probatória do juiz –, tem mitigado tal regra, por exemplo, no *Federal Rule of Evidence*, conferindo poderes probatórios aos magistrados em alguns casos.

Do mesmo modo, a atribuição de poderes amplos e ilimitados ao juiz para produção probatória compromete, inequivocamente, a imparcialidade, conditio sine qua non da jurisdição, e se mostra em confronto com nosso sistema constitucional que repudia a busca pela verdade a todo custo, motivo pelo qual também deve ser rejeitada.

12. Na linha das razões expostas, o ordenamento jurídico brasileiro, por nítida e legítima opção, outorgou, no meu entender, o protagonismo probatório às partes no processo penal, a saber, ao Ministério Público e ao réu.

Tal constatação advém especialmente de dois fatores: (i) as partes têm, em desdobramento necessário do contraditório, direito subjetivo à prova, ou seja, são titulares de tal direito e, portanto, cabe a elas o exercer; (ii) constitui, inequivocamente, forma de contenção de práticas autoritárias dentro do processo. Assim, em nosso sistema processual, o protagonismo na produção probatória é conferido às partes, sem, no entanto, negligenciar que o estado-juiz não pode se satisfazer com a plena disponibilidade das provas às partes, não pode ser refém das partes.

Isso não significa, contudo, deva o magistrado ter papel preponderante na produção probatória, com poderes absolutos e ilimitados, a determinar, sponte propria, todas as diligências necessárias para elucidação dos fatos.

A atividade instrutória do juiz, legítima e autorizada pela legislação em vigor – buscando conferir equilíbrio àquelas posições extremadas já explicitadas –, está vinculada à omissão das partes na produção probatória, ou seja, longe de agir como mero árbitro e/ou espectador do duelo judicial das partes, o magistrado pode, de forma subsidiária, suplementar, acessória, sem substituir a atividade das partes, para elucidação do *thema probandum*, determinar a produção de provas. Inadmissível, todavia, a atribuição de poderes investigatórios, o que transformaria o juiz em verdadeiro inquisidor.

Ressalto, nesse ponto, que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz não tem como consequência necessária a quebra de imparcialidade. Na realidade, o juiz quando, no exercício de sua atribuição residual, ordena a produção de determinada prova não sabe, ex ante, o seu resultado, portanto, desconhece a quem ela beneficiará. Inaceitável, contudo, o magistrado que, a pretexto de elucidação dos fatos em julgamento, busca provas para favorecer qualquer das partes, pois, nessa hipótese, há evidente comprometimento psicológico.

13. Em suma: compreendo constitucional a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. No entanto, tais poderes devem: (i) respeitar o direito das partes à prova, (ii) ser exercidos somente em casos nos quais verificada omissão das partes e haja dúvida quanto a ponto relevante, atuando sempre

em caráter supletivo, subsidiário, secundário, sem protagonismo, (iii) respeitar o contraditório, ou seja, determinada a produção probatória, de ofício, pelo juiz imprescindível possibilitar às partes manifestação e, por fim, (iv) impossibilidade dessa atuação oficiosa na fase pré-processual.

II.c – O princípio da legalidade estrita em matéria processual penal

14. Entendo, Senhor Presidente, deve nortear, nossa espinhosa missão de interpretação das normas jurídicas processuais penais, o princípio da legalidade estrita.

O Ministro Marco Aurélio muito bem ressaltou, na sessão anterior, que, no processo penal, forma é garantia e, digo eu, é segurança. Lembro, no ponto, Rudolf von Inhering: A forma é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade.

Os órgãos de persecução penal e o juiz devem obediência aos padrões impostos pela legislação de regência, pois – e, nesse ponto destaco a importância do processo penal, tantas vezes enfatizada pelo Ministro Celso de Mello nesta Corte –, o processo penal, além de instrumento legitimador do poder punitivo estatal, ao fixar arquétipos normativos rígidos, constitui significativo meio de limitação do arbítrio estatal e salvaguarda dos direitos fundamentais dos investigados, acusados e réus.

Assim, o juiz, no processo penal, está estreitamente vinculado às disposições legais. Nesse sentido, no campo processual penal, inadmissíveis interpretações criativas, aditivas, muito menos contrárias à própria mens legis.

III – A interpretação adequada do art. 212 do Código de Processo Penal

15. Assentadas tais premissas, passo à análise do art. 212 do Código de Processo Penal.

16. A reforma processual realizada pela Lei 11.690 de 2008 modificou substancialmente o procedimento atinente à inquirição de testemunhas. E, aqui, acentuo três pontos que foram alterados e os analiso sistematicamente.

