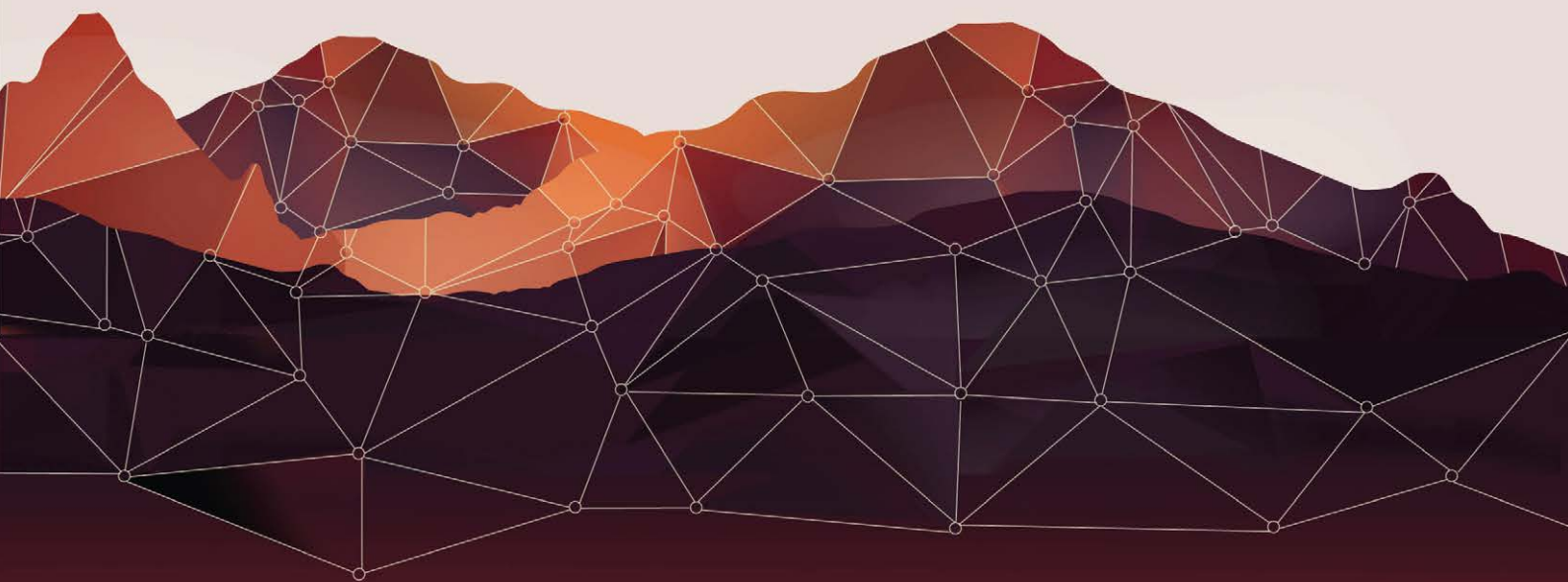


| Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Ano 68 | v. 222 | julho a dezembro de 2017



| Revista Eletrônica

Jurisprudência Mineira

Órgão Oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

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

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

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

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

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Superintendente

Des. Wagner Wilson Ferreira

Superintendente Adjunto

Des. Manoel dos Reis Morais

Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos

Des.^a Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade

Juíza Auxiliar da 2ª Vice-Presidência

Juíza de Direito Lisandre Borges Fortes da Costa Figueira

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Ana Paula Andrade Prosdociami da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

André Borges Ribeiro

Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas

Rosane Brandão Bastos Sales (até 30/7/2017)

Thiago Israel Simões Doro Pereira (a partir de 31/7/2017)

Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (CODIT)

Claudiciano dos Santos Pereira

Alexandre Silva Habib
Bernardino Senna de Oliveira
Cecília Maria Alves Costa
Eliana Whately Moreira
Guilherme de Assis Moreira
Guilherme de Macedo Machado

Leda Jussara Barbosa Andrade
Leila El Bizri Grossi Coura
Luciana Lobato Barros
Maria Amélia Ribeiro Kasakoff
Maurício Tobias de Lacerda
Rosilda da Silva
Sílvia Pereira Tavares
Tadeu Rodrigo Ribeiro

Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Rua Goiás, 229 - 5º andar - Telefone (31) 3237-5137

30190-925 - Belo Horizonte/MG - Brasil

www.ejef.tjmg.jus.br - codit@tjmg.jus.br

Projeto Gráfico, Capa e Diagramação: Cristina Baía Marinho - ASCOM/CECOV

Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 n° 1 1950-2017
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 HERBERT JOSÉ ALMEIDA CARNEIRO

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador GERALDO AUGUSTO DE ALMEIDA

Segundo Vice-Presidente

Desembargador WAGNER WILSON FERREIRA

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador SAULO VERSIANI PENNA

Corregedor-Geral de Justiça

Desembargador ANDRÉ LEITE PRAÇA

Tribunal Pleno

Desembargadores

(por ordem de antiguidade, em 18.10.2017)

Kildare Gonçalves **Carvalho**

Márcia Maria **Milanez**

Antônio Carlos **Cruvinel**

Wander Paulo **Marotta** **Moreira**

Geraldo **Augusto** de Almeida

Caetano **Levi** **Lopes**

Luiz **Audebert** **Delage** **Filho**

Belizário Antônio de **Lacerda**

José **Edgard** **Penna** **Amorim** **Pereira**

José Carlos **Moreira** **Diniz**

Paulo **César** **Dias**

Edilson **Olímpio** **Fernandes**

Maria **Beatriz** **Madureira** **Pinheiro** **Costa** **Caires**

Armando **Freire**

Dárcio **Lopardi** **Mendes**

Valdez **Leite** **Machado**

Alexandre **Victor** de **Carvalho**

Teresa **Cristina** da **Cunha** **Peixoto**

Alberto **Vilas** **Boas** **Vieira** de **Sousa**

José **Geraldo** **Saldanha** da **Fonseca**

Geraldo **Domingos** **Coelho**

Eduardo **Brum** **Vieira** **Chaves**

Maria das **Graças** **Silva** **Albergaria** dos **Santos** **Costa**

Elias **Camilo** **Sobrinho**

Pedro **Bernardes** de **Oliveira**

José **Flávio** de **Almeida**

Evangelina **Castilho** **Duarte**

Otávio de **Abreu** **Portes**

Luciano **Pinto**

Fernando **Caldeira** **Brant**

Hilda **Maria** **Pôrto** de **Paula** **Teixeira** da **Costa**

José de **Anchieta** da **Mota** e **Silva**

José **Afrânio** **Vilela**

Renato **Martins** **Jacob**

Maurílio **Gabriel** **Diniz**

Wagner **Wilson** **Ferreira**

Pedro **Carlos** **Bitencourt** **Marcondes**

Pedro **Coelho** **Vergara**

Marcelo **Guimarães** **Rodrigues**

Adilson **Lamounier**

Cláudia **Regina** **Guedes** **Maia**

Judimar **Martins** **Biber** **Sampaio**

Álvares **Cabral** da **Silva**

Alberto **Henrique** **Costa** de **Oliveira**

Marcos **Lincoln** dos **Santos**

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

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

Composição de Câmaras em 18.10.2017 - Dias de Sessão

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

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

Sétima Câmara Cível Terças-feiras	Oitava Câmara Cível Quintas-feiras
Desembargadores Belizário Antônio de Lacerda* Vítor Inácio Peixoto Parreiras Henriques Oswaldo Oliveira Araújo Firmo Wilson Almeida Benevides Alice Birchal	Desembargadores Teresa Cristina da Cunha Peixoto* Paulo de Carvalho Balbino Ângela de Lourdes Rodrigues Carlos Roberto de Faria Gilson Soares Lemes

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

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

* Presidente da Câmara

Décima Oitava Câmara Cível Terças-feiras
Desembargadores José de Anchieta da Mota e Silva Arnaldo Maciel Pinto João Cancio de Mello Junior* Sérgio André da Fonseca Xavier Fernando Vasconcelos Lins

* Presidente da Câmara

Primeira Câmara Criminal Terças-feiras	Segunda Câmara Criminal Quintas-feiras	Terceira Câmara Criminal Terças-feiras
<p>Desembargadores</p> <p>Alberto Deodato Maia Barreto Neto</p> <p>Flávio Batista Leite</p> <p>Wanderley Salgado Paiva</p> <p>Kárin Lilliane de Lima Emmerich e Mendonça*</p> <p>Edison Feital Leite</p>	<p>Desembargadores</p> <p>Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa</p> <p>Caires</p> <p>Renato Martins Jacob</p> <p>Nelson Missias de Moraes*</p> <p>Matheus Chaves Jardim</p> <p>José Mauro Catta Preta Leal</p>	<p>Desembargadores</p> <p>Antônio Carlos Cruvinel*</p> <p>Paulo César Dias</p> <p>Eduardo César Fortuna Grion</p> <p>Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo</p> <p>Octavio Augusto De Nigris Boccalini</p>

* Presidente da Câmara

Quarta Câmara Criminal Quartas-feiras	Quinta Câmara Criminal Terças-feiras
<p>Desembargadores</p> <p>Eduardo Brum Vieira Chaves</p> <p>Fernando Caldeira Brant</p> <p>Júlio Cezar Guttierrez Vieira Baptista*</p> <p>Doorgal Gustavo Borges de Andrada Jayme Silvestre Corrêa Camargo</p>	<p>Desembargadores</p> <p>Alexandre Victor de Carvalho</p> <p>Pedro Coelho Vergara</p> <p>Adilson Lamounier</p> <p>Eduardo Machado Costa*</p> <p>Júlio César Lorens</p>

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

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

Desembargadores

Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

Eduardo Machado Costa

Geraldo Augusto de Almeida
Primeiro Vice-Presidente

André Leite Praça
Corregedor-Geral de Justiça

Wagner Wilson Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Júlio César Lorens

Saulo Versiani Penna
Terceiro Vice-Presidente

Luiz Carlos de Azevedo **Corrêa Junior**

Pedro Coelho Vergara

Eduardo Brum Vieira Chaves

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

Desembargadores

Herbert José Almeida Carneiro
Presidente

José Carlos **Moreira Diniz**

Kildare Gonçalves Carvalho

Paulo César Dias

Wagner Wilson Ferreira
Segundo Vice-Presidente

Edilson Olímpio Fernandes

Márcia Maria Milanez

Armando Freire

Antônio Carlos Cruvinel

Dárcio Lopardi Mendes

Wander Paulo Marotta Moreira

Saulo Versiani Penna
Terceiro Vice-Presidente

André Leite Praça
Corregedor-Geral de Justiça

Luiz Carlos Gomes da Mata

Geraldo Augusto de Almeida
Primeiro Vice-Presidente

Sandra Alves de Santana e Fonseca

Caetano Levi Lopes

Estevão Lucchesi de Carvalho

Luiz **Audebert Delage** Filho

Áurea Maria Brasil Santos Perez

Belizário Antônio de Lacerda

Wanderley Salgado de **Paiva**

José **Edgard Penna Amorim** Pereira

Luiz Artur Rocha Hilário

Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa

Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes

Desembargadores

Wagner Wilson Ferreira
Manoel dos Reis Morais
Paulo Calmon Nogueira da Gama
Ângela de Lourdes Rodrigues
Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade

Juíza de Direito

Lisandre Borges Fortes da Costa Figueira

Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas

Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental

André Borges Ribeiro

Comissão de Divulgação da Jurisprudência

Desembargadores

Wagner Wilson Ferreira - Segundo Vice-Presidente
Maria Beatriz Madureira Pinheiro Costa Caires
Armando Freire
José Flávio de Almeida
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Áurea Maria Brasil Santos Perez
Júlio César Lorens
José Washington Ferreira da Silva
Fernando de Vasconcelos Lins

SUMÁRIO

MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador José Brandão de Resende Filho (1931-2002) -

Nota biográfica 12

Memória institucional: evolução histórica da estrutura do

Poder Judiciário no Brasil - Nota histórica 15

DOCTRINA

A possibilidade de utilização de normas infraconstitucionais materialmente
constitucionais como parâmetro no controle de constitucionalidade

Diego Morais Carvalho 19

O incidente de resolução de demandas repetitivas e a possível solução
das crises jurídicas contemporâneas

Pedro Augusto Silveira Freitas

Renato Luís Dresch 30

Readaptação e aposentadoria de professor no serviço público: divergência de
entendimentos no TJMG pós-julgamento da ADI nº 3.772

Fernando Ferreira Calazans 43

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial 59

Súmulas 78

Jurisprudência Cível 82

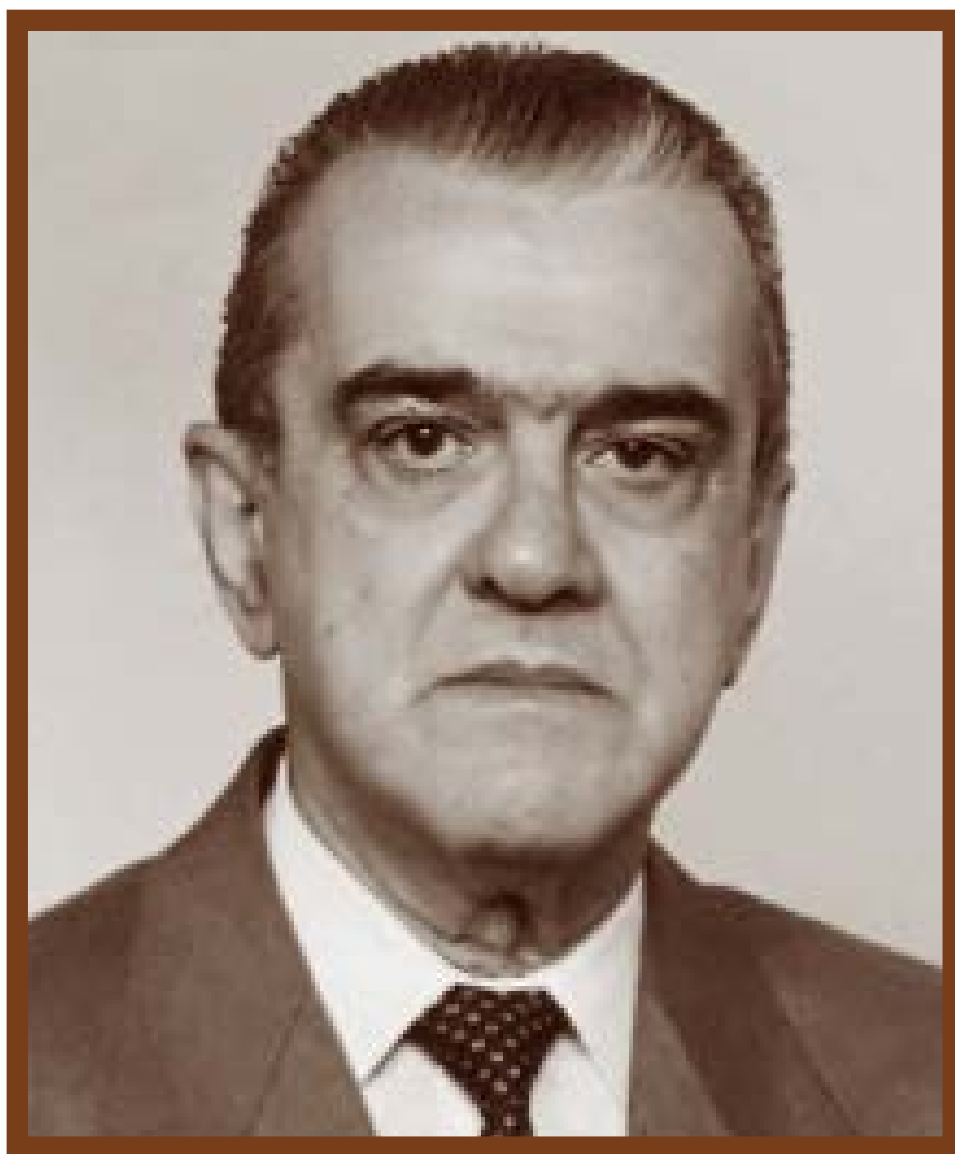
Jurisprudência Criminal 491

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 720

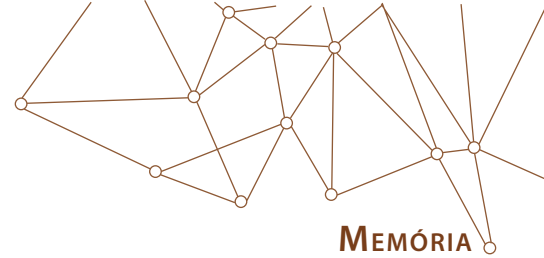
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 721

ÍNDICE NUMÉRICO 730

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO 734



Desembargador JOSÉ BRANDÃO DE RESENDE FILHO



MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

NOTA BIOGRÁFICA*

Desembargador José Brandão de Resende Filho (1931-2002)

O Desembargador José Brandão de Resende Filho nasceu em Muriaé, cidade localizada na Zona da Mata Mineira, em 20 de fevereiro de 1931. Era filho de José Brandão de Resende e Maria José de Medeiros Resende. Bacharelou-se em Direito em 1958 e advogou de 1959 a 1964.

Ingressou na Magistratura em 15 de agosto de 1964, nomeado Juiz de Direito da comarca de Palma. Tomou posse em 19 de agosto e assumiu o exercício em 20 de agosto. Em 28 de abril de 1967, foi promovido, por antiguidade, para a comarca de Tombos, assumindo as funções em 1º de maio. Em 1º de dezembro de 1972, recebeu a promoção, por antiguidade, para a 2ª Vara de Itajubá. Entrou em exercício na mesma data. Foi designado Diretor do Foro em 3 de abril de 1973. A pedido, foi removido para a 1ª Vara da mesma comarca em 10 de fevereiro de 1978. Em 5 de junho de 1979, foi designado para exercer as funções de Juiz de Menores da Comarca de Itajubá.

Sua promoção para o cargo de 3º Juiz Substituto em Belo Horizonte ocorreu em 26 de setembro de 1979. Assumiu as funções em 8 de outubro. Em 30 de dezembro de 1981, foi promovido para a 1ª Vara de Registros Públicos, Falências e Concordatas de Belo Horizonte, com início do exercício na mesma data.

Em 20 de abril de 1988, o magistrado foi promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG). Assumiu as funções em 28 de abril. Também por merecimento,

*Autoria: *Andréa Vanessa da Costa Val e Reinaldo de Moraes Gomes, sob a supervisão do Desembargador Lúcio Urbano, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.*

em 27 de maio de 1994, recebeu a promoção para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). A posse e o exercício na 2ª Câmara Cível foram no dia 1º de junho. Em 30 de junho de 1995, foi efetivada a permuta do magistrado para a 1ª Câmara Cível.

O Desembargador José Brandão de Resende Filho aposentou-se, a pedido, em 20 de fevereiro de 2001. Faleceu em 4 de março de 2002, aos 71 anos.

Referências

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Gerência da Magistratura (Germag). Belo Horizonte, 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS – Portal TJMG – Institucional/Magistratura/Desembargadores Falecidos – Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/institucional/magistratura/jose-brandao-de-resende-filho-20-02-1931-a-04-03-2002.htm>. Acesso em: 29/04/2019.



Memória institucional:

Evolução histórica da estrutura do Poder Judiciário no Brasil

Trazer à memória as origens das instituições judiciárias que existiram no Brasil, desde suas matrizes portuguesas, é de suma importância para se compreender as formas de organização que se consolidaram na atualidade. O recurso histórico de conhecimento de fragmentos do passado se mantém essencial para o entendimento do presente, e esse é o serviço que a História presta ao seu interlocutor.

Para que o Poder Judiciário brasileiro alcançasse as características que possui na atualidade, foi preciso percorrer um longo caminho de mudanças e reformas. Essas alterações em sua organização e funcionamento proporcionaram o fortalecimento dessa Instituição, tão relevante para as garantias democráticas da atualidade.

No período colonial e joanino não havia a distinção entre os Poderes da forma como concebemos na contemporaneidade. O Estado e a Igreja eram entidades indissociáveis, e suas atribuições, por vezes, se confundiam. Sem essa separação, os órgãos judiciários atuavam tanto em sua esfera específica, quanto na administrativa.

Inicialmente, os donatários das capitanias hereditárias foram as primeiras autoridades jurídicas do Brasil Colônia e, quando necessário, recebiam auxílio por delegação do Rei e dos Ouvidores. Posteriormente, com a instituição do Governo Geral, tem-se um primeiro esboço de uma estrutura jurídica a partir da chegada do Ouvidor Geral, Pero Borges. Foi o cargo da Ouvidoria Geral a autoridade judiciária suprema no Brasil Colônia, até a instituição do primeiro tribunal: a Relação da Bahia.

Criado em 1587, devido a algumas vicissitudes, o Órgão foi extinto durante um período, sendo restaurado em 1652. A Relação, como era conhecida, exercia, ao lado das funções judiciárias, variadas atribuições legislativas e executivas. Eram Cortes de segunda instância compostas por desembargadores. Em 1734 foi criado o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, que só teve sua efetiva instalação em 13 de outubro de 1751.

Em âmbitos regionais, a administração da justiça dava-se nas comarcas e em concelhos, estruturas basilares da malha urbana, herdadas do modelo de organização local português.

Os *concelhos* eram constituídos por uma câmara, que desempenhava funções administrativas, judiciárias, fazendárias e de polícia, através dos oficiais camarários. Também eram chamados de termo da vila, ou

* Nota histórica elaborada por: *Andréa Vanêssa da Costa Val, e Josiane Gabrielle Gonçalves de Freitas, sob supervisão do Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.*

cidade, e compreendiam a área territorial dentro da qual se exercia o poder. Portanto, era o local onde se administrava a justiça em sua primeira instância.

Por sua vez, as *comarcas* eram territórios especialmente delimitados que se encontravam sob a jurisdição de um Ouvidor, nomeado pelo Rei por três anos, sendo um para cada *comarca*. Nas regiões que ficavam a longa distância da sede de jurisdição, nos arraiais, estabeleceu-se uma justiça de primeira instância, os *juílgados*. Caracterizavam-se por ser uma circunscrição judiciária com autonomia parcial, subordinados a uma Câmara e sem autonomia administrativa. Desta forma, as populações dos arraiais mais distantes não sofriam prejuízos de onerosidade dos processos e atos notariais.

No tocante aos *juílgadores*, poucos eram qualificados para o exercício da função. As instituições de ensino superior no Brasil só surgiram na década de 1800, e, por esse motivo, percebeu-se a participação de cidadãos no encargo de julgar. Havia, portanto, juízes leigos ao lado de togados, nomeados pelo Rei, e assessorados pelo órgão máximo da Justiça em Portugal, o Desembargo do Paço. Os juízes leigos eram eleitos ou escolhidos por um complexo e restrito processo eleitoral.

Com a vinda de D. João VI e sua Corte, em 1808, o Brasil tornou-se Reino Unido do Brasil, Portugal e Algarves. Nesse momento, foi elevada sua condição de colônia à de sede do Império português. Desta feita, o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro foi transformado em Casa de Suplicação, um tribunal de última instância, apto a examinar todos os recursos, independente dos valores envolvidos, e com a jurisdição em todo o território. Criaram-se, ainda, o Supremo Conselho Militar e de Justiça e o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens. O Desembargo do Paço era responsável por funções administrativas e de supervisão da Justiça, além de selecionar os candidatos a ingresso na magistratura e indicar os Desembargadores dos tribunais. Era um órgão de assessoria para assuntos jurídicos e administrativos, segundo Antônio Carlos Wolkmer.

Ainda nesse período, criam-se mais dois Tribunais da Relação, sendo um no Maranhão e outro em Pernambuco.

Essa complexa estrutura jurídica construída no Brasil permaneceu após o retorno da Corte para Portugal, e serviu como núcleo para as instituições pós-Independência.

A Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, estabeleceu a separação dos poderes políticos em: Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Moderador, uma espécie de poder privativo do Imperador. Portanto, a partir da nova organização judiciária do Império, a administração da justiça ficou somente a cargo do Poder Judicial, nomenclatura adotada no período.

O Judiciário, igualmente, experimentou mudanças significativas em sua estrutura, com a elaboração do Código Criminal, executado pela Lei de 16 de novembro de 1830, bem como do Código de Processo Criminal de primeira instância, executado pela Lei de 29 de novembro de 1832.

Segundo o artigo 8º do Código do Processo Criminal de 1832, foi consolidada uma nova estrutura judicial, com a instituição dos cargos de juiz de direito, juiz municipal e juiz de paz, todos na justiça de primeira instância. Nas comarcas, a jurisdição era exercida pelo juiz de direito; no termo das vilas ou cidades e nos julgados, pelo juiz municipal; no distrito de paz, pelo juiz de paz. Previu-se, ademais, a criação do Supremo Tribunal de Justiça.