17. O primeiro ponto de mudança diz com a possibilidade de arguição direta das testemunhas pelas partes. Extirpou-se, de nosso ordenamento jurídico, a anacrônica necessidade de formulação das perguntas ao magistrado para que este as dirigisse às testemunhas, em modelo absolutamente arcaico de intermediação e sem qualquer fundamento lógico-sistêmico.

18. Em segundo lugar, o dispositivo legal em análise passou a prever, expressamente, a vedação de perguntas indutoras das respostas. Aqui é oportuno lembrar que, no processo penal, o juiz pode indeferir produção probatória quando verificar que as provas são (i) impertinentes, (ii) protelatórias, (iii) irrelevantes (art. 400, § 1º, CPP) e, no caso da prova testemunhal que (iv) induzam a resposta (art. 212, caput, CPP).

19. Por fim, o ponto fundamental da presente controvérsia, a alteração procedimental segundo a qual deve o magistrado realizar as perguntas após as partes, de forma complementar.

Pedindo todas as vênias às compreensões em contrário, Senhor Presidente, entendo que a alteração promovida pela Lei 11.690/2008 modificou substancialmente a sistemática procedimental da inquirição de testemunhas. As partes agora, em modelo mais consentâneo com o sistema acusatório, têm o protagonismo na audiência. Cabe-lhes a formulação de perguntas diretamente às testemunhas (direct examination, quando quem arrolou pergunta e cross examination, quando formulada pela outra parte).

Com efeito, aberta a audiência, após, se o caso, a oitiva do ofendido, serão inquiridas as testemunhas que deverão prestar compromisso de dizer a verdade e serão qualificadas nos termos do art. 203 do CPP. Posteriormente, passa-se à fase de contradita e arguição de parcialidade (art. 214 do CPP) e, em momento, subsequente, inicia-se a colheita dos depoimentos. Nessa fase, o juiz passará a palavra à parte que arrolou a testemunha para que formule diretamente perguntas e após à parte contrária, para que também de forma direta faça suas reperguntas.

Ao juiz, como presidente da audiência, cabe o controle do ato processual para que a prova seja produzida nos moldes legais e pertinentes ao caso. Não atua como mero espectador, mas exerce, no tocante à produção da prova testemunhal, especificamente quanto à formulação de perguntas às testemunhas, papel subsidiário, secundário, de modo que somente é legítima sua atividade instrutória após o prévio exercício do direito à prova pelas partes e para saneamento de dúvida quanto a aspectos não esclarecidos e relevantes.

Não pode o magistrado, em substituição à atuação das partes, ser o protagonista do ato de inquirição e tomar para si o papel de primeiro questionador das testemunhas, mesmo porque compete às partes a comprovação do quanto alegado (art. 156, caput, CPP), assim, no momento de produção da prova testemunhal devem arcar com tal ônus, a significar que têm a iniciativa probatória.

Tal interpretação, além de inerente, na minha visão, ao modelo adotado em nosso ordenamento jurídico, decorre da própria redação do parágrafo único do art. 212 do Código de Processo Penal. Referido dispositivo legal dispõe que o magistrado, para sanar dúvida quanto a ponto não esclarecido, poderá complementar a inquirição. Depreendo, com clareza, dessa literalidade, que o juiz somente poderá realizar perguntas após as partes e de forma complementar para dirimir dúvida relevante.

Nesse exato sentido a lição doutrinária de Renato Brasileiro de Lima (*Manual de Processo Penal*, 6ª ed., Salvador: JusPodivm, 2018, p. 718):

> [...] A nova redação do art. 212 do CPP é de clareza meridiana, significando que deverão as partes formular as perguntas em primeiro lugar, fazendo-o através de perguntas formuladas diretamente à testemunha. Após o exame direto e cruzado, o juiz poderá, então, formular perguntas às testemunhas sobre os pontos não esclarecidos, complementando a inquirição. [...]
>
> A salutar abolição do sistema presidencial, no qual o juiz perguntava primeiro e as partes faziam perguntas por intermédio do magistrado, pela adoção do método acusatório (as partes iniciam a inquirição e o juiz a encerra), veio tornar mais eficaz a produção da prova oral, visto que permite o efetivo exame direto e cruzado do contexto das declarações tomadas, o que melhor delineia as atividades de acusar, defender

> e julgar. Essa mudança visa não apenas simplificar a colheita de provas, mas, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes protagonistas na produção da prova.
>
> Esse novo regramento vem, ademais, ao encontro do sistema acusatório adotado no ordenamento pátrio (CF, art. 129, inciso I), deixando a cargo das partes a primazia da produção da prova, sem olvidar da iniciativa probatória do juiz, a ser exercida de maneira subsidiária, para complementar a prova e dirimir dúvida sobre pontos relevantes. Além de contribuir para uma apuração mais correta dos fatos delituosos e atestar a correção do debate dialético entre as partes, a adoção desse método de exame direto e cruzado serve igualmente à legitimação das decisões. De mais a mais, não se pode esquecer que uma das grandes diretrizes da reforma processual penal de 2008 é o prestígio do sistema acusatório, por meio do qual se valoriza a imparcialidade do juiz, que deve ser o destinatário da prova, e não seu produtor, na feição inquisitiva.
>
> Destarte, em virtude da alteração do art. 212 do CPP, a testemunha será colocada, inicialmente, em contato direto com as partes, sendo inquirida, primeiramente, por quem a arrolou (direct-examination) e, em seguida, submetida ao exame cruzado pela parte contrária (cross-examination), cabendo ao magistrado, nesse momento, apenas decidir sobre a admissibilidade das perguntas, indeferindo aquelas que possam induzir a resposta, não tenham relação com a causa ou que importem na repetição de outra já respondida. Posteriormente, defere-se ao magistrado a possibilidade de complementar a inquirição quanto aos pontos não esclarecidos (CPP, art. 212, parágrafo único).

Acentuo que assim tenho me posicionado em diversos julgamentos nesta Turma (HC 161.658/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 24.9.2020, v.g.).

Pontuo, ainda, que esta Primeira Turma, ao julgar o HC 111.815/SP, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux (DJe 14.02.2018), por unanimidade, adotou, expressamente, o entendimento que venho de expor, assentando competir ao magistrado a formulação de perguntas apenas de forma complementar, não lhe cabendo iniciar a arguição.

20. Concluo, Senhor Presidente, afirmando que o art. 212 do Código de Processo Penal deve ser interpretado no sentido de que as partes são as protagonistas da inquirição das testemunhas, motivo pelo qual devem iniciar os questionamentos. Não olvido, contudo, a possibilidade de o magistrado realizar, sempre após e de forma suplementar, perguntas às testemunhas.

IV – As nulidades no processo penal

21. Analiso brevemente agora, Senhor Presidente, a questão das nulidades.

22. Sobre as nulidades, esta Suprema Corte exige, como regra, a demonstração concreta de prejuízo tanto para as nulidades absolutas quanto para as nulidades relativas, marcadas que são pelo princípio *do pas de nullité san grief* previsto no artigo 563 do CPP (HC 132.149- AgR/AM, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 16.6.2017; RHC 138.752/PB, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 27.4.2017). À prova da demonstração do prejuízo, [...] o pedido deve expor, claramente, como o novo ato beneficiaria o acusado. Sem isso, estar-se-ia diante de um exercício de formalismo exagerado, que certamente comprometeria o objetivo maior da atividade jurisdicional (HC 119.372/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 02.02.2016).

23. Sem embargo dessa linha de entendimento, a complexidade da teoria das nulidades no processo em geral e, em particular, no processo penal, relativamente à qual não há consenso na doutrina e na jurisprudência, compreendo que, na hipótese de afronta a princípios de extração constitucional, a nulidade é absoluta, o que significa dizer que não há preclusão, o vício pode ser suscitado de ofício e, embora não prescinda da ocorrência de prejuízo para sua decretação, o prejuízo é presumido. A presunção não é juris et de jure, e sim juris tantum, produzindo a inversão do encargo probatório.

Ao revés, a nulidade relativa diz com a violação de normas infraconstitucionais e exige, para sua declaração, arguição a tempo e modo adequados, além da efetiva comprovação de prejuízo.

24. A jurisprudência de ambas as Turmas deste Supremo Tribunal Federal, em relação à inobservância do rito previsto no art. 212 do Código de Processo Penal, consolidou-se no sentido da nulidade relativa (HC 161.225/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 15.9.2020; RHC 122.467/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 04.8.2014, v.g.). Portanto, compete à parte arguente a comprovação do prejuízo pelo descumprimento da norma processual.

V – Peculiaridades do caso concreto

25. No caso em análise, a Defesa do ora paciente pleiteou, antes mesmo de iniciadas as inquirições, a observância estrita do art. 212 do Código de Processo Penal, ou seja, que as perguntas fossem inicialmente formuladas pelas partes, somente após se abriria a possibilidade, de forma complementar, de a magistrada fazê-las. Tal pleito, no entanto, restou indeferido ao entendimento de que: A nova redação do artigo 212 do CPP, não impede que o juiz inicie inquirindo as testemunhas. [...] Além do que, a suposta falta de observância da nova sistemática 212 do CPP não acarreta nulidade absoluta. Pelo que ressai da inteligência do artigo 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. A defesa não afirmou qual prejuízo sofreria o réu, pois evidentemente inexistente.