Decretos e leis posteriores avançaram na estruturação e definição de funções dos órgãos da justiça. Assim, no final do período imperial brasileiro, estavam consolidadas as competências dos vários atores da justiça, além da criação, prevista pela Constituição de 1824, de novas Relações. Dentre elas, a de Minas Gerais, instalada em 1874 em Ouro Preto, composta inicialmente por sete Desembargadores.

Proclamada a República, a Constituição de 1891 introduziu uma inovação, ao apresentar a dualidade da justiça, expressa no convívio dos órgãos da justiça federal ao lado dos órgãos de justiça estaduais. A Justiça Federal, órgão inexistente no período imperial, surgiu a partir de um decreto, ainda em 1890, e se consolidou após anos de legislação que objetivaram sua formatação e regulamentação.

A estrutura do Judiciário foi mantida na era republicana, recebendo, ao longo dos anos, novas atribuições. Na cúpula desse Poder, passou a figurar o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão nacional que detinha o poder de revisar os julgados dos tribunais de segunda instância, unificar a jurisprudência, processar autoridades e declarar a inconstitucionalidade das leis. Em seguida, na hierarquia judiciária, foram instituídos os juízes da União, ou seja, os juízes das questões federais.

Sobre as bases da divisão judiciária das províncias, o governo decidiu deixar as atribuições para os Estados. Isto é, as justiças estaduais herdaram, em linhas gerais, a organização da época provincial. Cabia aos Estados a organização de sua justiça, cada um com seu Tribunal de Apelação, Desembargadores, juízes de comarcas, municípios e distritos.

Ao longo dos anos da República Brasileira, uma série de leis, decretos e novas Constituições alteraram a organização e a divisão judiciária do país em face dos acontecimentos sociais que a envolveram.

A última Carta Magna, promulgada em 1988, garantiu o fortalecimento do Poder Judiciário, em especial pelas prerrogativas institucionais de autonomia administrativa, financeira e orçamentária. Sobre a estrutura, houve ampla reorganização e redefinição de atribuições nos vários órgãos que compõem este Poder. O STF permaneceu como órgão de cúpula, passando a ter atribuições predominantemente constitucionais. Criou-se o Superior Tribunal de Justiça, que anexou parte das atribuições do STF e assumiu uma posição acima dos tribunais federais e estaduais, com o objetivo de salvaguardar a legislação federal e julgar recursos especiais. Foram instituídos, ainda, o Juizado Especial de Pequenas Causas e a Justiça de Paz Remunerada, no âmbito das justiças estaduais. Outrossim, surgiu o Conselho da Justiça Federal.

A composição do Poder Judiciário alargou-se com as justiças especiais: do trabalho, eleitoral e militar. As justiças estaduais, formadas por órgãos de primeira e segunda instâncias, mantiveram o ordenamento de sua organização e divisão, a partir do regramento contido nas respectivas constituições estaduais.

Referências

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem. Teatro das sombras*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 22. ed. São Paulo: Editora Nacional. 1987.

KOERNER, Andrei. *O Poder Judiciário na Constituição da República*. São Paulo. Dissertação de mestrado em História, USP, 1992.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Memória do Judiciário Mineiro. *Comarcas de Minas*. Organizadores: Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins e Rosane Vianna Soares. Coordenação: Andréa Vanêssa da Costa Val. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2016.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A organização judiciária no Brasil colônia. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 40/41, p. 209-224, jul./dez. 2012.

SADEK, M.T. *A organização do Poder Judiciário no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 1995.

SODRÉ, Elaine Leonara de Vargas. *A disputa do monopólio de uma força (i)legítima: Estado e administração judiciária no Brasil Imperial (Rio Grande do Sul, 1833-1871)*. Porto Alegre. Tese de Doutorado em História, PUCRS, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos da história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

• • •



A possibilidade de utilização de normas infraconstitucionais materialmente constitucionais como parâmetro no controle de constitucionalidade*

*Diego Morais Carvalho***

Resumo

Este trabalho visa a rediscutir o controle de constitucionalidade sob o prisma do neoconstitucionalismo. Considerando a ampliação da força normativa da Constituição, busca-se debater também a possibilidade de alargamento do bloco de constitucionalidade. Além disso, são apresentados caminhos que viabilizam a inserção de normas infraconstitucionais materialmente constitucionais no referido bloco. O objetivo principal não é esgotar o tema ou criar argumentos definitivos, mas elaborar uma agenda conceitual para o constitucionalismo do futuro. Para isso, a pesquisa passeia por teorias da Constituição e conclui que a concepção ampliativa, embora tímida na doutrina, pode ser alcançada, principalmente por estar em consonância com o sentido culturalista da Constituição.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Bloco de constitucionalidade. Parâmetro de controle.

1 Introdução

O Brasil consolida-se como um Estado Constitucional Democrático, e, assim, a Constituição de 1988 possui a força normativa decantada por Hesse (1991). Mas, para compreender a influência das normas irradiadas da Carta Magna, é preciso conhecer a extensão do bloco de constitucionalidade. Dessa forma, serão utilizadas teorias da Constituição para estudar a (im)possibilidade de utilização de normas materialmente constitucionais, mesmo que não sejam formalmente constitucionais, como paradigma de confronto no controle de constitucionalidade. Todavia, para elaborar a agenda conceitual a que se propõe o presente ensaio, é preciso compreender o contexto histórico em que está inserido o constitucionalismo contemporâneo.

¹ Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Processual pela PUC-MG, como requisito parcial à obtenção do título de especialista. Orientador: Fabrício Veiga Costa.

² Analista Executivo de Defesa Social - Direito na Secretaria de Estado de Defesa Social do Governo de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG. Bacharel em Direito e Comunicação Social/Jornalismo pelo Centro Universitário do Leste de Minas Gerais - Unileste.

2 Uma nova abordagem para o controle de constitucionalidade

2.1 O momento histórico da Constituição da República de 1988

O direito constitucional tem revelado profundas transformações ao longo das últimas décadas. A transição para o Estado Constitucional Democrático, catalisada no segundo pós-guerra, é um marco da expansão acerca da aplicabilidade e da normatividade da Constituição nos Estados democráticos. É nessa dimensão que se insere a Carta Magna de 1988, qual seja no desenvolvimento substancial da democracia, em que a finalidade principal é assegurar direitos fundamentais.

Novelino (2013) leciona que o Estado Constitucional Democrático tem como fulcro a colocação da Constituição em um patamar mais elevado, sob os pontos de vista formal e material, gerando maior preocupação com a efetividade da dimensão substancial dos direitos fundamentais, bem como o reconhecimento definitivo da força normativa da Carta Maior.

Ora, tratando como sinônimos, ora como institutos diferentes, a doutrina publicista costuma denominar esse conjunto de transformações como pós-positivismo, neopositivismo ou neoconstitucionalismo. Optou-se, neste ensaio, pelo termo neoconstitucionalismo em sua acepção ideológica. Tal abordagem “não se limita a descrever características fundamentais dos sistemas jurídicos contemporâneos, mas as valora positivamente, propugnando sua defesa e ampliação” (NOVELINO, 2013, p. 195).

A discussão está, portanto, no plano do direito material constitucional, mas inegavelmente também na esfera do direito processual constitucional. Uma leitura culturalista e metadisciplinar da Constituição, que será exposta adiante, está em consonância com a visão neoinstitucionalista do processo, proposta pelo prof. Rosemiro Pereira Leal, pela qual somente há falar em processo quando presentes princípios próprios que visam a garantir o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

No tocante ao papel hodierno da Constituição, Leal (2012, p. 30) leciona que “a legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional, quando esta é garantidora da atuação permanente da cidadania na transformação ou preservação do Estado e das demais instituições”.

O estudo da Constituição possibilita questionamentos não apenas sobre os pilares para a interpretação de normas na chamada hermenêutica jurídica. Ele traz, também, mais indagações, pois permite que a Lei Maior seja içada a patamar de normatividade, haja vista que ela propaga, vertical e horizontalmente, efeitos na coletividade e na própria estrutura do Estado. É por meio de mecanismos constitucionais, jurisprudenciais ou doutrinários estabelecidos que se garante a eficácia de direitos fundamentais. Esse é o caso, por exemplo, do fenômeno da mutação constitucional, que evita a fossilização da Carta Magna.

2.2 O controle de constitucionalidade

As ideias de supremacia e normatividade da Constituição fizeram surgir uma prevalência das normas constitucionais sobre as demais, tendo em vista uma estrutura hierárquica proposta, por exemplo, por Hans Kelsen, cuja teoria será retomada adiante. Por ora, cabe dizer, conforme leciona o jurista Kildare Gonçalves Carvalho, que “as normas constitucionais são normas primárias do ordenamento jurídico, ou seja, constituem a fonte primária, o alicerce, a base de qualquer ordenamento jurídico” (CARVALHO, 2011, p. 265).

Logo, as normas infraconstitucionais, para serem válidas, precisam ser produzidas de acordo com o seu fundamento de validade, que, por sua vez, está enraizado nas normas constitucionais, sob pena de aquelas estarem eivadas do vício de inconstitucionalidade.

A supremacia constitucional desdobra-se em duas dimensões: material e formal. Esta é atributo das Constituições rígidas, por caracterizar superioridade hierárquica sobre as outras normas de um ordenamento jurídico específico. Já aquela, mais genérica, está vinculada à existência de uma base substancial para a garantia da própria existência dos fundamentos do Estado de Direito. Ou seja, a supremacia material está relacionada ao conteúdo da Constituição, cujas normas tratam de direitos fundamentais, estrutura do Estado e organização dos Poderes. Conclui-se que toda Constituição tem supremacia material, mas nem toda Constituição possui supremacia formal.

Quanto ao controle de constitucionalidade, entende o juspublicista Barroso (2012) que se trata, provavelmente, do mecanismo mais importante para assegurar uma relação de harmonia no ordenamento jurídico. O instituto consiste na verificação da compatibilidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição, a fim de restaurar a unidade ameaçada.

Em linhas gerais, quanto à norma constitucional ofendida, a inconstitucionalidade pode ser formal/nomodinâmica (quando ocorre violação das normas que estabelecem o processo de elaboração de um determinado ato) ou material/nomoestática (quando o conteúdo da lei ou do ato emanado do Poder Público contraria substancialmente uma norma constitucional).

Toda essa discussão teórica apresenta implicações práticas imediatas para os operadores do direito e mediatas para os destinatários das normas jurídicas. Não é demais lembrar que a soberania popular está na base da própria Constituição. Sabe-se, ainda, que o povo, elemento integrante do Estado, é, simultaneamente, autor e destinatário de todas as normas existentes, sejam elas morais, religiosas, éticas ou jurídicas. Em especial, no que se refere a princípios e regras jurídicos, é natural que seja feita uma apropriação pelos indivíduos, por meio das instituições judiciárias, das melhores ferramentas para a garantia de direitos.

Tendo em vista que este artigo aborda predominantemente o controle da (in)constitucionalidade material, haverá um direcionamento nesse sentido, em que pese, de maneira reflexa, ser possível pensar na incidência do tema em questão também no controle da (in)constitucionalidade formal.

Carvalho (2011) leciona que a inconstitucionalidade material ou nomodinâmica caracteriza-se por um excesso do Poder Legislativo, tendo em vista que a norma é produzida com incompatibilidade em relação aos fins constitucionalmente previstos.

Verificada a existência de discrepância entre leis e/ou atos emanados do Poder Público e o disposto na Constituição, caberá a utilização dos mecanismos de controle constitucional, a fim de restaurar a ordem. Ponto importante é discorrer sobre os modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade.

Inicialmente, insta salientar que o controle jurisdicional é aquele exercido pelo Poder Judiciário, seja por meio de órgãos vinculados ao referido poder ou então por uma Corte Constitucional. Nesse ínterim, o controle de constitucionalidade pode ser difuso (modelo americano), concentrado (modelo austríaco ou europeu) ou misto.

O *controle difuso* é atribuído a todos os órgãos do Poder Judiciário. Conforme Barroso (2012), a origem remete ao caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte estadunidense, em 1803. Em linhas gerais, nesse modelo de controle, qualquer órgão judiciário, seja superior ou inferior, federal ou estadual, tem o poder-dever de deixar de aplicar as leis inconstitucionais levadas a seu julgamento.

Já o *controle concentrado* é aquele exercido por órgãos constitucionais com competência específica, geralmente uma Corte Constitucional. O modelo foi introduzido na Constituição austríaca de 1920, por obra de Hans Kelsen, através da Emenda Constitucional de 7 dezembro de 1929. Conforme Mendes e Branco (2013), não existe regra única no mundo para a composição das Cortes, podendo, por exemplo, haver membros vitalícios ou detentores de mandatos.

Existe ainda o modelo de *controle misto*, que congrega características dos modelos europeu e americano supramencionados. No modelo misto, todos os órgãos do Poder Judiciário ficam autorizados a fazer o controle difuso, porém, via de regra, sem efeito *erga omnes*. Todavia, também há uma Corte Constitucional que tem o papel de fazer o controle concentrado de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes*.

A Constituição Brasileira de 1988 adotou o controle misto, consolidando experiências anteriores já incorporadas no ordenamento jurídico. Desde a primeira Constituição Republicana (1891) já havia sido consagrado o controle difuso, realizado, no direito brasileiro, sempre de forma incidental/concreta. Já a Constituição de 1946, por meio da Emenda nº 16/65, adotou o controle concentrado no sistema constitucional pátrio, em regra exercido de forma abstrata. Nota-se que o controle misto também é adotado em Portugal.

Feita essa digressão acerca dos modelos de controle jurisdicional de constitucionalidade, é preciso discorrer agora sobre o exercício desse instrumento. E a discussão caminha para os aspectos do objeto e do parâmetro do controle de constitucionalidade. Em linhas genéricas, o parâmetro é a norma constitucional a ser invocada como ofendida no ordenamento jurídico. Lado outro, o objeto é a norma que ofende a norma constitucional.

Novelino (2012, p. 246) leciona o que pode ser considerado objeto para fins de controle:

Como objeto, admite-se qualquer ato dos poderes públicos. Não existe restrição quanto à natureza do ato questionado (primário ou secundário); normativo ou não normativo; ou quanto ao âmbito de sua emanção (federal, estadual ou municipal). Não importa, ainda, se o ato impugnado foi revogado, exauriu os seus efeitos ou se é anterior à Constituição em vigor. Relevante é verificar se houve ou não a violação de um direito subjetivo decorrente da incompatibilidade entre um ato do poder público e a Constituição vigente no momento em que o fato ocorreu.

Quanto ao *parâmetro*, será feito um destaque, tendo em vista que é exatamente esse ponto que se pretende debater.

2.3 Uma forma sofisticada de pensar o parâmetro no controle de constitucionalidade

A doutrina tradicional defende que, para fins de controle de constitucionalidade, a supremacia da Constituição que realmente importa é a formal. Dessa forma, podem ser invocadas (como parâmetro de confronto) todas as normas formalmente constitucionais.

Novelino (2013, p. 246) reafirma o entendimento majoritário ao explicitar que, no controle difuso, “o parâmetro poderá ser qualquer norma formalmente constitucional, mesmo quando já revogada, desde que

vigente ao tempo da ocorrência do fato”. De igual modo, no controle concentrado, “a norma de referência deve ser formalmente constitucional” (NOVELINO, 2013, p. 267), desde que vigente.

Na mesma linha de raciocínio, Barroso (2012) defende que a rigidez constitucional é pressuposto do controle de constitucionalidade. Salienta ainda o jurista que, para ser invocada como parâmetro (ou paradigma de validade de atos normativos), a norma constitucional necessariamente deve ter passado por um processo de elaboração mais complexo do que aquele utilizado para a elaboração de normas infraconstitucionais.

Não obstante a força doutrinária da posição supra, bem como a sua encampação na jurisprudência brasileira, aqui é proposto um debate sobre a possibilidade de ampliar o conjunto de normas aptas a serem invocadas como parâmetro no controle de constitucionalidade, principalmente com base nas tendências trazidas pelo neoconstitucionalismo e já projetando o constitucionalismo do futuro.

Nesse sentido, é elementar debater a extensão do *bloco de constitucionalidade*, conceito desenvolvido no constitucionalismo francês por Louis Favoreu. Trata-se de uma referência a normas que integram o ordenamento jurídico na França, com status constitucional.

De acordo com Lenza (2011, p. 280), existem duas posições que podem ser encontradas no que tange ao paradigma de confronto. A primeira delas é ampliativa e engloba, além das normas formalmente constitucionais, os princípios da “ordem constitucional global” e até mesmo valores suprapositivos. A outra concepção é restritiva e abrange apenas normas e princípios expressos na Constituição, que deve ser necessariamente escrita e positivada. O doutrinador ainda adverte que a tendência ampliativa é tímida na jurisprudência brasileira.

Novelino (2013), citando Heras (1957), complementa o raciocínio, ressaltando que, para quem é adepto ao sentido amplo, o bloco de constitucionalidade engloba normas infraconstitucionais somente quando elas possuem a vocação de desenvolver, plenamente, a eficácia dos postulados e dos preceitos insertos na Constituição.

Corroborar essa visão o constitucionalista mineiro Carvalho (2011), ao ressaltar que o bloco de constitucionalidade revela a ideia de unidade e solidez, mesmo de princípios e regras não inseridos na Constituição, quando estiverem situados no mesmo nível da Carta:

Nessa perspectiva, os direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, consoante o § 2º do art. 5º da Constituição de 1988, caracterizado como cláusula constitucional aberta, integrariam o bloco de constitucionalidade, mesmo diante do que dispõe o art. 3º, acrescentado ao art. 5º pela EC n. 45/2004, ao prever que apenas os tratados e convenções sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos respectivos membros, PE que seriam equivalentes às emendas constitucionais. E isto porque a Emenda apenas acrescentou o lastro formal aos tratados de direitos humanos, não retirando a sua característica material, ou seja, pelo § 2º do art. 5º, aqueles tratados são materialmente constitucionais, integrando, portanto, o bloco de constitucionalidade (CARVALHO, 2011, p. 265).

Carvalho (2011) aponta ainda a existência de países como a Alemanha, que adotam como parâmetro não somente a Constituição, mas também as normas de direito supralegal reconhecido pelo Tribunal Constitucional, tomando forma de bloco de constitucionalidade. Nesse caso, sendo cabível até mesmo a tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais (reformadoras), por violação do direito supralegal.

Nesse ponto, um aparte há de ser feito: o direito não é algo pronto e nunca será. Todo o dinamismo que cerca as normas jurídicas possibilita a transformação de institutos que tenderiam a se tornar obsoletos com o passar do tempo. As adaptações também são necessárias para arejar o próprio direito. Em um juízo de valor, seria possível afirmar que tais mudanças servem para melhorar os meios de obtenção da justiça. Permitir-se-ia dizer, não obstante, em leitura mais legalista, que os referidos ajustes existem a fim de minimizar os desníveis entre a realidade social e o direito positivo.

Tal emaranhado de fios cognitivos leva à conclusão de que o direito interno deve, necessariamente (com o perdão do pleonasma), beber na fonte de outros ordenamentos jurídicos. O direito comparado presta-se a aprofundar discussões e aplicações práticas (de institutos já adotados em outros Estados) ou teóricas (de técnicas a serem testadas) a fim de reduzir as distorções e lacunas jurídicas.

Em Portugal, ao dissertar sobre o parâmetro de controle de constitucionalidade, o jurista Canotilho (2003, p. 919) enfrenta a discussão acerca da determinação do bloco de constitucionalidade. Há um aceso debate em terras lusitanas sobre o escalão normativo, variando em duas posições, tal qual no embate brasileiro: parte entende que o parâmetro corresponde às normas formalmente constitucionais e parte defende que o parâmetro constitucional é a “ordem constitucional global”.

O catedrático apresenta a definição do instituto: “A ordem constitucional global seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de Direito, mas também os princípios escritos nas leis constitucionais escritas” (CANOTILHO, 2003, p. 920).

Ainda sobre o conceito de bloco de constitucionalidade, é importante transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 595-ES (Informativo 258/STF), em que ele explora a definição do instituto:

É por tal motivo que os tratadistas - consoante observa Jorge Xifra Heras (Curso de derecho constitucional, p. 43) -, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade (ou de parâmetro constitucional), cujo significado - revestido de maior ou de menor abrangência material - projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia (sic) de ordem constitucional global (BRASIL, STF. ADI 595-ES. Rel. Ministro Celso de Mello, 2002).

Quanto ao direito brasileiro, é plenamente possível afirmar que existem *normas (formalmente) infraconstitucionais materialmente constitucionais*. É o caso dos tratados internacionais de direitos humanos que não foram formalmente incorporados à Constituição, conforme exemplificado anteriormente por Carvalho (2011).

Mas o exemplo citado no parágrafo anterior não é ímpar. Há outros tipos de normas que também podem ser arrolados nesse patamar. É o caso, *v.g.*, dos princípios constitucionais implícitos, tais como o da razoabilidade e o da proporcionalidade. Ora, se o neoconstitucionalismo pacificou o entendimento de que os princípios jurídicos possuem força normativa, fica claro que um princípio implícito, em que pese não seja formalmente constitucional, o será materialmente.

Nesse mesmo conjunto, podem-se incluir normas infraconstitucionais que visam a desenvolver preceitos da constituição, como é o caso da lei que estabelece o salário mínimo e da lei de diretrizes e bases da educação. Esse raciocínio pode ser aduzido do fato de que tais normas revelam uma forma de regular direitos e garantias fundamentais. Vale lembrar que o rol do art. 5º da Constituição é exemplificativo. Já o inciso IV do art. 7º da Constituição, que garante o salário mínimo como direito do trabalhador é norma de eficácia limitada, pois, como explica Novelino (2013), possui aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, carecendo de norma ulterior infraconstitucional que lhe desenvolva a eficácia.

A intenção não é esgotar as hipóteses de normas formalmente infraconstitucionais, mas materialmente constitucionais existentes no Brasil. Todavia, tais normas estão presentes no ordenamento jurídico pátrio. Parte-se agora para uma análise aprofundada para compreender o porquê de elas estarem aptas a funcionar como parâmetro no controle de constitucionalidade.

2.4 O transbordamento da Constituição

Ao longo dos séculos XIX e XX, surgiram diversas teorias da Constituição. Lassalle (2011), em sua *concepção sociológica*, defendia a distinção entre Constituições reais e Constituições escritas. Ele argumentava que a Constituição escrita somente será boa quando “corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores que regem o país” (LASSALLE, 2001, apud NOVELINO, 2013, p. 84).

Já Carl Schmitt era adepto da *concepção política*. Lenza (2011, p. 69) esclarece que, na visão de Schmitt, “em razão de ser a Constituição produto de uma certa decisão política, ela seria, nesse sentido, a decisão política do poder constituinte”.

Adiante, em uma *concepção jurídica*, Hans Kelsen concebia o Direito como um patamar normativo no campo do dever ser. O jurista austríaco, parafraseado por Carvalho (2011, p. 48), dizia que “há uma estrutura hierárquica de diferentes graus no processo de criação do Direito, que desemboca numa norma fundamental, que, no sentido positivo, é representada pela Constituição”.

Até a metade do século XX, predominava na Europa a visão de que a Constituição era um documento mormente político. Na década de 1950, Hesse (1991) deu o passo inicial para a superação dessa visão, com a elaboração da *concepção normativa*. Em contraponto à teoria de Lassalle (2011), elaborada um século antes, Hesse (1991, p. 19) afirmou que:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

É evidente que todas essas concepções possuem méritos, sejam eles históricos ou até mesmo difundidos nos tempos atuais. Porém, todas elas também apresentam uma falha: deixar de fazer uma análise multidisciplinar da realidade, como revela Silva (2002, p. 39): “Essas concepções pecam pela unilateralidade. Vários autores, por isso, têm tentado formular conceito unitário de constituição, concebendo-a em sentido que revele conexão de suas normas com a totalidade da vida coletiva”.

Nessa linha, surge a *concepção culturalista* da Constituição. No Brasil, Teixeira (1991) discorre brilhantemente sobre o assunto. Segundo o jurista, a Constituição é também um fato cultural, ou seja, produto de uma sociedade elaborado para produzir efeitos sobre a mesma sociedade. Ou seja, a Carta Magna é influenciada por fatores reais, espirituais, racionais e voluntaristas, levando ao conceito de “Constituição total”, por meio de uma complexa conexão entre a Constituição e a realidade social como um todo. “Assim, a Constituição não normada (realidade social) e a Constituição normada (Constituição normativa) são conteúdos parciais da Constituição política total” (TEIXEIRA, 1991, p. 77, grifo do autor).

E por que é tão relevante a discussão acerca da concepção culturalista da Constituição? Não obstante a doutrina majoritária brasileira entender de maneira diversa, a concepção culturalista permite a ampliação do bloco de constitucionalidade. Se forem utilizados critérios puramente materiais, com a devida consideração do fato de que o ordenamento jurídico sempre será produto cultural, será possível utilizar normas formalmente infraconstitucionais, mas materialmente constitucionais, como paradigma de confronto no controle de constitucionalidade. O fenômeno assemelha-se ao *transbordamento da Constituição*, com a expansão do bloco de constitucionalidade, em que normas infraconstitucionais passam a ter eficácias de normas constitucionais para fins de controle de leis e atos emanados do Poder Público.

Não é demais mencionar o magistério de Mendes e Branco (2011, p. 1.012), especificamente no tocante à tendência hodierna do constitucionalismo, de prestigiar normas de Direito Internacional destinadas a proteger direitos fundamentais do homem. Assim, “as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional”.

A incorporação de normas convencionais à Constituição pode ocorrer formal ou materialmente. Caso o ingresso seja formal, a discussão torna-se inócua para fins de delimitação do paradigma. Porém, se a introdução for apenas material, parece lógico aceitar tais normas como parâmetro de controle, até mesmo para evitar o retrocesso do sistema de proteção a direitos e garantias fundamentais (efeito *cliquet*).

Adaptando o ditado popular, o Estado não pode dar direitos ao cidadão com uma das mãos e tomar com a outra. Tampouco o Poder Judiciário pode cruzar os braços, fechar os olhos e virar de costas para a realidade social. Não pode haver um instrumento de controle de constitucionalidade e, concomitantemente, haver um esforço institucional para blindar a utilização desse aparato. Lado outro, é necessário polir e dar dinamismo às balizas norteadoras do controle. Somente agindo dessa maneira é que o Estado vai estabelecer, de forma precisa, acesso à sua estrutura democrática mais significativa: a Constituição.

Mas quem é esse Estado que assume o protagonismo na ampliação da democracia? Ainda que houvesse território, soberania e governo, sem povo não haveria Estado. E é justamente o povo que deve tomar posse das estruturas políticas. Logo, a tendência ampliativa na discussão sobre o bloco de constitucionalidade e, por conseguinte, sobre o parâmetro de controle deve prevalecer, pois dá força aos indivíduos. Isso porque ela revela maior sinergia com a ideia hodierna de democracia.

A história atribui a Luís XIV a célebre frase “*L’État c’est moi*”¹, que, grosso modo, é condizente com o Absolutismo. Cabe ao povo, em um Estado Constitucional Democrático, erguer-se e dizer: “*L’État sommes nous!*”².

2.5 A relevância prática do debate

O nobre leitor pode perguntar-se sobre a relevância prática da discussão acerca de possível alteração (ou, especificamente, aumento) do parâmetro constitucional. Como mencionado, a tendência ampliativa ainda é tímida na doutrina. Porém, a perspectiva é positiva.

O debate acadêmico sobre o controle de constitucionalidade em si é um tema relativamente recente no Brasil, principalmente se for considerado o controle concentrado. Houve transformações relevantes, por exemplo, com a ampliação do rol dos legitimados ativos. Além disso, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), tende a exigir maior conhecimento técnico por parte dos operadores do Direito para invocar a inconstitucionalidade de normas no controle difuso.

É preciso haver técnica apurada para trabalhar com a ferramenta. “Assinale-se, no entanto, que a imprecisão e a vagueza dos parâmetros constitucionais, que não primam pelo rigor de conteúdo, podem ser circunstâncias que dificultam a efetivação do controle [...]” (CARVALHO, 2011, p. 327). Logo, é melhor invocar como parâmetro uma norma infraconstitucional materialmente constitucional do que lançar mão, por exemplo, de princípios genéricos como o da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Evita-se, por exemplo, com isso, a incidência da “Teoria da Katchanga”, criação satírica de Lima (2012), para criticar o fato de que os princípios mais genéricos são utilizados, muitas vezes, sem qualquer argumentação jurídica, até mesmo no controle de constitucionalidade.

Além disso, a utilização das normas infraconstitucionais materialmente constitucionais como parâmetro no controle de constitucionalidade pode representar uma forma de preservar direitos e garantias fundamentais no constitucionalismo do futuro. Dromi, citado por Lenza (2011, p. 58), revela que o futuro do constitucionalismo “deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade”. É com esse pano de fundo que deve ser analisado o controle de constitucionalidade.

3 Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que as normas infraconstitucionais materialmente constitucionais podem, em tese, ser utilizadas como parâmetro de controle por integrarem o bloco de constitucionalidade. Não obstante, nos tempos atuais, essa concepção ampliativa não é majoritária no ordenamento jurídico brasileiro. Aparentemente não há precedentes nesse sentido no Pretório Excelso, mas somente a conceituação de “bloco de constitucionalidade”, em *passant*, em acórdãos, à luz de um voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 595-ES.

Lado outro, também não há regra no ordenamento jurídico que impede a utilização de tais normas como paradigmas de confronto no controle de constitucionalidade. Bastaria, no caso, que a construção jurisprudencial convergisse para o entendimento ampliativo para passar a ser esse o modelo vigente no Brasil.

¹ Tradução: “O Estado sou eu”.

² Tradução: “O Estado somos nós”.

Considerando que o controle de constitucionalidade tem como fim a harmonia e a coesão do ordenamento jurídico, é direito subjetivo de cada indivíduo lançar mão de todos os meios democráticos para atingir aquela finalidade. Logo, a priori, o transbordamento da constituição apresenta-se como benéfico à coletividade.

Seja para aumentar a sensação moral de que a justiça está sendo feita ou para cravar a base legal de que o direito está posto, o ordenamento jurídico pátrio precisa amoldar-se ao contexto social em que está inserido. E essa transformação pode ser feita com base no direito alienígena (que, por sua vez, apresenta casos de ampliação do bloco de constitucionalidade), ou com fulcro em criação jurídica própria apta a permitir melhor utilização do paradigma de confronto no controle de constitucionalidade.

Vale ainda ressaltar que é característica basilar do sistema jurídico contemporâneo a garantia da eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, o aprimoramento da Constituição e do constitucionalismo é a pedra de toque para o avanço de uma democracia que caminha para a maturidade, como é o caso da brasileira. Nesse diapasão, a doutrina ampliativa serve não apenas para evitar retrocessos, como também para fomentar o espalhamento de garantias.

Ou seja, caso venha a ser aceita a corrente amplificativa, haverá uma consonância com a concepção culturalista da Constituição e com o neoinstitucionalismo, bem como uma projeção mais adequada em relação ao futuro do constitucionalismo.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Processo: ADI 595-ES. Rel. Ministro Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 26 fev. 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”. apud LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. São Paulo: Lumen Juris, 2001. p. 10.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, George Marmelstein. *Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga*. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21646/alexey-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização*: normas da ABNT para apresentação de artigos de periódicos científicos. Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca/>>. Acesso em: 6 mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.



O incidente de resolução de demandas repetitivas e a possível solução das crises jurídicas contemporâneas

Renato Luís Dresch*
Pedro Augusto Silveira Freitas**

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). 3 A repetitividade como pressuposto para a instauração do IRDR. 3.1 A necessidade de efetiva repetição de processos. 3.2 O limite do IRDR para resolver questões exclusivamente de direito. 3.3 O risco à isonomia e à segurança jurídica com fundamento do IRDR. 3.4 A polêmica da causa pendente de julgamento perante o Tribunal. 3.5 Afetação da questão de direito por Tribunal Superior. 4 Legitimidade ativa para a instauração do IRDR. 5 A admissibilidade do IRDR para as demandas do juizado especial. 6 A competência jurisdicional para decidir o IRDR. 6.1. A competência para decidir IRDR sobre matéria de constitucionalidade. 7 Conclusão.

Resumo

O presente estudo tem a finalidade de analisar os objetivos e pressupostos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR -, instituto introduzido pelo novo Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015 (Lei nº 13.105/2015).

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Sistema normativo de precedentes. Incidente de resolução de demandas repetitivas. IRDR. Segurança jurídica. Razoável duração do processo. Efetividade da prestação jurisdicional. Proteção da confiança. Pressupostos. Efetiva repetição de processos. Risco à isonomia e à segurança jurídica. Questão unicamente de direito. Causa pendente de julgamento. Legitimados. Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

1 Considerações iniciais

O CPC/15 objetiva dar maior efetividade aos valores e às garantias fundamentais constantes da Constituição Federal brasileira e, na mesma medida, veio para valorizar a jurisprudência, nortear a garantia de tempestividade da jurisdição, conferir segurança jurídica e resguardar a duração razoável na satisfação e reparação do direito violado.

A nova legislação processual introduziu no ordenamento jurídico pátrio alterações significativas no âmbito da processualística, modernizando e incrementando institutos, inovando regramentos para superar controvérsias jurisprudenciais que fundamentam os paradigmas interpretativos extraídos de razões principiológicas. As modificações provocadas, todavia, não se restringem ao aspecto meramente dogmático, alcançando os contornos teóricos dos fundamentos orientadores do processo civil brasileiro.

* Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca. Especialista em Processo Civil pela Faculdade Municipal de Franca - SP. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Arnaldo Jansen de Belo Horizonte. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

** Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Minas. Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Dentre as alterações provocadas com o CPC/15, destaca-se a adoção de um sistema normativo que valoriza os precedentes com a atribuição de efeito vinculativo na resolução de determinados julgados como instrumento de segurança jurídica nas questões de maior repercussão e as reiteradas, instituindo um microsistema para o julgamento de demandas repetitivas. A aplicação judicial de tal sistema servirá de estímulo para uma reorientação nas relações jurídico-sociais, induzindo os jurisdicionados a uma nova orientação de conduta que permite ao Poder Judiciário um nivelamento no seu padrão decisório numa perspectiva orientada pelo *common Law*, reforçando, assim, as perspectivas de segurança jurídica.

O microsistema de demandas repetidas é constituído de um conjunto de dispositivos da lei processual que visam proporcionar maior racionalidade à solução de diversos processos que contenham controvérsia jurídica similar.

A temática dos precedentes obrigatórios perpassa todo o Código de Processo Civil e tem por fundamento precípua proporcionar maior segurança jurídica dentro da garantia de duração razoável do processo, a efetividade da prestação jurisdicional, com a projeção da perspectiva de isonomia decisória àqueles que acionam a jurisdição na disputa de questões fático-jurídicas com similitude.

2 O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

As crises jurídicas contemporâneas, emparelhadas com a evolução e a transformação sociais, orbitam, cada vez mais, em torno de interesses massificados, homogêneos, plurilaterais e coletivos, veiculados, quase sempre, em litígios idênticos, próprios da litigância de massa, contudo, geralmente, manejadas em repetidas demandas individuais. Desse modo, à vista da intensidade da litigância, a tutela jurisdicional direcionada à resolução de tais conflitos de maneira individual é contraproducente, porque exige análise distinta e casuística, com a possibilidade de soluções desiguais em casos que possuam similaridade fático-jurídica.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo CPC/15 para coletivizar o resultado da prestação jurisdicional, impedindo o tratamento jurisdicional desigual. O mencionado incidente é destinado a fixar, em discussão colegiada qualificada, com a multilateralização do contraditório¹, o exame de todos os argumentos jurídicos determinantes², para fixar a tese jurídica sobre determinada controvérsia de direito material ou processual cujo resultado se estenderá, em caráter vinculante, sobre as causas individuais pendentes que possuam objeto jurídico similar³, podendo ser aplicado ao recurso remessa necessária ou a qualquer processo de competência originária de

¹ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

² Enunciado de nº 305 do FPPC: No julgamento de casos repetitivos, o tribunal deverá enfrentar todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida.

³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamentos de recursos extraordinários e especial repetitivos.

Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

tribunal⁴, sem prejuízo da sua provocação, quando constatada a repetitividade que ainda estiver somente em primeiro grau.

De acordo com a autora Temer (2016), ao abordar os fundamentos constitucionais do IRDR, a técnica processual consagra a isonomia e a segurança jurídica entre os jurisdicionados, viabilizando a reparação do direito violado e a razoável duração do processo. Conforme explica a mencionada autora:

O incidente tem potencial para concretizar a isonomia entre os jurisdicionados, através do tratamento uniforme das questões comuns, assegurando que a mesma questão jurídica obtenha idêntica interpretação e aplicação. A prestação jurisdicional dispar a casos idênticos constitui se não a maior, uma das mais graves violações ao princípio da isonomia.

A isonomia, por sua vez, está intimamente ligada com a previsibilidade e com a estabilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica. Ao fixar a tese jurídica aplicável às mesmas questões, o Judiciário consolida seu entendimento e possibilita o estabelecimento de padrões de conduta confiáveis aos jurisdicionados.

Do mesmo modo, o IRDR tem potencial para consagrar o direito à razoável duração do processo, por permitir a redução do tempo e duração dos processos judiciais, sob duas perspectivas distintas e complementares.

De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio dos recursos protelatórios. Tais técnicas permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema. Evita que o Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão.

De outro lado, a resolução concentrada das questões repetitivas possibilita o 'desafogamento' do Judiciário e permite que a máquina judiciária seja empregada para resolver outros conflitos. Nesta medida, também concretiza o direito à razoável duração do processo para todos os outros processos 'não-repetitivos'.

Ainda, estas técnicas diferenciadas, como o IRDR, privilegiam a economia processual, com a racionalização da atividade jurisdicional, inclusive no que se refere aos custos da litigiosidade repetitiva⁵.

Acerca do tema, ao realizar o juízo de admissibilidade de incidente versando sobre o cabimento de medida cautelar de exibição de documentos para obtenção de histórico de anotações havidas em nome do consumidor a serem fornecidos pelos órgãos de proteção ao crédito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) proclamou que

o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas é conferir tratamento judicial isonômico na solução de uma mesma questão de direito que envolva causas individuais e repetitivas, com o mesmo fundamento jurídico, de maneira a preservar a segurança jurídica das decisões, dando maior estabilidade à jurisprudência e efetividade e celeridade à prestação jurisdicional⁶.

⁴ Enunciado 342 do Forum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

⁵ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39/41.

⁶ TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.037837-8/000, Relatora: Des.^a Juliana Campos Horta, 2^a Seção Cível, julgamento em 26/9/2016, publicação da súmula em 30/9/2016.

Em outra oportunidade, averiguando a possibilidade de o transporte individual remunerado de passageiros, por meio do aplicativo Uber, ser submetido à legislação municipal e às regras previstas no Código de Trânsito Brasileiro, o TJMG assentou o entendimento, ao decidir juízo de admissibilidade, de que

o incidente de resolução de demandas repetitivas foi instituído pelo novel Código de Processo Civil com vistas à pacificação de causas repetidas, que se relacionam por afinidade de questão de direito, voltado a solucionar - ou minimizar - a multiplicação irracional desses feitos⁷.

Portanto, o IRDR não faz coisa julgada para as demandas individuais, contudo será a causa-piloto para as demandas supervenientes, inclusive produzindo efeito vinculante. O incidente tem por objeto a fixação da tese jurídica sobre determinado tema, uniformizando a jurisprudência, dando-lhe efeito vinculante com extensão *erga omnes* ou *ultra partes*, servindo como causa-modelo, a fim de garantir a isonomia na solução das controvérsias pendentes ou supervenientes sobre o mesmo tema jurídico e, ainda, visando simplificar a prestação jurisdicional, dando efetividade aos princípios da segurança jurídica, da razoável duração do processo, da economia e da efetividade da tutela jurisdicional.

3 A repetitividade como pressuposto para a instauração do IRDR

De acordo com o CPC/15, a instauração do IRDR somente é cabível se houver, cumulativamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito, com risco à isonomia e à segurança jurídica, e, ainda, exista causa pendente de julgamento, não podendo existir afetação prévia da questão por Tribunal Superior.

O Tribunal de Justiça mineiro já afirmou que

o art. 368-A do Regimento Interno deste Tribunal, em consonância com o art. 976 do CPC/2015, dispõe que o incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica⁸.

Portanto, restou consagrado na regulação do Judiciário mineiro que a instauração do IRDR tem como pressuposto a repetitividade de demandas, exigindo-se que, ao menos, haja uma demanda tramitando perante a instância na qual a parte legitimada à instauração do incidente atue. Se não houver repetitividade, poderá ser utilizado o Incidente de Assunção de Competência (IAC), conforme regramento contido no art. 947 do CPC/15.

3.1 A necessidade de efetiva repetição de processos

Embora a instauração do IRDR exija, como visto, a repetição de processos, não há, contudo, a necessidade de uma grande quantidade de demandas, bastando para a sua admissibilidade que haja, no mínimo, uma repetição efetiva. O texto legal não estabelece parâmetros nem mesmo condiciona cartesianamente a

⁷ TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.016912-4/002, Relator: Des. Corrêa Junior, 1ª Seção Cível, julgamento em 24/10/2016, publicação da súmula em 21/11/2016.

⁸ TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.037837-8/000, Relator: Des.ª Juliana Campos Horta, 2ª Seção Cível, julgamento em 26/9/2016, publicação da súmula em 30/09/2016.

repetição múltipla de processos, de modo que a repetitividade exigida pela lei deve ser analisada no caso concreto, a partir do objeto do respectivo incidente.

Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), ao editar o Enunciado de nº 87, concluiu que

a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

De igual forma, Cabral e Cramer (2015) ponderam:

Como é natural a esse tipo de mecanismo de solução de processos repetitivos, a instauração do IRDR justifica-se apenas quando a multiplicidade de litígios sobre questões comuns puder levar a um estado de incerteza jurídica sobre como deva ser a uniforme solução da controvérsia. Lembremos ainda que, se não houver repetição, mas mesmo assim a questão for relevante em apenas um ou poucos processos, é cabível o Incidente de Assunção de Competência. Assim, de um lado, deve haver *efetiva repetição* de causas veiculando a questão comum. Não basta mera alegação, deve ser comprovada a multiplicidade de processos discutindo um mesmo tema.

Sobre o *quantum* de demandas repetitivas, não há um número mágico ou indicação cartesiana, cabendo à doutrina e à jurisprudência balizar a aplicação do incidente pela construção de parâmetros. Não há necessidade de uma enorme quantidade de causas repetitivas (como expresso no Enunciado 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), mas deve haver uma quantidade razoável, na casa das dezenas ou centenas, a fim de justificar a adoção dessa técnica. Se estivermos diante de poucos casos, a conexão pela *causa petendi* ou por afinidade de questões, em muitas hipóteses, poderia ser suficiente para evitar decisões conflitantes, com menos esforço, menos gasto de tempo e recursos do Judiciário, e talvez preservando mais os direitos fundamentais dos litigantes em exercer o contraditório e a ampla defesa na sustentação de suas pretensões em juízo⁹.

Inadmite-se a instauração de IRDR preventivo, não sendo suficiente a existência de potencial repetição de processos. Somente a efetiva multiplicidade de demandas - seja perante a primeira instância, seja em grau recursal - satisfaz o requisito para o juízo de admissibilidade positivo sobre o respectivo incidente, embora não se possa apontar um número mágico mínimo de demandas para autorizar a sua instauração.

3.2 O limite do IRDR para resolver questões exclusivamente de direito

O objeto do IRDR, conforme explicita o texto legal, deve versar sobre matéria exclusivamente de direito - *quaestiones iuris* -, com exclusão daquelas que envolvam a análise de fatos - *quaestiones facti*. A diversidade dos fatos capaz de afastar a instauração do incidente a que o texto legal faz alusão é aquela suficiente para influenciar, de modo diversificado e casuístico, a aplicação do direito ao caso concreto, de forma singularizada.

Para Cabral e Cramer (2015), já referidos:

Em relação à matéria que pode ser objeto do incidente, não há qualquer restrição legal. Podem ser instaurados incidentes de resolução de demandas repetitivas sobre matéria tributária, previdenciária, referentes a vantagens de servidor público, direitos do consumidor etc. Não se admite qualquer interpretação que venha a restringir o cabimento do instituto por razões políticas ou de governo, tal como

⁹ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.421/1.422.

lamentavelmente ocorreu com as ações coletivas, indevidamente limitadas não só por interpretações equivocadas do Judiciário, mas até mesmo por medidas provisórias. Como dito, uma das grandes vantagens do IRDR é ser aplicável em campos não abrangidos pela sistemática das ações coletivas. Assim, qualquer matéria pode ser objeto do incidente, desde que preenchidos os pressupostos legais.¹⁰

O enunciado de nº 88 do FPPC, já referido, adverte que

não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.

Em idêntico sentido, o TJMG concluiu, em IRDR no qual se discutia o direito à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas, que “o incidente de resolução de demandas repetitivas pode abranger questão unicamente de direito e o tema submetido no Tribunal necessita que não exista controvérsia sobre questão de fato”¹¹.

Portanto, o objeto que justifica a instauração do incidente de resolução de demanda repetitiva se limita à fixação de tese jurídica e se encontra estritamente referenciado às questões de direito, podendo ter conteúdo material ou processual, desde que haja repetitividade, não obstante a extensão da competência do órgão colegiado para julgar integralmente o objeto da causa na qual está inserida a controvérsia.

3.3 O risco à isonomia e à segurança jurídica com fundamento do IRDR

Para a instauração do IRDR, não basta a repetitividade, também dependendo da existência de divergência entre juízos, de forma a demonstrar a efetiva insegurança jurídica com o tratamento desigual sobre determinada questão de direito. Noutro lado, inadmite-se a instauração de IRDR preventivo, para definir tese futura ainda não discutida pelos órgãos jurisdicionais¹².

Didier Jr. e Cunha, esclarecem:

Exatamente por isso, somente cabe o incidente quando já houver algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Vale dizer que, para caber o incidente, deve haver, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, havendo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução. É preciso, enfim, haver uma controvérsia já disseminada para que, então, seja cabível o IRDR. Exige-se, em outras palavras, como requisito para a instauração de tal incidente, a existência de prévia controvérsia sobre o assunto.

Para que possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. É assim que se evita risco à isonomia e à segurança jurídica. Se há diversos casos repetitivos, mas todos julgados no mesmo sentido, mas não risco à isonomia, nem à segurança jurídica. Deve, enfim, haver comprovação de divergência apta a gerar o IRDR: o tribunal está a processar recursos ou remessas necessárias relativos a sentenças proferidas em sentidos divergentes, com risco à isonomia e à segurança jurídica.¹³

¹⁰ *Ibidem*, p. 1.420.

¹¹ TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.018615-1/001, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Seção Cível, julgamento em 15/6/2016, publicação da súmula em 24/6/2016.

¹² Rememora-se o Enunciado nº 87 do FPPC: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

¹³ *Op. cit.* p. 627.

O TJMG, ao não admitir IRDR que versava sobre a reparação civil por danos causados em decorrência de determinada atividade empresarial, afirmou que, a par da expressa previsão legal, “diante da ausência de decisão conflitante, não há falar em risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, requisito este necessário à instauração do IRDR”¹⁴.

3.4 A polêmica da causa pendente de julgamento perante o Tribunal

Outro pressuposto que é defendido por parte da doutrina é a necessidade da existência de causa pendente de julgamento perante o respectivo Tribunal, de modo que seja possível instrumentalizar o IRDR. Tal requisito, conquanto não previsto expressamente na legislação, tem sido interpretado por uma parte da doutrina em face do que dispõe o art. 978, parágrafo único, do CPC/15, que atribui ao órgão colegiado a competência para fixar a tese jurídica e julgar o recurso que lhe é afeto¹⁵.

Daniel Amorim Assumpção Neves, discorrendo sobre a necessidade de processo em trâmite perante o Tribunal, defende essa tese:

Apesar de não estar previsto como requisito de admissibilidade do IRDR, já se discute, na doutrina, a necessidade de haver ao menos um processo em trâmite no tribunal, seja em grau recursal ou em razão do reexame necessário, para que se admita a instauração do incidente processual ora analisado.

[...]

Prefiro a corrente doutrinária que defende a necessidade de ao menos um processo em trâmite no tribunal, justamente o processo no qual deverá ser instaurado o IRDR. Esse requisito não escrito decorre da opção do legislador de prever, no art. 978, parágrafo único, do novo CPC, a competência do mesmo órgão para fixar a tese jurídica, decidindo o IRDR, e julgar o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Caso só existam processos em trâmite no primeiro grau e seja instaurado o IRDR, necessariamente, o processo de onde se originou o incidente será um processo de primeiro grau, o que impossibilitará o cumprimento pleno do art. 978, parágrafo único, do novo CPC.¹⁶

No mesmo sentido, a tese de que, tratando-se de incidente, a instauração do IRDR terá como pressuposto a existência de uma causa no tribunal também é defendida por Didier Junior e Cunha, ao afirmar que, “sendo o IRDR um incidente, é preciso que haja um caso tramitando no tribunal”¹⁷.

Essa tese, contudo, não deve prevalecer, impondo-se o reconhecimento de instauração de IRDR mesmo para as causas que ainda não tenham repetitividade na instância recursal.

¹⁴ TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.032677-3/000, Relator: Des. Alberto Henrique, 2ª Seção Cível, julgamento em 26/9/2016, publicação da súmula em 29/9/2016.

¹⁵ “Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.”

¹⁶ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.595.

¹⁷ DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recurso, ações de competência originária e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 595.