Vê-se, pois, que a magistrada de primeiro grau deliberadamente deixou de seguir o rito previsto no art. 212 do Código de Processo Penal. Parece crer que, por não configurar nulidade absoluta, seria possível o descumprimento da ordem de inquirição determinada pela legislação processual penal, em absoluto descompasso com os limites interpretativos impostos. O art. 212 não encerra mera recomendação, é norma cogente e deve ser seguida. O fato de a sua eventual inobservância acarretar nulidade relativa não descaracteriza sua força normativa.

Na realidade, a nulidade relativa também pode implicar a declaração de nulidade do ato viciado e, portanto, retirar-lhe seus efeitos regulares, desde que comprovado o prejuízo causado às partes.

A análise dos autos evidencia que a magistrada de primeiro grau, na condução da audiência de inquirição de testemunhas, atuou de forma absolutamente desconectada do ordenamento jurídico-positivo, agiu como protagonista e em substituição à produção probatória inerente às partes, violando o devido processo legal e o sistema acusatório, em nítido prejuízo ao ora paciente.

Destaco, a título meramente exemplificativo, que a magistrada de primeiro grau, ao questionar a testemunha Rodrigo Ayres da Silva, delegado de Polícia condutor das investigações subjacentes, além de iniciar a inquirição, fez perguntas capazes de induzir as respostas (e-doc. 8), sugestionando, por exemplo, o nome do ora paciente e a forma de atuação dos investigados. Evidente, dessa forma, o gerado prejuízo ao paciente.

26. Finalizando meu voto, Senhor Presidente, entendo violado, no caso, o art. 212 do Código de Processo Penal. Observo que a parte impetrante arguiu a nulidade a tempo e modo adequados, restando evidenciado o prejuízo à esfera jurídica do ora paciente. Assim, reputo nula a audiência de oitiva de testemunhas e os atos subsequentes.

VI – Conclusão

27. Ante o exposto, rogando vênia aos eminentes Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, acompanho o Ministro Marco Aurélio, Relator, para conceder a ordem de habeas corpus nos termos do voto proferido por Sua Excelência.

Voto

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE) - Agradeço a Ministra Rosa Weber, que vem de proferir um voto muito elucidativo, em particular para mim. Digo isso porque, na sessão antecedente, se Vossa Excelência tivesse votado em um ou outro sentido, ia pedir vista, para poder formular minha análise a respeito desse dispositivo e de sua aplicação no dia a dia.

No dia de hoje, confesso que entrei na sessão ainda com muitas dúvidas e o voto de Vossa Excelência, com a devida vênia dos proficientes votos, como sói acontecer, do Ministro Alexandre de Moraes e do Ministro Luís Roberto Barroso, convenceu-me do posicionamento no sentido que ora se coloca.

Somos juízes da Constituição, não somos juízes do fato em si. Como juízes da Constituição, com as consequências de nossas decisões, orientamos todo o Judiciário. Não podemos permitir que os juízes virem inquisidores, já que o Poder Judiciário é o garantidor dos direitos e do devido processo legal.

A questão de fundo, quando se coloca o tema da Constituição, não é a que nos deve balizar, mas as consequências das decisões que tomamos para o conjunto da nação brasileira.

Também subscrevo o voto de Vossa Excelência, na parte em que não tolhe o juiz de inquirir, mas de maneira suplementar, de maneira esclarecedora. No caso concreto, o que houve foi a juíza inquirindo, logo de início, as testemunhas. Evidentemente isso, seja para uma banda, seja para outra, realmente pode trazer influência e intimidação.

Gostaria de dizer, Ministra Rosa Weber, que, inicialmente, pensava em pedir vista hoje, após o voto de Vossa Excelência. Mas a continuidade do voto de Vossa Excelência – e olha que foi um voto resumido – faz-me simplesmente dizer que subscrevo, do começo ao fim, o voto que Vossa Excelência trouxe hoje.

Extrato de ata

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que deferia a ordem; e do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que a denegava, no que foi acompanhado, com ressalvas, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, pediu vista dos autos a Ministra Rosa Weber. Falou o Dr. A.Z.T. pelo Paciente. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 23.03.2021.

Decisão: A Turma, por maioria, deferiu a ordem, para reconhecer a nulidade do processo-crime a partir da audiência de instrução, com a necessária renovação do ato, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 06.04.2021.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. L.A.S.L.

L.G.S.A. - Secretário da Turma