Acontece que, como visto, o Brasil optou por um microsistema de julgamento de casos repetitivos com dupla função, quais sejam: a) a formação de precedentes obrigatórios que vinculam o próprio tribunal e as instâncias inferiores; b) julgar os casos repetitivos. Isso significa dizer que houve a opção por um sistema misto em que se utiliza o sistema da causa modelo e da causa piloto, como bem explicam Didier Jr. e Cunha:

Há dois sistemas de resolução de causas repetitivas: a) o da causa-piloto e b) o da causa-modelo. No sistema da causa-piloto, o órgão jurisdicional seleciona um caso para julgar, fixando a tese a ser seguida nos demais. Já na causa-modelo, instaura-se um incidente apenas para fixar a tese a ser seguida, não havendo a escolha de uma causa ser julgada.¹⁸

O que propomos não é o incidente de resolução de demanda repetitiva preventivo. O que se propõe é a desnecessidade da existência de conflito na instância recursal para que se instaure o conflito. Basta a repetitividade e demonstração de resultados conflitantes.

Sofia Temer defende a admissibilidade do IRDR sem a pendência de processo no Tribunal, com o seguinte argumento:

Na Câmara dos Deputados, inseriu-se previsão ao projeto do novo CPC no sentido de que “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal” (art. 988, § 2º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 166/2010), o que justificava o requisito de causa pendente no tribunal para a instauração do IRDR. Não obstante, essa previsão foi retirada da versão final. Para justificar essa exclusão, o Senado Federal explicitou, no Parecer 956/2014, que ‘Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 998 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade de sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência.’ A versão final aprovada do novo Código não contém tal exigência. Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a ‘vontade do legislador’ para compreender o sentido da lei, parece incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada.

O § 1º do art. 976 deixa clara a opção pelo sistema misto adotado pela legislação brasileira ao estabelecer que, havendo desistência ou abandono no processo, nada impede o exame de mérito do incidente, transformando a **causa piloto** em **causa modelo**.¹⁹

Portanto, considerando-se a opção legislativa por um sistema misto, não há como exigir a pendência de demanda no Tribunal como requisito absoluto de admissibilidade do IRDR, embora se admita que nesse caso o órgão colegiado não tenha competência para decidir a causa piloto, cabe-lhe apenas fixar a tese jurídica (causa modelo), com a devolução da causa paradigmática para apreciação na esfera monocrática de origem, para que não se crie um modelo de supressão de instância.

A não obrigatoriedade de causa pendente no Tribunal revigora, conseqüentemente, a legitimidade outorgada aos juízes, às partes, ao Ministério Público e à Defensoria Pública atuantes na primeira instância para instaurarem, incidentalmente, nos processos em trâmite no primeiro grau de jurisdição, o procedimento do IRDR (incisos I, II e III do art. 977 do CPC/15). O mencionado permissivo é extremamente relevante justamente porque são as partes e os magistrados de primeiro grau que têm, antes mesmo do exame pelo Tribunal, condições de constatar previamente a repetitividade de questões de direito similares.

¹⁸ DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recurso, ações de competência originária e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 593.

¹⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 104/105.

Logo, não há que se falar na exigência de causa pendente perante o Tribunal. Exige-se apenas a existência de causas repetitivas pendentes de julgamento perante o grau de jurisdição em que as partes legitimadas à instauração do IRDR atuem.

3.5 Afetação da questão de direito por Tribunal Superior

A sistemática do IRDR ainda traz um requisito limitador à sua instauração, qual seja a inexistência de afetação da questão de direito material ou processual repetitiva por parte dos Tribunais Superiores²⁰.

A vedação do IRDR nos Tribunais inferiores quando a matéria estiver afeta a Tribunais Superiores se insere na garantia de segurança jurídica, que é o escopo que levou à criação do microsistema de demandas repetitivas. Ademais, a solução final da controvérsia jurídica sempre caberá àquela instância recursal superior e que terá repercussão nacional, atendendo, assim, ao comando legal orientador de uniformização da jurisprudência, criando estabilidade, integridade e coerência²¹.

Logo, a existência de afetação da questão de direito nos Tribunais Superiores implica prejudicialidade ao conhecimento do respectivo incidente nas instâncias inferiores de jurisdição.

As observações lançadas por Didier Jr. e Cunha bem esclarecem esse pressuposto negativo:

Não cabe IRDR quando já afetado, no tribunal superior, recurso representativo da controvérsia para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 976, § 4º, CPC). Em outras palavras, se um dos tribunais superiores, no âmbito de sua competência, já tiver afetado recurso repetitivo, não se admite mais a instauração do IRDR sobre aquela mesma questão. Há, enfim, uma preferência do recurso repetitivo sobre o IRDR, exatamente porque, julgado o recurso representativo da controvérsia, a tese fixada será aplicada em âmbito nacional, abrangendo, até mesmo, o tribunal que poderia instaurar o IRDR. Daí haver a preferência pelo recurso repetitivo em detrimento do IRDR.

Se não cabe o IRDR quando já afetado recurso representativo da controvérsia em tribunal superior, também não deve caber quando o tribunal superior tiver já fixado a tese no julgamento de algum recurso paradigma, em procedimento repetitivo.²²

Ao ser provocado a estabelecer um padrão decisório mínimo quanto ao direito à nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas oferecidas no edital de concurso público e vagas supervenientes, o TJMG rejeitou o IRDR, reconhecendo que já se encontrava em curso no STF demanda sobre a matéria e decidiu que “o incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser instaurado quando, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, existem precedentes recentemente construídos, sob o regime da repercussão geral, sobre a questão”²³.

²⁰ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: [...] § 4º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

²¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

²² DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recurso, ações de competência originária e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 628.

²³ TJMG - IRDR - Cv 1.0000.16.018615-1/001, Relator: Des. Alberto Vilas Boas, 1ª Seção Cível, julgamento em 15/6/2016, publicação da súmula em 24/6/2016.

4 Legitimidade ativa para a instauração do IRDR

O CPC/15 estabelece como legitimados para a instauração do IRDR o juiz, o relator, as partes processuais, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Assim, o IRDR pode ser suscitado por iniciativa do órgão jurisdicional de primeiro e segundo graus, dos sujeitos processuais do processo pendente de julgamento e, ainda, de instituições públicas essenciais à função jurisdicional do Estado²⁴.

No órgão colegiado, o incidente pode ser provocado tanto pelo relator como por decisão colegiada.

O pedido de instauração do incidente ainda deverá ser instruído com os documentos que comprovem a repetição de processos que contenham controvérsia jurídica sobre a mesma questão de direito, com risco à isonomia e à segurança jurídica.

Didier Jr. e Cunha esclarecem:

O IRDR pode ser suscitado, de ofício, pelo juiz de uma das causas repetitivas ou pelo relator do processo que se encontra no tribunal. Não é necessário que haja requerimento. É possível que seja instaurado de ofício.

Além do juiz ou do relator, o IRDR pode ser instaurado por provocação de qualquer uma das partes da causa pendente no tribunal ou de qualquer outro processo em que a questão se repita. Também podem requerer a instauração do IRDR o Ministério Público e a Defensoria Pública.

O juiz ou o relator deve requerer o IRDR ao presidente do tribunal por *ofício*. É por *petição* que a parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública deve requerer o IRDR. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente. As alegações devem fundar-se em prova documental, não sendo cabível outro tipo de prova para a demonstração da necessidade de ser admitido o incidente.²⁵

Percebendo o magistrado que há demanda repetitiva em primeiro grau acerca da qual foram proferidas decisões com interpretação jurídica divergente, pode provocar o incidente independentemente da existência de demanda pendente na instância recursal, não havendo esperar que a divergência se instaure em grau recursal, evitando-se a penalização de partes com decisão divergente antes de pacificada a matéria. O que se deve buscar é reparação uniforme de forma absoluta.

Quando se afirma que o IRDR pode ser suscitado pelo relator, isso deve ser interpretado como a possibilidade de o incidente ser provocado tanto monocraticamente pelo relator ou por decisão da turma julgadora em decisão colegiada, seguindo a premissa de quem pode o mais pode o menos.

5 A admissibilidade do IRDR para as demandas do juizado especial

Outra questão controversa diz respeito à **admissibilidade** e à **competência** para a instauração de IRDR, quando a repetição de demandas tramitar na esfera de competência do Juizado Especial, seja na esfera cível ou na fazenda pública. A problemática inserida neste tópico diz respeito ao fato de o Tribunal de

²⁴ Art. 977. O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. Parágrafo único. O ofício ou a petição será instruído com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente.

²⁵ DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recurso, ações de competência originária e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 632.

Justiça não ter competência para julgar demandas que estiverem na alçada daquele juizado especializado para pequenas causas.

Ocorre que o Brasil optou pela unidade jurisdicional de modo que existe uma única jurisdição que se inicia na primeira instância, com a possibilidade de qualquer demanda, de qualquer instância jurisdicional, ter a possibilidade de ser apreciada em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da instância jurisdicional de origem.

A estrutura do Poder Judiciário Nacional consiste em estadual dos Tribunais de Justiça - TJs e na esfera federal pelos Tribunais Regionais Federais - TRFs, sendo seus órgãos máximos o Pleno, que congrega todos os magistrados de segundo grau, subordinando-se hierarquicamente apenas aos órgãos de superposição, que são o STJ e o STF.

O Poder Judiciário brasileiro é unitário, possuindo autonomia na esfera estadual como na federal, sendo regido por um sistema administrativo hierarquizado que possibilita o fracionamento dos órgãos tanto da Justiça Comum como do Juizado Especial, contudo sempre estará subordinado hierarquicamente, na esfera administrativa ao Tribunal respectivo, a quem cumpre criar as unidades jurisdicionais.

Em razão da unidade jurisdicional, os Juizados Especiais Estaduais (Cível e de Fazenda Pública) assim como o Juizado Especial Federal se sujeitam ao microsistema de precedentes e julgamento de casos repetitivos instituídos pelos tribunais estaduais e federais, porque o CPC/15 é a norma geral que rege o processo, sendo aplicada subsidiariamente aos Juizados Especiais, uma vez que inexistente no microsistema do Juizado Especial a normatização para a formação de precedentes.

Portanto, a uniformização de jurisprudência através do incidente de resolução de demanda repetitiva deve ser decidida pelos TJs e pelos TRFs, pelos órgãos jurisdicionais designados pela Lei de Organização Judiciária ou pelo Regimento Interno, inclusive quando a repetitividade estiver situada apenas em demanda que tramitou no Juizado Especial.

Embora se possa questionar a competência absoluta dos TJs e TRFs para decidir demandas da alçada do Juizado Especial, não se pode olvidar que o processo civil brasileiro optou por um microsistema único de precedentes para o julgamento de demandas repetitivas. Embora o sistema tenha a dupla função, ou seja, a de fixar a tese jurídica através do sistema da causa modelo e a de julgamento do processo pelo sistema da causa piloto, os quais têm efeito vinculante, nas demandas do Juizado Especial é imperioso reconhecer a incompetência do órgão colegiado do Tribunal incumbido de julgar o IRDR, de julgar o recurso como causa piloto, cabendo-lhe apenas fixar a tese jurídica (causa modelo) e em seguida remeter os autos para prosseguir o julgamento da demanda pelo Juizado Especial a quem cabe julgar o recurso.

Portanto, é possível suscitar IRDR no âmbito do Juizado Especial que será julgado pelo órgão colegiado criado pelo Tribunal respectivo (CPC/15, art. 978), embora limitado à fixação da tese jurídica, ou seja, causa modelo.

6 A competência jurisdicional para decidir o IRDR

O art. 978 do CPC atribui ao regimento dos tribunais a indicação do órgão competente para uniformizar a jurisprudência, com competência para julgar os incidentes de resolução de demanda repetitiva.

No Estado de Minas Gerais, foram criadas, por meio das alíneas *a* e *b* do inciso IV do art. 9º do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, duas Seções Cíveis, com competência para julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso II do art. 35 do Regimento Interno). A primeira Seção Cível julga os IRDRs das matérias vinculadas às Câmaras de direito público, enquanto a segunda Seção Cível julga as matérias vinculadas às Câmaras de direito privado.

Como algumas questões jurídicas em relação às quais é provocado o IRDR envolvem matéria de constitucionalidade, nasce nova controvérsia acerca da competência, porque essa análise acaba tendo repercussão idêntica à do controle concentrado. Abrimos tópico separado para tratar da solução a ser adotada quando se discute constitucionalidade.

6.1. A competência para decidir IRDR sobre matéria de constitucionalidade.

Como a decisão do IRDR tem extensão *erga omnes* ou *ultra partes*, não pode ser atribuída à Seção a competência para decidir a matéria acerca da constitucionalidade de norma específica, porque estará caracterizada matéria sujeita ao controle concentrado.

São comuns as controvérsias sobre a aplicabilidade ou não de normas municipais em controle difuso de constitucionalidade. Isso ocorre particularmente na instituição de vantagens ou restrição de direitos a servidores públicos, instituídos por leis locais. Essas questões costumam ser discutidas em demandas individuais, nas quais o controle difuso de constitucionalidade é uma questão prejudicial. Nada impede que, havendo repetitividade, seja suscitado um IRDR sobre a validade de norma local, o que, contudo, acaba transformando-se num controle concentrado de constitucionalidade, até porque o resultado terá efeito *erga omnes*.

Quando se discute a validade de determinada norma legal ante os preceitos constitucionais, cabe ao órgão colegiado competente para decidir o IRDR suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade para o órgão colegiado com atribuição para processar e julgar o controle concentrado de constitucionalidade, que, no TJMG, é o Órgão Especial. Trata-se de competência em razão da matéria, portanto absoluta, conforme previsão contida no art. 97 da CR/88, ratificado na Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

O fato de o tribunal criar um órgão colegiado específico para julgar os IRDRs não lhe atribui a competência para decidir as questões de constitucionalidade, pois a decisão terá efeito *erga omnes*, similar ao controle concentrado de constitucionalidade. Entendimento em sentido contrário levará ao risco de comprometer a estabilidade das relações jurídico/processuais, violando a segurança jurídica, que são as razões que fundamentam a criação do microssistema de precedentes. Ocorre que a matéria poderia ser objeto de ação específica de controle concentrado de constitucionalidade, e com possível solução diversa, o que abalaria a credibilidade do próprio Poder Judiciário, o que seria uma contradição inadmissível.

Também não há como atribuir ao Órgão Especial competência para julgar o IRDR porque a sua competência se limita à análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei local. Desse modo, decidida pelo Órgão Especial a questão de constitucionalidade, deve ser retomado o julgamento do IRDR pelo órgão colegiado competente.

7 Conclusão

Como visto nas considerações retro, dentro do microssistema de precedentes o IRDR somente se revela cabível se houver, cumulativamente, repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma

questão de direito, com risco à isonomia e à segurança jurídica e, ainda, causa pendente de julgamento, ressalvada a competência dos tribunais superiores.

A adoção de um sistema normativo de precedentes formalmente vinculantes, no qual se inclui o procedimento do IRDR, tem por fundamento precípua proporcionar a estabilidade e a segurança jurídica, prestigiando a razoável duração do processo, porque, uma vez decidido o IRDR nas demandas subsequentes, poderá haver a concessão de tutela de evidência (CPC/15, art. 311), como julgamento antecipado ou a improcedência liminar, tornando mais efetiva a prestação jurisdicional.

O IRDR foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro para promover a coletivização da prestação jurisdicional, visando propiciar um tratamento jurisdicional mais isonômico com a uniformização da jurisprudência.

Importante ponderar que a vinculação das demais instâncias recursais, e que deverão parametrizar os novos julgamentos, ficará limitada aos fundamentos determinantes utilizados na fixação da tese jurídica controvertida, de modo que é importante salientar a necessidade de identificar as similitudes ou diferenças da nova demanda proposta.

O procedimento do IRDR exige a formação do contraditório, com a possibilidade de participação de todos aqueles que tiverem interesse jurídico na fixação de determinada tese jurídica, abrindo a possibilidade, assim como no incidente de assunção de competência, à intervenção do *amicus curiae* e da realização de audiência pública.²⁶

O IRDR, enquanto instrumento processual integrante do sistema normativo de precedentes judiciais, tem o potencial de permitir a solução das crises jurídicas contemporâneas que assolam a sociedade moderna, seja por permitir a gestão e o julgamento de questões repetitivas, seja por propiciar a formação de precedente judicial obrigatório, evitando a renovação de demandas sobre o mesmo fato jurídico, e, caso instaurado, terá solução sumária com base na tese fixada no precedente julgado. Essa pode ser uma solução da incapacidade do Poder Judiciário de solucionar a infinidade de demandas que leva a uma demora na solução das demandas, levando a uma crise de credibilidade do Poder Judiciário.

Referências

BRASIL. *Lei nº 13.105*, 16 mar. 2015. Código de Processo Civil.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredier; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recurso, ações de competência originária e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC - Fundamentos e Sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.



²⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 1.541.

Readaptação e aposentadoria de professor no serviço público: divergência de entendimentos no TJMG pós-julgamento da ADI nº 3.772

Fernando Ferreira Calazans*

Resumo

Este artigo tem por objetivo verificar se o período em que o servidor público titular do cargo de professor desenvolveu tarefas em regime de readaptação pode ser computado para fins da aposentadoria de professor. Para tanto, são descritos os conceitos dos institutos da readaptação, reabilitação profissional e invalidez permanente no âmbito do serviço público. Após, são tratados o alcance e a aplicabilidade da readaptação e reabilitação no serviço público; as funções de magistério exercidas por professor; o entendimento controverso do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais sobre o tema; a postura do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.772; as razões que levam o professor a não exercer atividades típicas de magistério e a apresentação de proposta para resolução do impasse. Os resultados demonstram que o tempo de atividade realizada por servidor público titular do cargo de professor em regime de readaptação deve ser computado para fins da aposentadoria de professor em algumas hipóteses.

Palavras-chave: Previdência. Serviço público. Aposentadoria. Professor. Readaptação.

1 Introdução

Este artigo, recentemente publicado na *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*,¹ trata do instituto da readaptação funcional e dos efeitos na aposentadoria do professor no serviço público, assunto que, devido ao seu ineditismo e caráter propositivo, merece ser republicado com adaptações.

Dentre as inúmeras características do regime jurídico dos servidores públicos, este artigo tratará da readaptação, tida pela doutrina como espécie de provimento derivado, e da aposentadoria de professor no serviço público.

O objeto do artigo refere-se à possibilidade de cômputo do período de readaptação para fins da aposentadoria de professor, tema de considerável relevância social, além de controverso na jurisprudência e ainda não tratado por abalizada literatura administrativista e previdenciária.²

Para tanto, o artigo está estruturado da seguinte forma: após esta introdução, a Seção 2 descreverá os conceitos teóricos e normativos da readaptação, reabilitação profissional e invalidez no serviço público.

* Advogado. Mestre em Administração Pública e Especialista em Gestão Previdenciária e em Direito Público, certificado pelo Instituto de Certificação de Seguridade Social. É professor de graduação do UNIFEMM e de pós-graduação da Escola de Contas do TCEMG, PUCPR, IDDE e IEPREV. Professor convidado da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto/Angola. Diretor de Seguridade do Fundo de Pensão Multipatrocinado OABPrevMG. Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/MG. Assessor Jurídico da Secretaria de Previdência do Município de Belo Horizonte. *E-mail:* fernando_ffc@yahoo.com.br.

¹ v. 35, n. 1, p. 42-63, edição jan./jun. 2017.

² MELLO, 2012; CARVALHO FILHO, 2013; CASTRO; LAZZARI, 2013; DARTORA, 2012; DI PIETRO, 2012; IBRAHIM, 2012; MEDAUAR, 2013.

Depois, a Seção 3 tratará do alcance da readaptação e inaplicabilidade da reabilitação no serviço público (Seção 3.1); das funções de magistério exercidas por professor às quais alude o § 5º do art. 40 da CF/88 (Seção 3.2); do entendimento controverso do TJMG sobre o cômputo do tempo de serviço de professor em readaptação para fins da aposentadoria de professor (Seção 3.3); da postura do STF e do STJ, em relação à análise da matéria, após o julgamento da ADI nº 3.772 (Seção 3.4); das razões que levam o professor a não desempenhar atividades típicas de magistério e da proposta de critério norteador à resolução do impasse (Seção 3.5). Por fim, serão tecidas as conclusões do trabalho (Seção 4).

2 Readaptação, reabilitação e invalidez permanente

Com o objetivo de apreender os conceitos de readaptação, reabilitação profissional e invalidez permanente no âmbito do serviço público, serão discutidos, nesta Seção, os conceitos teórico e normativo de tais institutos.

O conceito teórico da readaptação será analisado com base na doutrina administrativista que estuda a forma de provimento em cargos públicos e, por conseguinte, a vinculação dos servidores aos *Regimes Próprios de Previdência Social* (RPPSs). Aludida doutrina (MELLO, 2012; CARVALHO FILHO, 2013; MEDAUAR, 2013), sustentada no que dispõe a Lei nº 8.112/90, em seus arts. 8º, V, e 24,³ conceitua a readaptação como espécie de provimento derivado de cargo público, pois, em tese, garantiria a investidura do servidor em cargo de atribuições compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental.

Mais especificamente, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a readaptação como “transferência efetuada, a fim de prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua superveniente limitação de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica” (MELLO, 2012, p. 316). Nessa direção, Odete Medauar atesta que a readaptação é forma de provimento derivado, consubstanciando-se na “investidura em cargo de atribuições compatíveis com a limitação que o servidor tenha sofrido em sua capacidade física ou mental” (MEDAUAR, 2013, p. 310). Não destoia desse entendimento José dos Santos Carvalho Filho, segundo o qual readaptação “é forma de provimento pela qual o servidor passa a ocupar cargo diverso do que ocupava, tendo em vista a necessidade de compatibilizar o exercício da função pública com a limitação sofrida em sua capacidade física ou psíquica” (CARVALHO FILHO, 2013, p. 490-491).

Como os RPPSs, ante a autonomia legislativa dos entes federados para tratarem do regime previdenciário de servidores públicos,⁴ não possuem regramento geral que delineie o tema com precisão,⁵ tal como ocorre no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), os conceitos teórico e normativo da readaptação e da reabilitação profissional serão analisados à luz dos conceitos normativos extraídos da legislação do RGPS.

Isso porque, diante da ausência de norma geral dos RPPSs versando sobre a matéria, aplicável a legislação do RGPS nos termos do § 12 do art. 40 da CF/88, segundo o qual “o regime de previdência dos servidores

³ “Art. 8º São formas de provimento de cargo público: [...] V - readaptação.”

“Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.”

⁴ O inciso XII do art. 24 da CF/88 fixa a competência concorrente dos Estados e DF para legislar sobre previdência social, cabendo à União fixar normas gerais, e àqueles, na inexistência de lei federal geral, exercerem a competência legislativa plena, e aos Municípios, nos termos do art. 30 da CF/88, exercerem a competência suplementar para legislar sobre assunto de interesse local.

⁵ A Lei nº 9.717/98, ao dispor sobre as regras gerais para a organização e o funcionamento dos RPPSs, não adentrou na questão da conceituação dos institutos da readaptação e reabilitação.

públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”.

Sob o plano normativo vigente, consoante preceitua o art. 59 da Lei nº 8.213/91, será devido o benefício de auxílio-doença “ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos”.

Por sua vez, segundo o art. 62 da Lei nº 8.213/91, o segurado em gozo de auxílio-doença, que não se readaptar, ou seja, recuperar-se para o exercício da atividade habitual, e que for considerado, pela perícia médica, insusceptível de recuperação para tal atividade, submeter-se-á à reabilitação profissional para aprendizagem de novo ofício.

Não tendo sido readaptado, mas submetido à reabilitação profissional, o segurado fará nova perícia médica e, em sendo reconhecido total e definitivamente incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de qualquer atividade que lhe garanta a subsistência, o segurado será aposentado por invalidez, nos termos do que dispõem o *caput* e o § 1º do art. 42 e o § 1º do art. 43, todos da Lei nº 8.213/91.

Em síntese, a sequência dos fatos e atos jurídicos que circundam os institutos da incapacidade temporária, readaptação, reabilitação profissional e invalidez, com base na realidade do RGPS, pode ser descrita na seguinte ordem:

- 1) reconhecimento de incapacidade temporária para a atividade habitual;
- 2) concessão de auxílio-doença;
- 3) expectativa de readaptação (retorno à atividade habitual);
- 4) ausência de recuperação para a atividade habitual;
- 5) submissão a procedimento de reabilitação profissional (nova atividade);
- 6) insusceptibilidade de reabilitação para atividade que lhe garanta a subsistência;
- 7) concessão de aposentadoria por invalidez (incapacidade total e definitiva).

Assim, ante a contradição verificada entre os significados teórico (segundo a doutrina administrativista, relativo à situação dos servidores federais) e normativo (quanto à realidade do RGPS) da readaptação e reabilitação no serviço público, faz-se necessário, antes de adentrar no problema de pesquisa, analisar a aplicabilidade da readaptação e reabilitação no âmbito do regime previdenciário dos servidores públicos.

3 Aposentadoria de professor público readaptado

Partindo-se do suposto de que o servidor, titular do cargo de professor, que tenha sofrido limitações em sua capacidade física ou mental, foi avaliado por perícia do seu RPPS de vinculação e considerado apto para retornar ao exercício das tarefas do cargo de que é titular, em regime de readaptação, analisar-se-ão, neste tópico, aspectos normativos, teóricos e jurisprudenciais sobre a viabilidade de utilização do seu tempo de atividade em regime de readaptação para fins da aposentadoria de professor.

3.1 Alcance da readaptação e inaplicabilidade da reabilitação no serviço público

Como visto na Seção 2, a readaptação, segundo abalizada doutrina administrativista, é considerada espécie de provimento derivado de cargo público, já que, nos termos do que dispõem os arts. 8º, V, e 24 da Lei nº 8.112, garante a investidura de servidor em cargo de atribuições compatíveis com a limitação sofrida em sua capacidade física ou mental.

Todavia, referida orientação, baseada no que contém o Estatuto dos Servidores Federais, diverge do conteúdo da legislação aplicável no âmbito do RGPS, que trata a readaptação como o retorno do segurado à atividade habitual e a reabilitação profissional como nova atividade que lhe garanta a subsistência.

Ademais, as atribuições dos cargos públicos, instituídos que são por lei - já que o seu provimento ocasiona realização de despesa pública -, são previstas em lei, em sentido estrito, não podendo, em privilégio ao princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da CF/88, ao qual o administrador público está adstrito, *ex vi* do disposto no art. 37, *caput*, da CF/88, sofrer modificações por norma infralegal ou por mero ato de autoridade pública.

Nesse sentido, os servidores titulares de cargos efetivos não podem ser obrigados pela Administração a se submeterem a procedimento de readaptação para o exercício de atribuições de cargos que não sejam as contidas na lei de criação dos cargos para os quais foram investidos, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade.

Ademais, admitir-se que o servidor fosse coagido a prestar serviços estranhos às tarefas relacionadas ao cargo de que é titular e que estejam previstos em lei para o desempenho de outro cargo seria o mesmo que permitir a investidura em cargo para o qual o servidor não se submeteu a concurso público, o que vulneraria a regra do inciso II do art. 37 da CF/88.

Note-se que, baseado nesse fundamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), nos autos da ADI nº 1731 MC/ES, concedeu medida cautelar para suspender, até decisão final da ação, no que foi confirmada no julgamento do mérito, a aplicabilidade da Lei Complementar nº 98/1997 do Estado do Espírito Santo, que previa a “readaptação” de servidor em outro cargo (na verdade, se referia à reabilitação), propiciando, de forma transversa, a investidura em cargo sem concurso público. Eis o teor da sua ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade. medida cautelar. lei complementar nº 98, de 12 de maio de 1997, do Estado do Espírito Santo. Vício de iniciativa e de conteúdo. [...]. Também são relevantes os fundamentos do pedido no tocante à inconstitucionalidade material, por se admitir a readaptação de servidor em outro cargo, propiciando o ingresso em carreira sem o concurso exigido pelo art. 37, II, da Carta Magna. Cautelar deferida (STF, Pleno, ADI 1731/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.10.2002).

No julgamento do mérito, no que foi confirmada a medida cautelar, o Relator Ministro Ilmar Galvão transcreveu parte daquela decisão para registrar que a readaptação funcional, interpretada como provimento derivado de cargo, foi banida do ordenamento jurídico, com a promulgação da CF/88, nos seguintes termos:

São inúmeras as decisões desta Corte no sentido de que, em face da atual Constituição, não mais se admitem, dada a necessidade de concurso público, outras formas de provimento de cargo que não a decorrente de promoção. Logo, institutos outros como a ascensão funcional, a transformação, o reenquadramento, a redistribuição, a readaptação e a transferência de cargos foram completamente banidos (STF, Pleno, ADI 1731/ES, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 25.10.2002).

Bem por isso, o Pretório Excelso editou a Súmula nº 685, publicada em 09.10.2003, segundo a qual “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Nessa direção, o STF, na sessão de 26.03.2014, nos autos da ADI 4876/DF, ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais, que efetivou servidores públicos que não tinham sido aprovados em concurso público após a vigência da CF/88, consignou que, “desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a essa regra estão taxativamente previstas na Constituição” (STF, Pleno, ADI 4876/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.03.2014, *DJe* 01.07.2014).

Mais adiante, em 17.04.2015, o STF publicou a Súmula Vinculante nº 43, segundo a qual “é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Desse modo, diante desses precedentes e da orientação recente do STF, no sentido de que a investidura de servidor em outro cargo para o qual não se submeteu à regra do concurso público afronta o inciso II do art. 37 da CF/88, ousa-se discordar da doutrina administrativista colacionada que afirma ser a readaptação tipo de provimento derivado de cargo público.

Em verdade, a readaptação é uma espécie de regra protetiva do servidor, garantidora dos cuidados que a Administração Pública deve ter com a saúde do servidor. Levando-se em conta a finalidade desse instituto e os princípios constitucionais da legalidade e do concurso público, quando os estatutos dos servidores, de modo geral, preveem a atribuição de tarefas especiais ao agente público readaptado, eles estão a proteger a sua saúde e, ao mesmo tempo, a limitar a margem de discricionariedade do gestor público de lhe exigir o exercício de atividades que piorariam ainda mais o seu quadro de saúde física e/ou mental.

É dizer: a readaptação refere-se a instituto que visa garantir a proteção da saúde do servidor vinculado ao RPPS de forma que lhe sejam atribuídas atividades não habituais, compatíveis com a limitação física ou mental que tenha sofrido, mas que sejam tarefas semelhantes à do cargo para o qual foi investido em virtude de aprovação em concurso público ou por conta da aquisição da estabilidade de que trata o art. 19 do ADCT.

Na hipótese de se admitir que o servidor em readaptação pudesse realizar tarefas outras que não as previstas na lei de criação do cargo de que é titular ou que nele foi estabilizado, estar-se-ia a desprezar o princípio do concurso público, já que, nessa hipótese, o servidor realizaria atividades típicas de outro cargo, o que, na verdade, consubstanciar-se-ia na reabilitação profissional, instituto restrito ao RGPS e inaplicável no âmbito dos RPPSs.

Por tais razões, o objeto de análise desta Seção, em relação à aposentadoria de professor, pautar-se-á pelos aspectos limitadores da readaptação aplicáveis no serviço público e desconsiderará a figura da reabilitação, já que inaplicável à espécie.

3.2 Funções de magistério exercidas por professor às quais alude o art. 40, § 5º, da CF/88

Pela própria natureza de suas atividades, o professor pode se afastar das funções do seu cargo para exercer cargos em comissão ou mandatos eletivos ou mesmo prestar serviços em outras entidades públicas por meio

do instituto da cessão. Além disso, afasta-se do exercício do cargo por motivo de doença, acidente, maternidade, paternidade, desempenho de mandato classista, aperfeiçoamento profissional ou para tratar de interesses particulares.

Sucedo que, a depender do conteúdo dos estatutos dos servidores públicos de cada ente federado, não são todos os afastamentos do exercício do cargo que asseguram ao servidor a contagem desse período como se estivesse em efetivo exercício das atribuições do cargo, o que lhe garantiria, no caso do professor, o direito ao cômputo desse período para fins da aposentadoria de professor.

Logo, faz-se necessário apurar quais atividades desenvolvidas por professor podem ser consideradas atividades de magistério para fins da aposentadoria de professor.

A aposentadoria de professor foi inaugurada em texto constitucional com a entrada em vigor da Emenda Constitucional (EC) nº 18/1981, que acrescentou o inciso XX ao art. 165 da Constituição Federal de 1967, “uma espécie de consolo para quem optou por exercer uma atividade mal remunerada e, na maioria dos casos, em precárias condições” (STEPHANES, 1998, p. 112). Atualmente, o dispositivo constitucional que versa sobre aposentadoria especial de servidor público titular de cargo efetivo de professor, vinculado a RPPS, com exceção do que atua no ensino superior, é o § 5º do art. 40 da CF/88, com redação dada pela EC nº 20/98:

Art. 40 [...]

[...]

§ 5º Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, ‘a’, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Observa-se que o aludido dispositivo introduziu conceito indeterminado de “funções de magistério” a serem exercidas por servidor titular do cargo de professor a fim de se beneficiar da regra de aposentação antecipada. Nessa senda, ante o exposto direcionamento da norma “para o professor”, exclui-se qualquer pretensão de assegurar o direito a servidores, mesmo que atuantes na área educacional, que não sejam ocupantes de tal cargo.

Quanto ao aludido conceito de “funções de magistério”, observa-se que o legislador constituinte não promoveu restrição ao seu alcance no sentido de se limitar às atividades de regência de classe, não cabendo, portanto, ao intérprete restringi-lo. Isso porque, segundo a hermenêutica,⁶ onde o legislador não restringe, não compete ao intérprete fazê-lo, sob pena de esvaziar o alcance da Norma Maior.

Esse é também o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, ao emitir parecer sobre a matéria no âmbito da Administração do Estado de São Paulo, asseverou, em 2002, que as funções de magistério não se limitariam àquelas relacionadas ao “pó de giz”, mas ainda às inerentes às funções de planejamento, inspeção, supervisão, orientação e direção escolar. E completa a autora: “Não prejudicando esse direito o afastamento para exercer atividades efetivamente correlatas às de magistério” (DI PIETRO, 2002, p. 13). Aduz ainda a autora:

A interpretação restritiva leva, evidentemente, ao absurdo, porque ‘congela’ o Professor, coloca-o em comportas estanques, fixas, impossibilitando-o de afastar-se de seu cargo ainda que transitoriamente,

⁶ Essa é a posição do STJ (5ª Turma, EDRESP 200400653107, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 30.05.2005).

em substituição, e ainda que para colaborar com o exercício de atividades inerentes ao ensino e ao Quadro do Magistério (DI PIETRO, 2002, p. 12).

Por sua vez, Gina Copola afirma que,

se o constituinte desejasse considerar apenas os professores que trabalham dentro da sala de aula para a concessão de aposentadoria especial, o teria realizado de forma expressa, e se a lei - em sentido amplo - não restringe, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de afronta ao princípio da isonomia (COPOLA, 2012, p. 3).

Esse também é o entendimento de Cleci Maria Dartora, que reconhece tratar-se de matéria de ordem pública, “o que requer interpretação de forma ampla, a mais completa possível, para que possa alcançar o fim a que se destina” (DARTORA, 2012, p. 82).

Em síntese, aludida interpretação ampliativa do conceito de “função de magistério” alinha-se ao próprio preceito do § 5º do art. 40 da CF/88, dispositivo que visa resguardar, incentivar e valorizar o profissional da educação, em consonância com o que dispõe o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Não por acaso, até a publicação da Súmula nº 726 do Supremo Tribunal Federal, em 09.12.2003, que firmou entendimento no sentido de que, “para efeito de aposentadoria de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”, pairavam interpretações divergentes sobre o alcance da expressão “funções de magistério”, inclusive no âmbito do STF (ADI 122/SC, ADI 152/MG, RE 114.352/ES).

Ocorre que essa orientação sumular passou a causar desconfortos e insatisfações dos professores da iniciativa privada e do serviço público, já que se viam desestimulados a assumir tarefas estranhas à regência de classe, como as funções de direção escolar e assessoramento pedagógico, entre outras, já que o respectivo período de tempo não se prestaria a lhes garantir o direito à referida aposentadoria com tempo e idade reduzidos.

Em razão disso, o legislador federal promulgou a Lei nº 11.301/06, com data de publicação e entrada em vigor fixada em 11.05.2006, que, por seu art. 1º, alterou o § 2º do art. 67 da Lei nº 9.394/96, incluindo, para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da CF/88, a definição de funções de magistério, nos seguintes termos:

Art. 67 [...]

[...]

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico.

Segundo tal dispositivo, passaram a ser consideradas funções de magistério não apenas as relativas à regência de classe, mas as referentes à direção de unidade escolar e à coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas por professores ou especialistas em educação.

Em face da Lei nº 11.301/06, foi ajuizada a ADI nº 3.772 questionando a validade jurídica do teor do seu art. 1º, ao argumento de que se estaria alargando o conceito de funções de magistério a que se refere o § 5º do art. 40 e o § 8º do art. 201, todos da CF/88.

Na sessão de julgamento do dia 29.10.2008, o STF, por seu órgão Pleno, proferiu decisão para julgar a ADI parcialmente procedente com interpretação conforme, para excluir o direito à aposentadoria especial dos especialistas em educação, complementada por decisão monocrática do Relator, que acolheu embargos de declaração para sanar erro material,⁷ cujo acórdão restou assim ementado:

Ação direta de inconstitucionalidade manejada contra o art. 1º da Lei federal nº 11.301/2006, que acrescentou o § 2º ao art. 67 da Lei nº 9.394/1996. Carreira de magistério. Aposentadoria especial para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico. Alegada ofensa aos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. Inocorrência. Ação julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham no regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra (STF, Pleno, ADI 3.772/DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 29.10.2008). (Grifos nossos).

O STF, ao declarar a referida inconstitucionalidade, não restringiu os efeitos da decisão, não deliberando para que ela só tivesse eficácia a partir da data do trânsito em julgado ou de outro momento que viesse a ser fixado, consoante o permissivo do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Assim sendo, os efeitos dessa decisão passaram a produzir eficácia desde a data de entrada em vigor da Lei nº 11.301/06, inclusive contra todos e com efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, *ex vi* do disposto no § 2º do art. 102 da CF/88.

Logo, a partir de 11.05.2006, data de vigência daquela lei,⁸ todos os órgãos públicos devem considerar funções de magistério apenas as praticadas por professores no exercício de tarefas educativas, desde que prestadas em estabelecimentos de educação infantil e de ensino fundamental e médio, incluídas, além da docência, as de direção de unidade escolar, as de coordenação e assessoramento pedagógico, abrangendo ainda preparação de aulas, correção de provas e atendimento aos pais e alunos, inclusive as funções de especialista em educação praticadas por professores, já que se relacionam aos processos educacionais das escolas.

3.3 Entendimento controverso do TJMG sobre o cômputo do tempo de professor readaptado para fins da aposentadoria do art. 40, § 5º, da CF/88

Como visto na Subseção 3.2, o tempo de atividade exercida por professor em funções que não aquelas reconhecidas pelo STF nos autos da ADI nº 3.772 não pode ser computado para fins da aposentadoria especial a que alude o § 5º do art. 40 da CF/88.

⁷ Nos termos da decisão monocrática do Relator, “verifico que a ementa do acórdão embargado incorreu em erro material, uma vez que define que os dispositivos impugnados teriam ofendido o § 4º do art. 40 e o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, e não o § 5º do art. 40 e o § 8º do art. 201 da Carta Magna”.

⁸ Por não se tratar de objeto deste artigo, possíveis efeitos pretéritos da disposição trazida pela Lei nº 11.301/06 não serão aqui discutidos.

Todavia, quando a discussão se volta para situações excepcionais, ou seja, quando, por motivo de saúde, por exemplo, o professor deixa de desempenhar as atividades listadas pelo STF na ADI nº 3.772 como típicas de magistério, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) tem demonstrado falta de uniformização de entendimento.

Referida situação está a causar insegurança jurídica em Minas Gerais sobre quais tarefas realizadas por servidor titular do cargo de professor em período de readaptação, ou seja, em situação funcional extraordinária e não pretendida, devem ser consideradas para os fins do disposto no § 5º do art. 40 da CF/88.

Há julgados desse Tribunal que afirmam que professores públicos readaptados em tarefas exercidas em secretarias e bibliotecas escolares não deveriam ter o respectivo período de atividade computado como atividade de magistério para fins da aposentadoria especial ao argumento de que a sua readaptação em outro cargo (como se fosse possível vincular servidor em outro cargo sem concurso público) impedi-lo-ia de computar aquele período para fins da aposentadoria de professor, *v.g.*:

Administrativo. Servidor público. Professor. Município de Belo Horizonte. *Readaptação definitiva*. Prerrogativas do professor. Extensão. Impossibilidade. Averbção do tempo de serviço para aposentadoria especial. Não cabimento. - No âmbito do Município de Belo Horizonte, o *professor readaptado definitivamente em outro cargo* não tem direito a usufruir as mesmas prerrogativas do professor. - O servidor público definitivamente *readaptado nas funções de auxiliar de secretaria* não tem direito à *aposentadoria especial a que alude o art. 40, § 5º, CF.* [...] (TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.251632-9/002, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, DJ 30.09.2011) (Grifos nossos).

Nesse sentido, confirmam-se as Apelações Cíveis nº 1.0024.08.252644-3/001, Rel. Des. Moreira Diniz, e nº 1.0024.09.482143-6/001, Rel. Des. Maurício Barros.

Por outro lado, há decisões desse Tribunal em direção oposta, com julgamento pós-ADI nº 3.772, no sentido de que o tempo de atividade de professor readaptado na função de auxiliar de biblioteca deve ser computado para fins da aposentadoria especial ao fundamento de que essa função estaria inserida naquelas listadas pelo STF nos autos da ADI nº 3.772 como típicas de magistério, *e.g.*:

Apelação cível. Professora municipal. Readaptação funcional. Auxiliar de biblioteca. Cômputo do período para aposentadoria especial. Exercício das funções de magistério. Atividade abrangida pelo conceito de 'funções de magistério'. Gozo de férias no período coincidente com os professores da rede municipal. Impossibilidade. *O tempo de exercício na função readaptada de 'auxiliar de biblioteca' deve ser computado como tempo de serviço para fins de aposentadoria especial* [...] (TJMG, Apelação Cível 1.0024.09.512292-5/001, Rel. Des. Armando Freire, DJ 26.08.2011) (Grifos nossos).

Nesse sentido, confira a Apelação Cível nº 1.0024.08.251524-8/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes.

Além dessas duas correntes, entre si conflitantes, o TJMG possui uma terceira, segundo a qual o tempo de atividade de professor em período de readaptação deve ser considerado para fins da aposentadoria especial independentemente das funções que vier a exercer.

E assim o faz ao argumento segundo o qual, no período de readaptação, o segurado mantém a condição de servidor titular do cargo de professor, além de continuar a receber a remuneração do cargo e de manter o recolhimento da respectiva contribuição previdenciária, sendo irrelevante, sob a ótica dessa corrente, a

natureza das atividades desenvolvidas em regime de readaptação, já que o servidor permanece provido no cargo de professor durante esse período. Veja-se:

Constitucional e administrativo. Professora municipal. Aposentadoria especial. [...]. Possibilidade. *Período em readaptação. Irrelevância.* Confirmação da sentença. - Nos termos do art. 67, § 2º, da Lei nº 9.394/96, com a redação dada pela Lei nº 11.301/2006, e o entendimento do STF no julgamento da ADI nº 3.772/DF, afigura-se possível o reconhecimento do cômputo de outras funções, que não apenas a de magistério, para fins de aposentadoria especial. *Durante o período de serviço prestado sob readaptação, o servidor público não deixa de ser detentor do cargo de professor municipal, permanecendo vinculado ao Município, de maneira que tal tempo não pode ser excluído do cômputo necessário para a aposentadoria especial* (TJMG, Reexame Necessário 1.0702.10.037437-1/001, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, DJ 07.02.2012) (Grifos nossos).

Nesse sentido, confira o Reexame Necessário nº 1.0702.10.049279-3/001, Rel. Des. Kildare Carvalho.

3.4 A postura do STF e do STJ pós-julgamento da ADI nº 3.772

A insegurança jurídica trazida pela divergência jurisprudencial do TJMG, descrita na subseção anterior - o que se imagina tem se repetido em outros tribunais -, também se faz presente nas instâncias superiores, tendo em vista a postura do STF e do STJ ao julgarem ações, pós-ADI nº 3.772, sobre a natureza da atividade realizada por professor em regime de readaptação.

Segundo o STF, a verificação das atividades desempenhadas por professor em readaptação ensejaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que seria inviável na instância extraordinária, *v.g.*:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Santa Catarina. Aposentadoria especial destinada aos professores. Cômputo do tempo de serviço prestado em regime de readaptação funcional. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula nº 279 do STF. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2ª Turma, AI 819194 AgR/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 1º.02.2012).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional e previdenciário. Magistério. Aposentadoria especial. Art. 40, § 5º, da Constituição da República. 1) Possibilidade de cômputo do tempo de readaptação do professor e do tempo de exercício dos cargos de coordenação e assessoramento pedagógico e de direção escolar. Precedentes. 2) Controvérsia sobre o exercício de função do magistério: Súmula n. 279 do Supremo Tribunal. Agravo regimental ao qual se nega provimento (STF, 1ª Turma, AI 831266 AgR/SC, Rel.ª Ministra Cármen Lúcia, DJe 24.03.2011).

Por sua vez, o STJ, quando instado a se manifestar sobre o tema,⁹ tem deliberado no sentido de estar impossibilitado de adentrar no mérito da ação ao argumento de que os órgãos do Judiciário devem se submeter ao entendimento do STF por força do que estabelece o § 2º do art. 102 da CF/88, que impõe efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF em sede de ADI, *v.g.*:

Administrativo. Aposentadoria de professor. Regime de readaptação funcional. 1. Cuida-se de agravo regimental em que se discute, para efeito de aposentadoria de professor, o cômputo do tempo de serviço prestado em regime de readaptação funcional. 2. A matéria tinha previsão no verbete 726/STF: ‘Para

⁹ Localizou-se apenas um acórdão com a expressão de busca “redapt\$ e professor e aposent\$”. Obs.: A expressão “\$” permite realizar a busca no *site* do STJ e retornar quaisquer palavras com aquele radical. Informação disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 13 maio 2013.

efeito de aposentadoria de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.³ Entretanto, a questão foi revista quando do julgamento da ADI nº 3.772/DF, Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Lewandowski, *DJ* de 27.03.2009, sob o fundamento de que os professores que exercem funções administrativas, como direção de unidade de ensino, coordenação e assessoramento pedagógico, têm direito à aposentadoria especial. 4. Os Tribunais infraconstitucionais devem submeter-se ao STF, por força do art. 102, § 2º, da Constituição Federal, o qual impõe efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Agravo regimental improvido (STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 72801/SC, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 05.03.2012).

Resultado disso é que, pós-julgamento da ADI nº 3.772, o STF e o STJ não têm se manifestado sobre o mérito das ações que discutem a natureza das tarefas desenvolvidas por professor readaptado e que não coincidem com aquelas listadas pelo STF nos autos da citada ADI como sendo típicas de magistério, situação que está a causar insegurança jurídica no país, já que o tema tem sido resolvido pelas instâncias judiciais ordinárias, de forma regionalizada e, portanto, sem a devida uniformização.

Sucedo que, ao reverso do que vêm entendendo esses Tribunais Superiores, a discussão em tela não se refere à análise de provas, tampouco se limita à decisão do STF nos autos da ADI nº 3.772.

Todavia, questões imprescindíveis ao desate da controvérsia, como o respeito à dignidade da pessoa humana e aos fins sociais a que a norma se destina, o efetivo exercício por parte de servidor investido em cargo de professor e a situação funcional atípica do professor relacionada à incapacidade parcial para o exercício do cargo, adiante tratadas, não têm sido enfrentadas por essas Cortes.

3.5 Razões que levam o professor a não desempenhar atividades típicas de magistério: critério norteador para a resolução do impasse

A matéria ora abordada - a natureza do tempo de atividade realizada por professor em regime de readaptação para fins de aposentadoria de professor - não se refere às funções exercidas em condições normais de trabalho, tal como vem sendo analisada pelo STF e STJ. Refere-se, em verdade, a uma situação funcional atípica, não pretendida, decorrente da incapacidade laboral do servidor em relação às atribuições do seu cargo e que, por se tratar de situação específica, merece solução também específica.

Diante disso, a fim de averiguar quais atividades realizadas por professor em regime de readaptação poderiam ou não ser computadas para fins da aposentadoria de que trata o § 5º do art. 40 da CF/88, propõe-se a seguinte tipologia de atividades desenvolvidas por professor, a fim de analisar a matéria sob o enfoque de quatro situações em que os professores não estão a cumprir as atividades de magistério definidas pelo STF nos autos da ADI nº 3.772:

- 1 - tarefas estranhas ao magistério praticadas por ato volitivo do servidor;
- 2 - ausência de prestação de tarefas de magistério em virtude de evento imprevisível ou por motivo de imposição legal;
- 3 - tarefas estranhas ao magistério praticadas sem opção de escolha em razão de evento imprevisível;
- 4 - ausência de prestação de serviço público por motivo de afastamentos garantidos pela lei estatutária,¹⁰ que não será objeto deste estudo, uma vez que o ente federado, ante essa previsão legal, já computa aludido período para fins da aposentadoria de professor.

¹⁰ Exemplificativamente, o Estatuto dos Servidores Federais (Lei nº 8.112/90) lista vários tipos de ausências ao serviço garantidas ao

3.5.1 Tarefas estranhas ao magistério praticadas por ato volitivo

Quanto às tarefas em que o professor, por ato de vontade própria, afasta-se das atribuições do cargo de que é titular e cujas atribuições não coincidem com as descritas pela Lei nº 11.301/06 e delineadas pelo STF nos autos da ADI nº 3.772 como sendo tarefas de magistério, dúvidas não há quanto à impossibilidade de se computar esse período de tempo para fins da aposentadoria de professor.

Isso porque a deliberação intencional do servidor de se afastar das atividades do cargo de que é titular atrai a aplicação da decisão entabulada pelo STF no julgamento da referida ADI. Ou seja, quando o servidor optar por exercer funções públicas outras que não as do cargo de que é titular, seja por motivo de nomeação para exercício de cargo em comissão, seja em virtude de cessão para determinado órgão ou entidade pública, deixará, por conseguinte, de usufruir o direito de computar esse período para fins de aposentação especial de professor, já que não exercerá, nesse período, atividade de magistério.

3.5.2 Ausência de prestação de tarefa típica de magistério por motivo de evento imprevisível ou por imposição legal

Relativamente à ausência de prestação de tarefa típica de magistério em virtude de evento imprevisível ou por motivo de imposição legal, ou seja, sem opção de escolha por parte do servidor, a solução é diversa da versada na subseção anterior.

No que tange à ocorrência de fatos excepcionais, derivados de eventos incertos, objeto da política de previdência social, de cuja ocorrência o servidor não concorreu para a sua realização, não pode, por certo, ser imputada ao servidor, titular do direito em análise.

Nesse caso, a objetividade do risco social, em razão da ocorrência de eventos imprevisíveis, como a invalidez temporária e o acidente de qualquer natureza que ensejam a segregação compulsória do servidor para o tratamento de sua saúde, deve assegurar que os respectivos períodos de afastamento sejam considerados como efetivo exercício das tarefas do cargo de que é titular. Isto é, tais períodos devem ser computados para todos os fins de direito, especialmente para fins da aposentadoria de professor.

No que concerne às situações em que o professor se afasta das atribuições do seu cargo por motivo de imposição legal, a solução é semelhante à acima descrita. Isso porque, nessas hipóteses - convocação para os serviços militar e eleitoral -, além de não ter concorrido para a sua ocorrência, ele tem o dever legal de prestá-los em prol da coletividade.

É dizer: em ambas as situações - acontecimento de eventos incertos ou em razão de obrigação legal - o servidor não exerceu direito de escolha, não teve influência sobre o evento, não detinha possibilidade de escolha sobre a compulsoriedade a que foi submetido no que se refere ao afastamento do exercício das atribuições do cargo de que é titular.

servidor, desde aquelas nominalmente identificáveis, como licenças e afastamentos, até as ausências inominadas. As licenças estão previstas nos arts. 81, 202, 207, 208, 210 e 211; os afastamentos, nos arts. 93, 94, 95 e 96-A; e as ausências inominadas, nos arts. 97, 102 e 103, sendo que estes dois últimos dispositivos enumeram respectivamente as ausências consideradas efetivo exercício do cargo e as que serão computadas apenas para fins de aposentadoria e disponibilidade.

Logo, torna-se razoável reconhecer ao servidor o direito de computar esse período de afastamento como efetivo exercício das atribuições do cargo de que é titular e que, no caso de professor, fará jus à aposentadoria especial de que cuida o § 5º do art. 40 da CF/88.

Em não se admitindo a solução ora proposta, o servidor seria duplamente sacrificado, e o Estado, beneficiado, pois este lhe impõe o exercício de tarefa por meio de lei e ainda lhe retira o direito de ter esse período computado para fins da aposentadoria especial de professor, postergando, injustificadamente, a sua responsabilidade pelo custeio do pagamento desse benefício.

3.5.3 Tarefas estranhas ao magistério praticadas sem opção de escolha do servidor por motivo de ocorrência de evento imprevisível

Relativamente às atividades desenvolvidas sem opção de escolha do servidor por conta de eventos imprevisíveis, a solução assemelha-se à proposta para as situações descritas na Subseção 3.5.2. Cite-se a situação do servidor readaptado. O servidor foi submetido ao regime de readaptação em decorrência de incapacidade laboral, que pode se relacionar ou não às atividades praticadas durante o exercício do cargo de que é titular.

Naqueles casos em que a incapacidade do servidor readaptado tiver sido adquirida pelo exercício das atribuições do cargo de professor, cite-se a hipótese de servidor que se tornou afônico com perda da capacidade comunicativa, tendo sido readaptado em funções no ambiente da biblioteca escolar.

Nesse caso, a objetividade do risco social, qual seja a readaptação que enseja segregação compulsória do servidor quanto às atribuições do seu cargo, deve assegurar que o período de readaptação seja considerado efetivo exercício das tarefas típicas de tal vínculo, até porque a limitação ocorreu no próprio desempenho do cargo de que é titular.

E se assim não fosse, o servidor seria duplamente penalizado. Primeiro, porque teria perdido a capacidade laborativa justamente no exercício das atribuições do cargo público de que é titular. Segundo, porque não teria esse período de tempo de readaptação considerado para todos os fins de direito, especialmente para fins da aposentadoria de professor.

Logo, a fim de se evitar punição dúplice ao servidor que não praticou ato intencional para se afastar do exercício das tarefas de professor, mas, pelo contrário, foi obrigado a se afastar de suas atribuições por superveniência de evento futuro e imprevisível, é desarrazoado não permitir que possa computar esse período para fins da aposentadoria de professor.

Assim, o professor acometido por moléstia por ele não desejada, ou seja, tendo sido atingido por certo risco social, restrição do uso da fala, por exemplo, deve ter garantido o reconhecimento desse período de tempo como efetivo exercício do cargo de que é titular, já que manteve a titularidade do cargo durante o período de readaptação.

Por sua vez, para as situações em que a incapacidade do servidor readaptado for adquirida por motivos estranhos ao exercício do magistério, a solução deverá ser a mesma, já que o infortúnio, risco social acobertado pela política de previdência, é evento futuro, incerto e causador da segregação compulsória do servidor das tarefas do seu cargo.

O direito ao benefício previdenciário devido ao professor, por força de disposição constitucional, não lhe poderia ser subtraído no momento de debilidade de seu quadro de saúde, até porque a razão de existir da política previdenciária é justamente a de amparar os segurados em momentos de fragilidade pessoal por motivo de óbito, doença, nascimento, idade avançada ou reclusão, é dizer, por conta da ocorrência de riscos sociais.

Nesse caso, revela-se razoável considerar o período de tempo de readaptação do servidor, que teve a sua capacidade de trabalho reduzida por motivo de doença de qualquer natureza e readaptado por essa razão, para fins de aposentadoria de professor.

3.5.4 Critério norteador para resolução do impasse

Diante das considerações apresentadas nas Subseções 3.5.1 a 3.5.3 e a fim de averiguar quais atividades realizadas por servidor titular do cargo de professor readaptado poderiam ser computadas para fins da aposentadoria de que trata o § 5º do art. 40 da CF/88, propõe-se a utilização do critério relativo à natureza do afastamento do servidor em relação às atividades de magistério. Assim, no caso:

- 1 - de tarefas estranhas ao magistério praticadas por ato volitivo do servidor: o direito não será assegurado, já que o servidor quis se afastar das atribuições do cargo de professor;
- 2 - da ausência de prestação de atividades de magistério em decorrência de evento imprevisível ou por motivo de imposição legal: o direito deve ser assegurado por falta de autonomia do servidor em deliberar pelo afastamento das atribuições do cargo de professor;
- 3 - de tarefas estranhas ao magistério praticadas sem opção de escolha em razão de evento imprevisível: o direito há de ser assegurado por falta de autonomia do servidor em deliberar pela prática de tal ou qual atividade.

4 Notas finais à guisa de conclusão

Este artigo objetivou verificar se o período de tempo de atividades do servidor público titular do cargo de professor readaptado pode ser computado como função de magistério para fins da aposentadoria de que cuida o § 5º do art. 40 da CF/88.

Com esteio nos conceitos teóricos e normativos da readaptação, reabilitação profissional e invalidez permanente, constatou-se ser inaplicável a reabilitação no serviço público, já que o servidor não pode ser coagido pela Administração a assumir outro cargo que não aquele para o qual foi provido em virtude de aprovação em concurso, pois a realização de tarefas que não sejam aquelas fixadas pela lei de criação do cargo ofenderia o princípio da legalidade, além de afrontar a regra do concurso público.

Ademais, verificou-se que a readaptação possui alcance limitado no serviço público, já que é defeso à Administração coagir o servidor a prestar serviços estranhos às tarefas relativas ao seu cargo e que estejam previstos em lei para o desempenho de outro cargo, pois seria o mesmo que permitir a investidura em cargo para o qual o servidor não se submeteu a prévia disputa, o que vulneraria a regra constitucional do concurso público.

Quanto às tarefas consideradas pelo STF por ocasião do julgamento da ADI nº 3.772 como típicas de magistério para fins da aposentadoria de professor, observou-se, pós-julgamento da ADI nº 3.772, divergência

jurisprudencial no âmbito do TJMG. Observou-se ainda que o STF tem declinado da análise da matéria ao argumento de que envolveria reanálise de provas, e o STJ, ao fundamento de que a matéria já foi decidida por ADI e que, por ter força vinculante, não lhe caberia apreciá-la. Resultado disso é que a matéria vem sendo decidida pelos tribunais regionais sem entendimento uniforme.

Diante disso, reconheceu-se que a postura do STF e do STJ no trato atual da matéria tem causado insegurança jurídica no país e que o seu cerne transborda a mera questão da natureza da atividade. A tentativa de reinserção do servidor ao trabalho ante a sua limitação de saúde, no caso, a readaptação, situação para a qual o servidor não deu causa, e a dignidade da pessoa humana são aspectos que necessitam ser enfrentados pelos Tribunais.

Para a resolução da problemática, foi apresentada proposta sustentada na natureza do afastamento do servidor das atividades do magistério. Na hipótese de realização de tarefas estranhas ao magistério praticadas por ato volitivo do servidor, a ele não seria assegurado o direito ao cômputo do período de tempo de atividade desenvolvida em regime de readaptação para fins de aposentadoria de professor. Por outro lado, seria assegurado tal direito aos professores nas hipóteses de: 1) ausência de prestação de tarefas de magistério em virtude de evento imprevisível ou por motivo de imposição legal; 2) realização de atividades estranhas ao magistério praticadas sem opção de escolha em razão de evento imprevisível; e 3) ausência de prestação de serviço, seja de magistério ou não, por motivo de afastamentos garantidos pela lei estatutária para todos os fins de direito.

Em conclusão, diante do rol proposto das atividades hábeis a serem computadas para fins da aposentadoria de professor em relação às encartadas pelo STF por ocasião do julgamento da ADI nº 3.772, a matéria merece receber novos contornos interpretativos pelos Tribunais de Justiça e pelas Cortes Superiores. Como compete apenas ao Poder Judiciário dizer o Direito, urge divulgar este trabalho como forma de aprofundar o estudo e uniformizar o entendimento sobre a matéria, sob pena de manutenção da insegurança jurídica noticiada.

Referências

CALAZANS, Fernando Ferreira. Readaptação e aposentadoria de professor no serviço público. *Revista do TCEMG*, Belo Horizonte, v. 35, n. 1, p. 42-63, jan./jun. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COPOLA, Gina. A aposentadoria especial para membros do magistério. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 132, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=77654>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

DARTORA, Cleci Maria. *Aposentadoria do professor: aspectos controvertidos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Aposentadoria especial. Aplicação aos integrantes do quadro do magistério. *Fórum Administrativo Direito Público FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=2855>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

• • •

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal - Câmara de vereadores de Belo Horizonte - Plano de saúde - Vereadores e seus familiares - Sistema remuneratório - Subsídio - Interesse público primário - Impessoalidade e moralidade administrativas - Violação

- A Lei 10.868/2015, do Município de Belo Horizonte, que institui plano de saúde a ser pago com verbas públicas em favor de vereadores e seus familiares, viola o sistema remuneratório por subsídio, pago em parcela única e indivisível, dos agentes políticos, dado o seu caráter remuneratório.

- Hipótese em que a lei local impugnada fere de morte o interesse público primário e afronta os preceitos da impessoalidade e moralidade administrativas, ao destinar verbas públicas, que deveriam ser revertidas em prol do bem-estar coletivo, para atender a interesses privados dos agentes públicos e seus familiares.

- Inconstitucionalidade reconhecida.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.17.006774-8/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Procurador-Geral de Justiça - Requeridos: Município de Belo Horizonte, Câmara Municipal de Belo Horizonte - Relator: DES. ESTEVÃO LUCCHESI

Acórdão

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

Belo Horizonte, 13 de setembro de 2017. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, em face da Lei 10.868, de 6 de novembro de 2015, do Município de Belo Horizonte, por alegada ofensa aos arts. 13, 24, § 7º, 165, § 1º, 166, VI, e 264 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Com a inicial, anexou-se cópia da norma impugnada, que assim dispõe:

O Povo do Município de Belo Horizonte, por seus representantes, decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - A Câmara Municipal de Belo Horizonte – CMBH – prestará assistência médico-hospitalar, de enfermagem, fisioterápica e odontológica aos vereadores, com foco na promoção da saúde e na prevenção de doenças.

Parágrafo único – A assistência a que se refere o *caput* deste artigo será prestada por meio de plano de autogestão, mediante o cadastramento ou prévio credenciamento de clínicas, empresas e profissionais, e pela contratação de serviços de empresa mantenedora de plano de saúde.

Art. 2º - A assistência de que trata esta lei alcançará, na forma da regulamentação específica, o vereador, seu cônjuge e, desde que vivam sob dependência econômica daquele, os filhos.

Art. 3º - A cobertura dos planos de assistência obedecerá à regulamentação específica desta lei, observado o que estabelecem as normas da Agência Nacional de Saúde – ANS – e do Conselho de Saúde Suplementar – Consu.

Art. 4º - As contribuições mensais para a assistência de que trata esta lei serão descontadas na folha de pagamento, mediante percentual incidente sobre o valor integral da mensalidade cobrada por beneficiário individual pela empresa mantenedora do plano de saúde.

§ 1º - O percentual de que trata este artigo será definido em regulamentação específica e não será inferior ao que se estipular em norma equivalente para os membros da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais – ALMG.

§ 2º - O percentual de que trata este artigo constitui o valor único de contribuição do vereador e de seus dependentes para o sistema de assistência de que trata esta lei.

Art. 5º - A assistência na modalidade de autogestão dependerá de laudo prévio e posterior, nos termos da regulamentação específica.

Art. 6º - Fica a CMBH autorizada a celebrar convênios para a consecução desta lei.

Art. 7º - As despesas decorrentes desta lei serão suportadas por dotações orçamentárias específicas, suplementadas, se necessário.

Art. 8º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 6 de novembro de 2015.

Márcio Araújo de Lacerda

Prefeito de Belo Horizonte

(Originária do Projeto de Lei nº 1.692/15, de autoria da Mesa)

Em suas razões de ingresso, a Procuradoria-Geral de Justiça alega que a legislação impugnada fere os arts. 13, 24, § 7º, e 165, § 1º, da *Constituição Estadual*, pois constitui parcela remuneratória a ser paga aos agentes políticos da Câmara de Vereadores do Município de Belo Horizonte, o que viola o sistema vigente em nosso ordenamento jurídico, o qual estabelece o subsídio como única e indivisível parcela remuneratória a ser paga aos detentores de mandato eletivo.

Assevera que a norma, ao criar despesa pública destinada a familiares dos vereadores, também afronta os princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade administrativas, colidindo com o disposto nos arts. 13, 165, § 1º, e 166, VI, da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Prossegue afirmando que há violação ao disposto nos arts. 165, § 1º, e 264 da CEMG, porquanto a lei impugnada não estabelece qual a fonte de custeio correspondente para fazer frente às despesas criadas com a efetivação da norma legal, sendo certo que qualquer benefício de seguridade social deve ser criado com a indicação expressa de sua fonte de custeio total, o que não foi observado pelos legisladores na redação da norma objeto de impugnação no caso concreto.

Busca, assim, seja declarada inconstitucional a Lei 10.868/2015, do Município de Belo Horizonte, por ofensa aos arts. 13, 24, § 7º, 165, § 1º, 166, VI, e 264, todos da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Em suas informações, a Câmara Municipal de Belo Horizonte afirma que a Lei impugnada não viola o sistema remuneratório vigente, porquanto o pagamento por subsídio não inclui verbas de natureza indenizatória. Assevera que, ao instituir o atendimento à saúde de seus membros institucionais, a Casa Legislativa Municipal seguiu caminho já trilhado pelas Casas Legislativas Federais, bem como o modelo traçado no âmbito do Ministério Público e Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

Argumenta que, “por se ter seguido a opção de contratação ou credenciamento, definiu-se explicitamente na mesma lei a amplitude do instituto, só alcançando a família nuclear do vereador”.

Alega, por fim, que há expressa previsão de fonte de custeio na norma impugnada, cujos impactos financeiros fizeram parte de estudos da Casa Legislativa quando da tramitação do Projeto de Lei. Pugna, assim, pela improcedência da representação.

De sua parte, o Município de Belo Horizonte defende, igualmente, o caráter indenizatório da assistência à saúde criada pela lei impugnada, referindo-se “a verba determinada ou determinável, com essência indenizatória destinada a ressarcir gastos limitados”.

Também defende que a Casa Legislativa observou o princípio da simetria, ao estabelecer em favor de seus membros institucionais meios de custeio da assistência à saúde na forma em que adotada pelos demais Poderes. Propugna pelo reconhecimento da constitucionalidade da norma em debate.

Em suas alegações finais, a Procuradoria-Geral de Justiça reiterou os termos da inicial de sua representação.

É o relatório.

A presente ação direta de inconstitucionalidade tem por objeto a Lei 10.868/2015, do Município de Belo Horizonte que instituiu a prestação de serviço de assistência à saúde de Vereadores e seus familiares, nos seguintes termos:

Art. 1º - A Câmara Municipal de Belo Horizonte – CMBH – prestará assistência médico-hospitalar, de enfermagem, fisioterápica e odontológica aos vereadores, com foco na promoção da saúde e na prevenção de doenças.

Parágrafo único – A assistência a que se refere o *caput* deste artigo será prestada por meio de plano de autogestão, mediante o cadastramento ou prévio credenciamento de clínicas, empresas e profissionais, e pela contratação de serviços de empresa mantenedora de plano de saúde.

Art. 2º - A assistência de que trata esta lei alcançará, na forma da regulamentação específica, o vereador, seu cônjuge e, desde que vivam sob dependência econômica daquele, os filhos.

Art. 3º - A cobertura dos planos de assistência obedecerá à regulamentação específica desta lei, observado o que estabelecem as normas da Agência Nacional de Saúde – ANS – e do Conselho de Saúde Suplementar – Consu.

Art. 4º - As contribuições mensais para a assistência de que trata esta lei serão descontadas na folha de pagamento, mediante percentual incidente sobre o valor integral da mensalidade cobrada por beneficiário individual pela empresa mantenedora do plano de saúde.

§ 1º - O percentual de que trata este artigo será definido em regulamentação específica e não será inferior ao que se estipular em norma equivalente para os membros da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais – ALMG.

§ 2º - O percentual de que trata este artigo constitui o valor único de contribuição do vereador e de seus dependentes para o sistema de assistência de que trata esta lei.

Art. 5º - A assistência na modalidade de autogestão dependerá de laudo prévio e posterior, nos termos da regulamentação específica.

Art. 6º - Fica a CMBH autorizada a celebrar convênios para a consecução desta lei.

Art. 7º - As despesas decorrentes desta lei serão suportadas por dotações orçamentárias específicas, suplementadas, se necessário.

Art. 8º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 6 de novembro de 2015.

Márcio Araújo de Lacerda

Prefeito de Belo Horizonte

(Originária do Projeto de Lei nº 1.692/15, de autoria da Mesa)

Pois bem.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, estabeleceu-se para os agentes políticos dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sistema remuneratório mediante subsídio, cujo escopo foi o desfazimento de disparidades remuneratórias, através do pagamento de vencimentos em parcela única, incorporando todas as vantagens de ordem remuneratória percebidas até então pelos agentes públicos, e vedando-se quaisquer acréscimos a título de gratificação adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, *verbis*:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

[...]

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Acerca do tema em voga, assim pontua a doutrina:

[...] ao vedar expressamente o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, também fica clara a intenção de extinguir, para as mesmas categorias de agentes públicos, o sistema remuneratório que vem vigorando tradicionalmente na Administração Pública e que compreende o padrão fixado em lei mais as vantagens pecuniárias de variada natureza previstas na legislação estatutária.

Com isso, ficam derogadas, para os agentes que percebam subsídios, todas as normas legais que prevejam vantagens pecuniárias como parte da remuneração (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 505).

No escólio da culta Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, a implementação do subsídio como sistema remuneratório, tem por objetivo primordial “evitar que a acumulação de parcelas, pouco explicada em termos pecuniários, acabe desigualando o que igual deve ser e injustificando o que justo tem de ser, que é a remuneração de todos aqueles que prestam desempenho idêntico ou igualado” (*Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 311).

A norma em questão segue reproduzida na Constituição Mineira, conforme disposto no art. 24, § 7º. Vejamos:

Art. 24 - A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 7º deste artigo somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

[...]

§ 7º - O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo e os Secretários de Estado serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, e observado, em qualquer caso, o disposto no § 1º deste artigo.

Ao oposto do defendido pela Câmara de Vereadores de Belo Horizonte, a assistência à saúde aos Vereadores e seus familiares, na forma de contratação de plano de saúde custeado pelo erário, em nada se assemelha ao chamado auxílio-saúde, verba de reconhecido caráter indenizatório.

Com efeito, ao contrário do que pretende fazer crer o Legislativo Municipal, a instituição de plano de saúde aos Vereadores e seu núcleo familiar não tem por escopo recompor despesas extraordinárias assumidas pessoalmente pelos agentes políticos no exercício de sua função, vale dizer, não indeniza ao detentor de mandato eletivo os gastos excepcionais impostos com o exercício de função pública.

Cuida-se, a bem da verdade, do que se convencionou denominar de “salário indireto”, assim entendido como o conjunto de benefícios pagos além da verba-base remuneratória.

A matéria não é nova e já foi objeto de deliberação pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que, em resposta a Consulta feita pela Câmara Municipal de Mateus Leme, assim, deliberou:

Consulta. Câmara Municipal. I. Concessão do benefício de plano de saúde a servidores e seus familiares. Possibilidade. Edição de lei de iniciativa do Legislativo Municipal. Prévia dotação orçamentária. Autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Atendimento aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Respeito aos limites de despesa com pessoal previstos no art. 29-A, § 1º, da CR/88.

Observância aos ditames da Lei nº 8.666/93. Licitação prévia para contratar com empresa privada ou realização de credenciamento. II. Concessão de plano de saúde para vereadores e familiares. Impossibilidade. Natureza remuneratória do benefício. Remuneração exclusivamente por subsídio fixado em parcela única. Art. 39, § 4º, da CR/88. Vedação de acréscimo de qualquer outra vantagem remuneratória (TCE-MG. Consulta 764.324, Rel. Conselheiro Eduardo Carone Costa).

A tese de impossibilidade de contratação de plano de saúde pago pelo erário em favor dos vereadores e seus familiares deu-se, justamente, pelo reconhecimento de que sua instituição violaria o sistema remuneratório dos agentes políticos, vigente em nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da EC 19/1998. Vejamos:

Tal benefício configura salário indireto, ou seja, é um suplemento dos salários ordinários, apesar de não corresponder a nenhum trabalho determinado. Tem, portanto, natureza remuneratória.

Apesar de respeitar o entendimento do nobre Conselheiro Wanderley Ávila, que, em Consultas anteriores, entendeu ser possível que o benefício do plano de saúde tenha natureza indenizatória, não vislumbro tal possibilidade. Conforme as Consultas nº 747263 e nº 783497, entende-se como indenização no direito público os valores pagos a título de compensação de despesas excepcionais, não corriqueiras, em decorrência do exercício de função pública. O benefício do plano de saúde não poderá ter caráter indenizatório, pois não se destina a recompor despesas extraordinárias assumidas pessoalmente pelo agente no exercício de sua função.

[...]

Por isso, em virtude de sua natureza remuneratória, a vantagem do plano de saúde não pode ser estendida aos vereadores, pelo fato de serem eles agentes políticos, detentores de mandato eletivo, que recebem subsídios, parcelas únicas a que não se pode adicionar qualquer vantagem remuneratória. Quanto aos familiares dos vereadores, penso não ser possível a concessão de tal benefício, pelos motivos já explicitados acima, referentes à sujeição do agente político ao regime de subsídio. Assim, vale de regra o brocardo jurídico de que *accessio cedit principali*.

E então concluiu o Órgão responsável pela fiscalização das contas públicas:

Por outro lado, em razão da natureza remuneratória, essa vantagem não poderá ser concedida aos vereadores, nem aos seus familiares, observado o disposto no § 4º do art. 39 da Constituição Federal, que estabelece a remuneração dos detentores de mandato eletivo exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer outra vantagem remuneratória.

Assim sendo, somente por este motivo a norma impugnada já padeceria de inofismável inconstitucionalidade. Entretanto, a violação à ordem jurídica constitucional não para por aí.

O art. 2º da referida lei estabelece que a assistência à saúde instituída pela norma não se limita apenas ao Vereador, estendendo-se também ao seu núcleo familiar.

A nosso aviso, o dispositivo legal comentado afronta de forma direta preceitos básicos que norteiam a administração pública, notadamente os princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, previstos no art. 37 de nossa Carta Política, e reproduzidos pelo constituinte mineiro no art. 13 da Constituição do Estado, verbis:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e a de entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e razoabilidade.

Acerca da impessoalidade, assim pontua a doutrina:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.

Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.

Não se pode deixar de fora a relação que a finalidade da conduta administrativa tem com a lei. “Uma atividade e um fim supõem uma norma que lhes estabeleça, entre ambos, o nexó necessário”, na feliz síntese de Cirne Lima. Como a lei em si mesma deve respeitar a isonomia, porque a isso a Constituição a obriga (art. 5º, *caput* e inciso I), a função administrativa nela baseada também deverá fazê-lo, sob pena de cometer-se desvio de finalidade, que ocorre quando o administrador se afasta do escopo que lhe deve nortear o comportamento - o interesse público.

Embora sob a expressão “desvio de finalidade”, o princípio da impessoalidade tem proteção no direito positivo: o art. 2º, alínea *e*, da Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular, comina com a sanção de invalidade o desvio de finalidade.

Assim, portanto, deve ser encarado o princípio da impessoalidade: a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p. 49).

Ora, a extensão de benefício assistencial decorrente do cargo público aos familiares dos Vereadores cria favorecimento indevido a particulares, pelo simples fato de guardarem relação de parentesco com o detentor do mandato eletivo, o que não condiz com a boa prática de gestão pública.

Este Órgão Especial, ao se debruçar sobre norma municipal que criava benefício assistencial em favor de familiares de agentes públicos, assim já se manifestou:

Ação direta de inconstitucionalidade. Pagamento de pensão mensal às viúvas e dependentes de ex-agentes políticos. Criação de benefício previdenciário sem respectiva previsão de fonte de custeio. Favorecimento em ofensa à impessoalidade administrativa. Cautelar deferida. Afigura-se pertinente o deferimento da medida cautelar que visa à suspensão dos efeitos das leis municipais que criam pensão para viúvas e dependentes de ex-agentes políticos, por se tratar de benefício previdenciário sem previsão de fonte de custeio, além de ofender o princípio da impessoalidade administrativa (TJMG, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.14.018210-6/000, Rel.ª Des.ª Márcia Milanez, Órgão Especial, j. em 13/8/2014, p. em 22/8/2014).

A bem da verdade, a norma impugnada viola o interesse público primário, ao reverter a destinação de verbas públicas, que deveriam ser vertidas em prol do bem-estar coletivo, em benefício dos próprios legisladores e seus familiares, prática que não atende à moralidade administrativa, assim conceituada pelo inolvidável José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto. Acrescentamos que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a Administração e os administrados em geral, como também internamente, ou seja, na relação entre a Administração e os agentes públicos que a integram.

O art. 37 da Constituição Federal também a ele se referiu expressamente, e pode-se dizer, sem receio de errar, que foi bem aceito no seio da coletividade, já sufocada pela obrigação de ter assistido aos desmandos de maus administradores, frequentemente na busca de seus próprios interesses ou de interesses inconfessáveis, relegando para último plano os preceitos morais de que não deveriam afastar-se.

O que pretendeu o Constituinte foi exatamente coibir essa imoralidade no âmbito da Administração. Pensamos, todavia, que somente quando os administradores estiverem realmente imbuídos de espírito público é que o princípio será efetivamente observado. Aliás, o princípio da moralidade está indissociavelmente ligado à noção do bom administrador, que não somente deve ser ético regente da função administrativa.

A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, *caput*. Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa (ob. cit., p. 49).

Ora, a preservação da moralidade no trato da coisa pública constitui objetivo primordial do Município, traçado pelo art. 166, VI, da CEMG:

Art. 166 - O Município tem os seguintes objetivos prioritários:

[...]

VI - preservar a moralidade administrativa.

A Administração Pública, em sua atuação, deve ter sempre em mente o interesse público primário, o qual é, em primeira e última análise, o próprio substrato de legitimidade do regime jurídico administrativo, ou seja, trata-se da própria razão de ser do Estado.

Como preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles” (Curso de direito administrativo. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 66).

O culto Ministro Luis Roberto Barroso arremata, de forma brilhante:

[...] o interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais - dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover (Prefácio à obra *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. p. XV-XVI)

Outrossim, a par da violação ao sistema remuneratório vigente em nosso ordenamento jurídico, aos preceitos da moralidade e impessoalidade, e da afronta ao interesse público primário, a norma impugnada padece de um outro vício que, por si só, também ensejaria sua dissonância com a ordem constitucional, além de violar diretamente o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da CRFB.

Como muito bem lembrou o *Parquet* na peça de ingresso da presente representação, a criação, majoração ou extensão de benefício assistencial por lei pressupõe a indicação total de sua fonte de custeio, conforme dispõe claramente o art. 264 da Constituição do Estado de Minas Gerais, *verbis*:

Art. 264. Nenhum benefício ou serviço da previdência social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

A nosso entender, a menção genérica a “dotações orçamentárias específicas, suplementadas, se necessário”, do art. 7º da Lei 10.868/2015, ora impugnada, não atende a tal desiderato, como já decidido por este Colegiado em outras oportunidades. Vejamos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Município de Ituiutaba. Leis municipais nº 3.569/2002 e 4.046/2010. Criação de renda mensal especial a ex-prefeito acometido de invalidez permanente e a licença remunerada do chefe do executivo sem a expressa indicação da fonte de custeio. Afronta ao art. 264 da Constituição do Estado de Minas Gerais. Inconstitucionalidade declarada. - O art. 264 da CEMG preceitua que a criação, majoração ou extensão de benefício previdenciário requer a indicação da fonte de custeio total, assim não entendida aquela que prevê, de forma genérica, a fonte de custeio à conta do orçamento geral do Município. Por isso, tem-se como inconstitucional lei municipal que cria benefício previdenciário sem a expressa indicação da fonte de custeio total (TJMG, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.12.121729-3/000, Rel. Des. Elias Camilo, Órgão Especial, j. em 11/12/2013, p. em 19/12/2013).

Ação direta de inconstitucionalidade. Criação de benefício previdenciário. Ausência de indicação de fonte de custeio. Inconstitucionalidade. É inconstitucional lei que cria benefício previdenciário a dependentes de prefeito sem a correspondente fonte de custeio total, não atendendo a tal requisito a indicação genérica de recursos do Tesouro Municipal (TJMG, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.14.042652-9/000, Rel. Des. Pedro Bernardes, Órgão Especial, j. em 24/2/2016, p. em 29/4/2016).

Diante desse contexto, forçoso reconhecer ser a norma municipal impugnada flagrantemente inconstitucional, pois, conforme exposto ao longo da fundamentação, viola direta e frontalmente os arts. 13, 24, § 7º, 166, VI, e 264, todos da Constituição do Estado de Minas Gerais, além dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade e moralidade.

Por todo o exposto, julgo procedente a representação, para declarar inconstitucional a Lei nº 10.868, de 6 de novembro de 2015, do Município de Belo Horizonte.

Proceda-se às diligências determinadas pelo art. 336, caput e parágrafo único, do RITJMG.

Custas processuais isentas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VERSIANI PENNA, ÁUREA BRASIL, LUIZ ARTUR HILÁRIO, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, GERALDO AUGUSTO, AUDEBERT DELAGE, EDGARD PENNA AMORIM, EDILSON FERNANDES, DÁRCIO LOPARDI MENDES, ALBERTO VILAS BOAS, WAGNER WILSON FERREIRA, LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, SANDRA FONSECA, WANDERLEY PAIVA, ELIAS CAMILO SOBRINHO, JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA, MOTA E SILVA, MAURÍLIO GABRIEL, PEDRO COELHO VERGARA

Súmula - JULGARAM PROCEDENTE A REPRESENTAÇÃO.

• • •

Mandado de segurança - Direito administrativo - Suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração - Efeitos da sanção do inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 - Alcance - Toda a Administração Pública - Penalidade suspensa por liminar - Suspensão que não retroage para alcançar situações jurídicas consolidadas - Segurança concedida

- Consoante pacífica jurisprudência do STJ, “a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei nº 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública” (STJ, AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, j. em 7/3/2017, DJe de 31/3/2017).

- A medida liminar concedida no curso da execução da pena para suspender o ato administrativo que implicou na punição administrativa não tem o condão de retroagir para alcançar situações jurídicas consolidadas no período em que a penalidade fora executada.

- Segurança que se concede para anular o ato que considerou habilitada e declarou vencedora de pregão eletrônico sociedade empresária que, no momento da abertura da licitação, se encontrava impedida de licitar.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.17.041658-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Inova Tecnologia em Serviços Ltda. em causa própria - Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais - Litisconsorte: Stefanini Consultoria Assessoria Informática Ltda. - Interessado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. BELIZÁRIO DE LACERDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 11 de outubro de 2017. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de mandado de segurança repressivo individual impetrado por Inova Tecnologia em Serviços Ltda. contra ato inquinado de abusivo e ilegal atribuído ao il. Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

Afirmou a impetrante que “participou de processo licitatório (01/2017), Pregão Eletrônico 01/2017, o qual possui como objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços contínuos de tecnologia da informação, por meio de alocação de mão de obra exclusiva”.

Asseverou que, “publicado o edital e ocorrida a sessão pública, a empresa Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A., após duas desclassificações de empresas que apresentaram equívocos em suas propostas, foi considerada arrematante com a proposta financeira no valor de R\$609.650,78 (seiscentos e

nove mil seiscentos e cinquenta reais e setenta e oito centavos), ficando a ora impetrante, logo em seguida, com a proposta de R\$612.000,00 (seiscentos e doze mil reais)”.

Alegou, no entanto, que “os documentos colacionados aos autos do processo administrativo deixam mais que notório que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais jamais poderia adjudicar o objeto licitado para a empresa Stefanini Consultoria, haja vista que seus documentos de habilitação não estão de acordo com instrumento convocatório e, sobretudo, não atendem a legislação pátria, no que tange aos requisitos para contratar com a Administração”.

Aduziu que, em pesquisa no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, obtém-se a declaração de que consta ocorrência em nome da empresa Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A., punição esta advinda de um contrato com o Ministério Público do Rio de Janeiro, processo registrado sob o nº MPRJ 201400852862, sendo que o término da punição se dará tão somente em 21/7/2017.

Asseverou que os itens 3.1 e 3.2 do Capítulo V do Edital expressamente vedam a participação no certame de empresas suspensas ou declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública, proibição esta que traduz o que a própria Lei nº 8.666/93 estabelece em seu art. 87, III.

Argumentou que, consoante entendimento consignado pelos tribunais pátrios, “os efeitos da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração estendem-se para toda a Administração Pública”.

Requeru “seja anulado todo ato administrativo tendente à contratação da empresa supostamente declarada vencedora, conseqüentemente a imediata desclassificação da empresa Stefanini, em sede de liminar *inaudita altera pars*, por estar impedida de contratar com a Administração Pública, bem como o prosseguimento no certame licitatório, obedecendo à ordem de classificação das propostas, ou [...] alternativamente, ainda em sede de liminar *inaudita altera pars*, a suspensão cautelar, da Licitação Pública nº 01/2017/TCE/MG, determinando que o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se abstenha de formalizar a contratação da empresa ilegalmente declarada vencedora (Stefanini), até o julgamento de mérito [...]”.

Por meio da decisão de ordem 16, foi deferida a liminar para suspender o ato que declarou a sociedade empresária Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A. vencedora do Pregão Eletrônico nº 01/2017/TCE/MG, até o julgamento do mérito deste *writ*.

O Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais prestou informações. Afirmou, inicialmente, que a sanção administrativa imposta à empresa Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A. pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é objeto de demanda judicial, em trâmite perante a 6ª Vara de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, autuada sob o nº 0348511-89.2016.8.19.0001; alegou que, embora o pleito da empresa quanto à suspensão dos efeitos da sanção administrativa a ela imposta tenha sido indeferido pela MM. Juíza de 1º grau, em sede de agravo de instrumento (AI 0060588-12.2016.8.19.0000), foi concedida a pretendida liminar, estando, assim, suspensos os efeitos da penalidade imposta administrativamente, até ulterior decisão de mérito; argumentou, também, que, ainda que se admita a subsistência do impedimento de licitar com a Administração Pública por parte da empresa Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A., conforme informações constantes no portal da transparência do Governo Federal, a sanção a ela imposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro findou em 21/7/2017, de forma que inexistente qualquer impedimento que obste a participação da

empresa em certames licitatórios do setor público; dessarte, defendeu que a punição aplicada pelo MPRJ não se estende para toda a Administração Pública, tendo sua aplicação circunscrita à unidade que lhe deu aplicação, qual seja o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (doc. ordem 21).

A Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A. aviou pedido de reconsideração da decisão que deferiu a liminar (doc. ordem 22), pedido este não conhecido por falta de previsão legal (doc. ordem 32).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer opinando pela denegação da segurança (doc. ordem 31).

Foi apresentada contestação pela Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A., por meio da qual pugnou pela denegação da segurança. Aduziu, em síntese, que a impetrante atuou com má-fé, ao omitir, em sua inicial, que a indigitada sanção se encontrava suspensa desde 16/5/2017, portanto, antes da impleção do *writ*, por força de decisão judicial proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 0060588-12.2016.8.19.0000, que tramita perante o eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; alegou que “inexiste, a essa altura, qualquer óbice à adjudicação imediata do objeto à Stefanini, porquanto a sanção em questão se encerrou definitivamente em 21/7/2017, o que configura fato superveniente que enseja a pronta revisão da liminar e posterior denegação da segurança”; argumentou, por fim, que, “ainda que assim não fosse, a referida penalidade jamais poderia ter o largo alcance pretendido pela impetrante, porquanto se limitava a contratações no âmbito do Ministério Público do Rio de Janeiro (órgão sancionador), o que não é o caso da Licitação Pública nº 01/2017/TCE/MG” (doc. ordem 33).

É o relatório, decido.

Conforme se infere do disposto no art. 13, IX, *b*, do Decreto Estadual nº 44.786/08, que “contém o regulamento da modalidade de licitação denominada pregão, nas formas presencial e eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, no âmbito do Estado de Minas Gerais, e dá outras providências”, como requisito para a participação no pregão eletrônico o licitante deverá declarar, em campo próprio sistema eletrônico, que cumpre plenamente os requisitos de habilitação.

Ainda que, no pregão, a fase de habilitação seja posterior ao encerramento da etapa competitiva, certo é que os requisitos de habilitação constituem pressupostos para a participação do licitante no certame.

No caso *sub examine*, verifica-se que a sociedade empresária Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A. não poderia ter participado da licitação, na medida em que, quando da abertura do pregão eletrônico regido pelo Edital nº 01/2017, encontrava-se impedida de licitar, em virtude de penalidade aplicada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, conforme se colhe do documento de ordem 15.

Ao contrário do entendimento defendido pela autoridade indigitada coatora e pela litisconsorte passiva necessária, os efeitos da sanção prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93 não se restringem ao órgão que aplicou a penalidade, estendendo-se a toda a Administração Pública, conforme pacífica jurisprudência do col. Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, trago a lume as seguintes ementas de acórdão:

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Suspensão temporária. Distinção entre administração e administração pública. Inexistência. Impossibilidade de participação de licitação pública. Legalidade. Lei 8.666/93, art. 87, III. - É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que

ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. - Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 151.567/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, j. em 25/2/2003, DJ de 14/4/2003, p. 208).

Administrativo. Suspensão de participação em licitações. Mandado de segurança. Entes ou órgãos diversos. Extensão da punição para toda a administração. - 1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária. 2. Recurso especial provido (STJ, REsp 174.274/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 19/10/2004, DJ de 22/11/2004, p. 294).

No mesmo sentido é o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, veja-se:

Apelação cível. Mandado de segurança. Direito administrativo. Licitação. Inabilitação. Adjudicação e homologação do procedimento licitatório no curso do feito. Perda superveniente do objeto não caracterizada. Sentença cassada. Julgamento do *mandamus*. Lei nº 8.666/1993. Suspensão temporária de participação em licitação. Efeitos perante a administração pública. Unicidade do conceito. Legalidade do ato. Indeferimento da ordem. A superveniente homologação/adjudicação do objeto licitado não implica na perda do interesse processual na ação em que se alegam nulidades no procedimento licitatório, aptas a obstar a própria homologação/adjudicação, como é o caso dos autos (REsp n. 1278809/MS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 3/9/2013, DJe de 10/9/2013).

Os conceitos jurídicos concernentes à ‘Administração’ e ‘Administração Pública’ insertos nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 são equivalentes, referindo-se ambos aos órgãos da Administração Direta integrantes da estrutura da pessoa política bem como às entidades da administração indireta. Nesses termos, em ambas as hipóteses de penalização - suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade para licitar - os efeitos abarcam toda a Administração Pública, em todas as esferas da Federação. Legalidade do ato coator que inabilitou o impetrante do Pregão nº 37/2012, do Município de Montes Claros, reconhecida. Cassação da sentença. Denegação da ordem, nos termos do art. 1.013, § 3º, do NCPC. Sentença mantida. Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível 1.0433.12.016886-2/001, Rel. Des. Corrêa Junior, 6ª Câmara Cível, j. em 22/11/2016, p. em 2/12/2016).

Agravo de instrumento. Direito administrativo. Preliminar. Perda do objeto. Rejeição. Mérito. Inabilitação de empresa em procedimento licitatório. Aplicação de penalidade prevista no art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93 por órgão público federal. Efeitos estendidos a toda administração pública. Proibição de contratar com a administração pública estadual mantida. Prevalência do interesse público. Ausência de distinção no edital do certame. Recurso desprovido. - 1. A comunicação expedida pelo ente público responsável pelo certame informando a revogação da decisão que havia anulado o certame é suficiente para afastar a alegação de perda de objeto, porquanto com a continuidade do certame persiste o interesse que respalda a pretensão recursal do agravante. 2. A penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração prevista no art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93, embora tenha sido aplicada por órgão público federal, configura óbice à contratação da recorrente pela administração pública estadual. 3. A administração pública é una, sendo que somente suas funções são descentralizadas entre os entes públicos. 4. Os eventuais desvios de conduta que inabilitem determinada empresa a participar de certame realizado por órgão público federal devem ter sua aplicação estendida aos demais entes da administração pública, visando-se assim preservar o interesse público inerente aos procedimentos licitatórios. 5. O edital que rege o certame possui caráter vinculativo, de tal sorte que, existindo expressa restrição à participação

de empresas que tenham sofrido a imposição da penalidade prevista no art. 87, inciso II, da Lei nº 8.666/93, sem qualquer distinção quanto ao órgão responsável por sua aplicação, deve ser mantido o ato administrativo que determinou a exclusão da recorrente do certame. 6. Recurso desprovido (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0024.14.056334-7/001, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, j. em 2/6/2015, p. em 12/6/2015).

Administrativo. Mandado de segurança. Licitação. Sanção aplicada. Suspensão do direito de licitar e contratar. Efeitos estendidos a todos os órgãos da administração pública. Segurança denegada. Sentença reformada. Imposita a penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar, previsto no art. 87, III, da Lei 8.666/93, os efeitos da penalidade se estendem a todos os órgãos da Administração Pública, e não apenas àquele que aplicou a sanção, pois não se mostra razoável que se tenha por idôneo o contratado que já foi punido por outro ente federativo (TJMG - Reexame Necessário Cível 1.0251.13.001035-7/001, Rel. Des. Kildare Carvalho, 3ª Câmara Cível, j. em 8/10/2014, p. em 24/10/2014).

Acerca do tema, precisa a lição de Marçal Justen Filho:

[...] Se o agente apresenta desvio de conduta que o inabilita para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a administração pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamenta a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança.

Um exemplo prático permite compreender o raciocínio. Suponha-se que o contratado deixe de adimplir às obrigações assumidas num contrato de empreitada de obra pública. Entrega à Administração uma obra defeituosa. Sancionado com a suspensão do direito de licitar, estaria ele livre para contratar com outros entes da Administração pública? Reputa-se que a resposta negativa é a mais compatível com a ordem jurídica (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 892).

Impõe-se ressaltar, ainda, que o fato de a penalidade ter sido posteriormente suspensa por decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em sede de agravo de instrumento se revela irrelevante no presente caso, haja vista que a liminar concedida por aquela eg. Corte em favor da Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A. não tem o condão de retroagir para alcançar situações jurídicas já consolidadas no período em que a penalidade fora executada.

Salienta-se, inclusive, que o período já executado da pena foi um dos motivos levados em consideração para a própria concessão da liminar pelo TJRJ, conforme se colhe do trecho do voto condutor do acórdão:

Por fim, já decorreram mais de 6 (seis) meses desde a aplicação da penalidade, não se afigurando razoável a manutenção da mesma, o que por certo inviabiliza a atividade desenvolvida pela empresa (p. 04 do doc. de ordem 29).

Outrossim, o fato de a sanção ter se esgotado em 21/7/2017 não permite seja referida sociedade empresária declarada vencedora do certame, obtendo a consequente adjudicação do objeto da licitação, visto que a habilitação é exigida para participação no pregão e, no momento da realização deste, a pena estava em execução.

Mediante tais fundamentos, é que concedo a segurança, para anular o procedimento administrativo de habilitação e a declaração de empresa vencedora do Pregão Eletrônico nº 01/2017/TCE/MG (doc. ordem 07), com a consequente desclassificação da empresa Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S.A..

Sem custas e honorários.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM, MOREIRA DINIZ, ARMANDO FREIRE, DÁRCIO LOPARDI MENDES, LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, SANDRA FONSECA, WANDERLEY PAIVA, ESTEVÃO LUCCHESI, LUIZ ARTUR HILÁRIO, WANDER MAROTTA, CAETANO LEVI LOPES, ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO, HILDA TEIXEIRA DA COSTA, RENATO MARTINS JACOB e ALEXANDRE SANTIAGO.

Súmula - CONCEDERAM A SEGURANÇA.

• • •

Proposição de cancelamento de Enunciado de Súmula - Enunciado nº 26 deste Tribunal - Art. 1.009, § 1º, do CPC de 2015 - Incompatibilidade - Insustentação do enunciado - Cancelamento

- O art. 527, II, do CPC de 1973, dispunha que o agravo de instrumento poderia ser convertido em retido pelo Relator.
- Foi, então, editado o Enunciado de Súmula nº 26 deste Tribunal dispondo que “deve ser indeferida a inicial de mandado de segurança proposto contra decisão do Relator que converte agravo de instrumento em retido, salvo em caso de dano irreparável”.
- Posteriormente, o art. 1.009, § 1º, do CPC de 2015, estabeleceu que as decisões não atacáveis por agravo de instrumento podem ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões.
- Portanto, a nova ordem jurídica processual extinguiu o agravo retido. Assim, revela-se insustentado o Enunciado de Súmula nº 26, impondo o seu cancelamento.
- Enunciado de Súmula nº 26 deste Tribunal cancelado.

PETIÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.16.084733-1/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Núcleo de Apoio à Gestão de Gabinetes e à Elaboração de Enunciados de Súmula - NEES - Requerido: Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CANCELAR O ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 26 DESTE TRIBUNAL.

Belo Horizonte, 26 de julho de 2017. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - O Primeiro Vice-Presidente deste Tribunal encaminhou estudo elaborado pelo Núcleo de Apoio à Gestão de Gabinetes e à Elaboração do Enunciado de Súmula - NEES acerca do Enunciado de Súmula nº 26, aprovado pelo Órgão Especial e que tem a seguinte redação: “Deve ser indeferida a inicial de mandado de segurança proposto contra decisão do Relator que converte agravo de instrumento em retido, salvo em caso de dano irreparável”. Afirmou que o preceito previsto no art. 527, II, do CPC de 1973, fundamento para proposição do referido enunciado, não mais subsiste e propõe o seu cancelamento.

A douta Procuradoria Geral de Justiça foi ouvida. O Dr. Geraldo de Faria Martins da Costa, Procurador de Justiça, emitiu o parecer de f. 9/10 - TJ e opinou pelo cancelamento do Enunciado de Súmula nº 26 deste Tribunal. Estes os fatos.

Em relação ao direito, o art. 926 do CPC de 2015 estabelece que os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. Acerca do tema, ensina Humberto Theodoro Júnior, no *Código de Processo Civil anotado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 444:

Direito sumular. O direito sumular traduz o resumo da jurisprudência, sedimentada em incontáveis e uniformes decisões das Cortes Superiores do País, que visam à rapidificação de causas no Judiciário. Ao se dar seguimento ao inconformismo das partes, manifestado em peça recursal, em total colidência com texto de Súmula do Tribunal, estar-se-ia a instaurar um regime anárquico, que afronta o princípio da uniformização de decisões. Portanto, a prevalência do entendimento contido em direito sumulado traduz a manifestação de um colegiado, para negar provimento a recurso (Ac. unân. da 1ª T. do STJ em Agr. Reg. no Agr. nº 4.667/PE, Rel. Min. Pedro Acióli; *DJ* de 24/9/90; *Adcoas*, 1991, nº 132.169).

O art. 530, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, por seu turno, dispõe acerca da revogação de enunciado de súmula:

Art. 530. A jurisprudência firmada pelo Tribunal será compendiada em súmula do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e de cumprimento obrigatório pelos órgãos fracionários e pelos desembargadores.

[...]

§ 2º A inclusão, alteração ou revogação de enunciado será deliberada por decisão da maioria absoluta dos membros que integrem o Órgão Especial ou a seção cível com a presença de dois terços dos respectivos membros.

O art. 527, II, do CPC de 1973, estabelecia que o agravo de instrumento poderia ser convertido em retido pelo Relator:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator:

[...]

II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa;

Foi, então, editado o Enunciado de Súmula nº 26, que tem a seguinte redação: “Deve ser indeferida a inicial de mandado de segurança proposto contra decisão do Relator que converte agravo de instrumento em retido, salvo em caso de dano irreparável”.

Posteriormente, o art. 1.009, § 1º, do CPC de 2015 estabeleceu que as decisões não atacáveis por agravo de instrumento podem ser impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Ora, a nova ordem jurídica processual extinguiu o agravo retido. Assim, revela-se insubsistente o Enunciado de Súmula nº 26 deste Tribunal, impondo-se o seu cancelamento.

Com estes fundamentos, acolho a proposição para cancelar o Enunciado de Sumula nº 26 deste Tribunal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM, MOREIRA DINIZ, PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON FERNANDES, ARMANDO FREIRE, WAGNER WILSON FERREIRA, LUIZ CARLOS GOMES DA MATA, LEITE PRAÇA, ESTEVÃO LUCCHESI, VERSIANI PENNA, LUIZ ARTUR HILÁRIO, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, VALDEZ LEITE MACHADO, SALDANHA DA FONSECA, JOÃO CANCIO, EDISON FEITAL LEITE, OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI, ALBERTO DINIZ JUNIOR, WILSON BENEVIDES.

Súmula - CANCELARAM O ENUNCIADO DE SÚMULA Nº 26 DESTE TRIBUNAL.

• • •

Enunciado 34

O candidato excedente em concurso público não possui, em regra, direito à nomeação em cargo público, salvo hipótese de surgimento de novas vagas ou abertura de novo concurso, em que verificada a preterição de candidatos.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 13/04/2016.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 15/02/2017, 22/02/2017 e 03/03/2017.

Referência legislativa:

- Constituição Federal de 1988, art. 37, II.

Precedentes:

- Mandado de Segurança 1.0000.14.066120-8/000. Acórdão: 13/05/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 29/05/2015;

- Mandado de Segurança 1.0000.14.088940-3/000. Acórdão: 13/05/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 29/05/2015;

- Mandado de Segurança 1.0000.14.084845-8/000. Acórdão: 22/04/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 30/04/2015.

Enunciado 35

A Gratificação de Incentivo à Eficientização do Serviço (GIEFS), prevista na Lei Estadual nº 11.406/94, integra a base de cálculo da gratificação natalina e do adicional de férias do servidor público estadual.

Órgão Julgador: 1ª Seção Cível.

Data do Julgamento: 22/02/2017.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 11/07/2017, 18/07/2017 e 25/07/2017.

Referências legislativas:

- Constituição Federal de 1988, art. 7º, VIII;

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, art.31;

- Lei Estadual nº 869, de 5 de julho de 1952, art. 120 e art. 121;

- Lei Estadual nº 9.729, de 5 de dezembro de 1988, art. 6º.

Precedentes:

- Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 1.0000.16.032832-4/000. Acórdão: 07/04/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 07/07/2017;

- Incidente de Uniformização de Jurisprudência 1.0024.10.090327-7/002. Acórdão: 19/06/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 01/07/2013.

Enunciado 36

É inconstitucional a lei de iniciativa do Poder Legislativo que promove a criação de cargos, o aumento da remuneração de servidores públicos e a criação de secretarias e órgãos da administração pública, por violação ao princípio da separação dos poderes, pois a matéria é privativa do Chefe do Poder Executivo.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 09/08/2017.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 07/12/2017, 14/12/2017 e 23/01/2018.

Referências legislativas:

- Constituição Federal de 1988, art. 61, § 1º, II, b, c;

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, art. 66, III, b, c; art. 90, V, XIV; art. 165, § 1º; art. 171, I, f; e art. 173, § 1º.

Precedentes:

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.15.069115-2/000. Acórdão: 08/02/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 24/02/2017;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.15.036695-3/000. Acórdão: 14/12/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 03/02/2017;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.14.055457-7/000. Acórdão: 09/09/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 18/09/2015;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.12.124901-5/000. Acórdão: 26/03/2014. Diário do Judiciário Eletrônico: 15/04/2014;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.11.021651-2/000. Acórdão: 23/01/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 01/02/2013;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.11.006194-2/000. Acórdão: 11/04/2012. Diário do Judiciário Eletrônico: 20/04/2012.

Enunciado 37

O ônus do pagamento dos honorários periciais, na hipótese em que a parte sucumbente seja beneficiária da justiça gratuita, deve ser suportado pelo Estado que tem o dever constitucional de prestar assistência judiciária e gratuita, ainda que não figure como parte no processo.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 09/08/2017.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 07/12/2017, 14/12/2017 e 23/01/2018.

Referências legislativas:

- Constituição Federal de 1988, art. 5º, LXXIV;
- Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), art. 82, § 1º e § 2º; e art. 98, § 1º.

Precedentes:

- Apelação Cível 1.0216.13.000129-2/001. Acórdão: 31/01/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 10/02/2017;
- Apelação Cível 1.0145.14.066668-9/001. Acórdão: 10/11/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 22/11/2016;
- Apelação Cível 1.0145.14.044260-2/001. Acórdão: 23/08/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 30/08/2016;
- Apelação Cível 1.0145.14.052618-0/001. Acórdão: 09/06/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 20/06/2016;
- Apelação Cível 1.0479.14.012938-4/001. Acórdão: 10/03/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 18/03/2016;
- Apelação Cível 1.0024.13.251229-4/001. Acórdão: 16/12/2014. Diário do Judiciário Eletrônico: 23/01/2015;
- Incidente de Uniformização de Jurisprudência 1.0024.09.603796-5/002. Acórdão: 27/02/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 19/07/2013.

Enunciado 38

Na ação declaratória de inexistência de dívida com negativa de relação contratual, pleiteada a tutela de urgência e preenchidos os requisitos do art. 300 do CPC/2015, a parte tem o direito subjetivo processual de concessão da liminar para abstenção ou exclusão do seu nome nos cadastros restritivos de crédito, pelo menos até ao julgamento da causa.

Órgão Julgador: Órgão Especial.

Data do Julgamento: 28/06/2017.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 07/12/2017, 14/12/2017 e 23/01/2018.

Referência legislativa:

- Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), art. 300.

Precedentes:

- Agravo de instrumento cível 1.0000.16.076439-5/001. Acórdão: 02/03/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 03/03/2017;

- Agravo de instrumento cível 1.0000.16.046072-1/001. Acórdão: 14/02/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 23/02/2017;

- Agravo de instrumento cível 1.0000.16.019517-8/001. Acórdão: 02/02/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 08/02/2017;

- Agravo de instrumento cível 1.0479.16.014158-2/001. Acórdão: 25/01/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 31/01/2017;

- Agravo de instrumento cível 1.0481.16.021377-5/001. Acórdão: 22/11/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 07/12/2016;

- Agravo de instrumento cível 1.0702.15.089808-9/001. Acórdão: 16/11/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 23/11/2016;

- Agravo de instrumento cível 1.0472.15.005121-8/002. Acórdão: 02/06/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 10/06/2016;

- Incidente de uniformização de jurisprudência 1.0024.14.224271-8/002. Acórdão: 25/05/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 03/06/2015;

- Agravo de instrumento cível 1.0439.12.011769-2/001. Acórdão: 23/05/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 29/05/2013.

• • •

Apelação - Embargos do devedor - Execução - Duplicata - mercantil não aceita - Prova do recebimento de mercadoria ou serviço - Protesto - Título hábil a sustentar procedimento de execução - Embargos de declaração de natureza protelatória - Merecida condenação ao pagamento de multa.

- A duplicata é título eminentemente causal, ou seja, sua emissão válida pressupõe a existência de anterior relação jurídica entre as partes, seja em razão de uma venda mercantil, seja em virtude de uma prestação de serviços, relação representada por regular fatura.

- Nos termos do art. 15, inc. II, alíneas *a*, *b* e *c*, da Lei 5.474/68, a execução de duplicata não aceita deve vir acompanhada de protesto e comprovante de recebimento de mercadorias ou serviços, sem os quais não serve para sustentar procedimento executório.

- Merecida a condenação por litigância de má-fé ao opor embargos de declaração protelatórios, não havendo nenhuma causa que os justifique, mas apenas a busca pela reforma da sentença mediante meio impróprio para tanto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.15.000288-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Calçados Condor Ltda. - Apelados: Vulcabrás Azaleia-SE; Calçados e Artigos Esportivos S/A. e outros, Vulcabras Nordeste S/A., Vulcabras Azaleia-BA Calçados e Artigos Esportivos S/A. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2017. - *Mota e Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOTA E SILVA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Calçados Condor Ltda., em face da sentença de f. 287/290v., integrada pela decisão de f. 296/297, ambas proferidas pelo Juiz a quo, Sérgio Murilo Pacelli, que julgou improcedentes os embargos à execução ajuizados em face de Vulcabras Azaleia-CE Calçados e Artigos Esportivos S/A., Vulcabras Azaleia-SE Calçados e Artigos Esportivos S/A., e de Vulcabras-BA Calçados e Artigos Esportivos S/A., determinando o prosseguimento da execução.

Condenou a embargante ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Em sede de Embargos de Declaração, reconhecendo a sua natureza meramente protelatória, condenou Calçados Condor Ltda. ao pagamento de multa de 2% sobre o valor atualizado da causa.

Inconformada, Calçados Condor Ltda. alega que a perícia apontou que os comprovantes de entrega das mercadorias foram assinados e datados, mas sem identificação do nome e identidade do recebedor - quesito 5, à f. 228.

Acrescenta que nem todas as duplicatas foram juntadas, pugnando pela extinção da execução diante da falta de documento essencial à propositura da ação.

Diz que os títulos são inexigíveis, visto que sem aceite, além de os comprovantes de transporte não corresponderem às notas fiscais e de não haver notificações prévias dos apontamentos de protestos.

Opõe-se, ainda, à condenação ao pagamento de multa por Embargos de Declaração protelatórios, uma vez que a oposição se deu em razão de contradição existente no julgado. Aduz, que o importe é desproporcional, devendo ser extirpada a condenação - f. 299/309.

Preparo às f. 310/311.

Contrarrazões às f. 312/323, sem preliminares e, no mérito, pelo não provimento.

É o breve relato. Passo a decidir.

Calçados Condor Ltda., ajuizou embargos à execução em face de Vulcabras Azaleia-CE Calçados e Artigos Esportivos S/A., Vulcabras Azaleia-SE Calçados e Artigos Esportivos S/A., e de Vulcabras-BA Calçados Esportivos S/A., opondo-se à execução ao argumento de que as duplicatas não foram juntadas aos autos, além da inexigibilidade dos títulos, porque não dotados de liquidez e certeza, além do excesso de execução.

A legislação pátria abriga duas espécies de duplicatas: mercantil e de prestação de serviços (Lei 5.478/68, art. 1º e 20, respectivamente).

A duplicata é título eminentemente causal, ou seja, sua emissão válida pressupõe a existência de anterior relação jurídica entre as partes, seja em razão de uma venda mercantil, seja em virtude de uma prestação de serviços, relação representada por regular fatura.

Corolário lógico, destarte, é que a emissão de uma duplicata sem a existência dessa anterior relação mercantil, ou de prestação de serviços, transfigura-se em ato ilícito.

Com efeito, para que sejam hábeis a instruir processo de execução, deve ser observado o disposto no art. 15, inc. II, alíneas a, b e c, da Lei 5.474/68, in verbis:

Art. 15. A cobrança judicial de duplicada ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

[...]

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:

- a) haja sido protestada;
- b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e
- c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho, em seu *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 464, assim dispõe:

[...] se o sacado restitui ao sacador a duplicata assinada, basta esse documento para o ingresso da execução. Se o sacado a devolveu sem a assinatura, a execução depende de 3 documentos: a duplicata, o instrumento de protesto e o comprovante de recebimento das mercadorias. Se reteve a duplicata, e o sacador optou pela emissão da triplicata, a execução depende das mesmas condições, isto é, da exibição da triplicata, do instrumento do seu protesto e da prova do recebimento das mercadorias.

No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ:

Execução. Duplicata. Via eleita admissível. Constitui título líquido, certo e exigível, apto a embasar a execução, a duplicata sem aceite, quando cumulativamente houver protesto e documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria. Precedentes do STJ. Recurso Especial não conhecido. (REsp 48618/ES - Recurso Especial 1994/0015010-5, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, j. em 29/06/1994, p. DJ de 5/9/1994, p. 23.111).

Processual civil. Execução. Duplicata não aceita. Título executivo. Requisitos existentes. Lei n. 6.458, Art. 15, II, A e B. I - Consoante a doutrina e jurisprudência, constitui título líquido, certo e exigível, para instruir a execução, a duplicata sem aceite, quando, cumulativamente, houver protesto e documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria. II - Precedentes do STJ. III - Recurso não conhecido (REsp 30700/TO - Recurso Especial 1992/0033128-9, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, j. em 2/3/1993, p. DJ de 5/4/1993, p. 5.838).

No caso dos autos, a inicial da execução foi instruída com duplicatas não aceitas, conforme cópias juntadas às f. 156v/171. Ressalto que as duplicatas foram juntadas aos autos da ação de execução, mas estão custodiadas em cofre da secretaria, conforme certidão de f. 116v, dos autos em apenso.

A execução trouxe, ainda, as notas fiscais, os comprovantes de entrega das mercadorias e os protestos com as correspondentes notificações - f. 27/107v., dos autos em apenso.

Em que pese a parte recorrente alegar que nem todas as duplicatas foram juntadas, não aponta qual nota fiscal está sem a duplicata correspondente.

Acrescento que a parte recorrente não nega a relação comercial e nem o recebimento das mercadorias e, embora sustente não haver a identificação de quem assinou os recibos das mercadorias, depreende-se que essas foram entregues no endereço da embargante, exatamente como informado na inicial.

Nesse sentido julgou o TJMG:

Civil e comercial. Apelação. Ação declaratória de inexigibilidade de título c/c cancelamento de protesto. Duplicata mercantil sem aceite, acompanhada de nota fiscal e de comprovante de entrega de mercadoria.

Comprovação suficiente do negócio. Teoria da aparência. Aplicabilidade. A certeza do título de crédito decorre da sua perfeição formal em face da lei e da ausência de reservas à sua plena eficácia. Duplicata, ainda que sem aceite, mas amparada em nota fiscal de venda de mercadoria e acompanhada do comprovante de entrega no exato endereço do destinatário, é título líquido e certo, podendo ser exigido o pagamento por credores, conforme art. 15, II, alíneas “a” e “b” da Lei 5.474/68. Admite-se como válido o comprovante de entrega de mercadoria, entregue no exato endereço do comprador e devidamente assinado, em face da Teoria da Aparência. Não se revela abusivo o apontamento ao protesto, por falta de pagamento, de duplicata acompanhada de causa debendi comprovada, emitida sem vício (TJMG - 17ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0024.04.512893-1/001 – Rel.^a Des.^a Márcia De Paoli Balbino - j. em 11/5/2006).

Ação de cobrança-mercadoria entregue no exato endereço do comprador. Conhecimento de transporte assinado por pessoa que se encontrava no estabelecimento comercial- teoria da aparência- pedido procedente. - Pela teoria da aparência, não importa quem assinou o comprovante de entrega de mercadoria se esta foi destinada ao endereço correto do destinatário, não estando a apelada obrigada a identificar as pessoas que a apelante mantém no estabelecimento, como autorizadas ao recebimento de mercadorias. Sendo a mercadoria entregue no exato endereço da apelante, certo é que somente esta é responsável pela atitude das pessoas que estejam no interior do estabelecimento, tendo culpa *in vigilando* pela ação do recebedor de mercadorias em nome dela, cujo fato eventualmente irregular, é inoponível ao fornecedor. Inexistência de carimbo da apelante nos canhotos das notas fiscais ou nos conhecimentos de transporte não altera essa conclusão, pois não é o carimbo que obriga a apelante, mas sim o efetivo recebimento da mercadoria (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.448310-3/000, Relatora Des.^a Márcia De Paoli Balbino, j. em 7/5/2004, p. em 17/6/2004).

Por fim, o laudo pericial conclui que “foram juntadas todas as notas fiscais e comprovantes de entrega das mercadorias” e que “os títulos encontram-se vencidos e foram levados a protesto” - f. 227.

O laudo conclui, ainda, que a dívida da executada é exatamente o valor apontado na inicial da ação de execução: R\$37.237,33 (f. 246 e f. 8 dos autos em apenso).

Desta forma, provado o negócio entre as partes, o recebimento das mercadorias no endereço da embargante, e, sendo incontroverso o protesto, as duplicatas são hábeis a sustentar o processo de execução, não havendo que se falar em nulidade da execução por ausência de títulos; ou de aceite ou de apresentação para tanto; ou de protesto ou notificação prévia ao protesto.

Quanto à condenação por litigância de má-fé ao opor embargos de declaração protelatórios, depreende-se que realmente esta é a sua natureza.

O recurso oposto às f. 292/294 diz que a perícia apontou que os comprovantes de entrega das mercadorias foram assinados e datados, porém, sem identificação do nome e a identidade do recebedor. Em sendo assim, conclui estar descaracterizada a exigibilidade e a certeza do título, pugnando pela apreciação da contradição.

Contudo, a sentença já havia tratado da referida matéria, especialmente à f. 288v., ao entender que cabia à embargante a prova da alegação de que as assinaturas nos rodapés das notas fiscais não partiram de seus funcionários. E acrescenta que a entrega se deu no endereço da embargante e consta o carimbo da própria pessoa jurídica no campo “recebimento”.

Portanto, não se vislumbra nenhuma contradição, mas apenas a busca pela reforma da sentença, mediante meio impróprio para tanto. Merecida, portanto, a pena imposta, e no limite legal do art. 1.026, § 2º, do CPC.

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, nego provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a bem lançada sentença hostilizada.

Majoro os honorários de sucumbência para 15% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC.

Votaram de acordo com o relator os Desembargadores ARNALDO MACIEL e JOÃO CANCIO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de cobrança - Direitos autorais - Lei nº 9.610/98 - Contrato de licenciamento de reprodução de fonogramas e videofonogramas em máquinas digitais (Jukebox) - Não comprovação de consentimento - Cobrança indevida - Sentença mantida

- A Lei nº 9.610/98 dispõe acerca da legislação dos direitos autorais, garantindo ao titular da obra disponibilizar sua reprodução na forma e pelo tempo que desejar, podendo cobrar ou não pelo serviço.

- Inexistindo prova nos autos acerca da comprovação de que a parte requerida/apelada anuiu com o contrato de licenciamento de reprodução de fonograma e videofonogramas das máquinas que lhe foram transferidas, não há que se falar em condenação dos valores cobrados, até mesmo porque sequer restou demonstrada a utilização de tais máquinas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0411.15.000341-5/001 - Comarca de Matozinhos - Apelante: ABLF Associação Brasileira de Licenciamento Fonográfico - Apelado: SJ Diversões Eletrônicas - Relatora: DES.^a SHIRLEY FENZI BERTÃO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2017. - *Shirley Fenzi Bertão* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a SHIRLEY FENZI BERTÃO - Trata-se de recurso de apelação interposto pela ABLF - Associação Brasileira de Licenciamento Fonográfico contra a r. sentença de f. 99/101, proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Matozinhos/MG que, nos autos da “ação ordinária de cobrança” ajuizada pelo recorrente em desfavor da apelada SJ Diversões Eletrônicas, julgou improcedente o pedido inicial, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC/2015.

No mesmo ato sentencial, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões recursais acostadas às f. 103/112, a autora, ora apelante, em síntese, assevera que, tendo sido devidamente comprovado que a requerida adquiriu as máquinas de músicas digitais junto à empresa que possuía contrato de licenciamento com a requerente, não há que se falar que a cobrança da dívida é indevida, sob o argumento de que não anuiu com os termos do contrato de licenciamento, o que afastaria a sua responsabilidade.

Aduz que a empresa JM Music Ltda. apenas repassou o direito de propriedade do bem móvel para a requerida (365 máquinas), conforme “termo de transferência e entrega de máquina de música digital” de f. 29/30, subsistindo, contudo, as obrigações decorrentes do conteúdo fonográfico reproduzido nelas.

Pondera que toda e qualquer utilização da obra depende de prévia e necessária autorização da requerente, inclusive, quanto à reprodução, não podendo a requerida se eximir de obrigação legal, em razão da não materialização da obrigação, por meio de contrato.

Pondera que “sempre existiu o direito de se pagar pelo conteúdo fonográfico reproduzido nelas” e que “é sabido que quem reproduz, com intuito de lucro, obra alheia terá de pagar direito autoral e, neste caso, pela reprodução digital”.

Ressalta que “a apelante está a perseguir neste feito a justa remuneração pelos direitos de reprodução e armazenamento que lhe são garantidos por lei. No caso de utilização sem autorização prévia via licenciamento, como confessadamente fez a apelada por anos, como se demonstrará, deve a mesma pagar pelas reproduções que fez pelos preços que a apelante entender devidos, ainda que sem licenciamento prévio ou contrato formal”.

Cita os art. 29 e 30 da Lei nº 9.610/98, com o escopo de corroborar suas alegações, enfatizando, a todo momento, a obrigação da requerida em pagar os valores advindos das “músicas reproduzidas e armazenadas digitalmente em suas máquinas sem o devido licenciamento”.

Registra que a requerida é atuante no mercado, conforme consta nas f. 22/27, todavia, nunca cumpriu com seu dever de pagar o direito autoral pela reprodução digital dos fonogramas de suas máquinas *Jukebox*.

Por fim, alega que pretende, com a presente ação, apenas cobrar o que lhe é devido, não podendo a preexistência de um contrato prevalecer sobre obrigações que decorrem da lei.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do presente recurso, a fim de que seja reformada a r. sentença combatida e julgado procedente o pedido inicial.

Preparo devidamente comprovado, f. 113/114.

Nas contrarrazões recursais acostadas às f. 118/119, a requerida, ora apelada, em suma, pugna pelo desprovimento do recurso de apelação interposto pela parte autora, conseqüentemente, pela manutenção da r. sentença combatida.

É o relatório.

Primeiramente, esclareço que a análise da controvérsia recursal será feita de acordo com as regras do novo Código de Processo Civil, tendo em vista que a legislação processual que rege os recursos é aquela da data do registro da decisão em cartório, a qual ocorreu no dia 20 de fevereiro de 2017, f. 102.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Depreende-se dos autos que a autora, ora apelante, ingressou com a presente ação, objetivando o pagamento de valores a título de licença de reprodução de conteúdo fonográfico e/ou videofonográfico de 365 máquinas, as quais foram transferidas pela empresa JM Music Ltda. para a requerida/apelada.

Consta da inicial que a requerente é uma associação criada pelos produtores fonográficos (gravadoras) para administrar, receber e distribuir os direitos autorais para seus associados, pela reprodução e/ou armazenamento de seus fonogramas, com ou sem imagens.

Relatou que possui contrato de licenciamento com a empresa JM Music Ltda., de propriedade do Sr. Gilson, e que, até a data 10/9/2014, possuía contrato com a mesma, no qual havia a previsão de concessão de licença para reprodução de conteúdo fonográfico para a quantidade de 510 (quinhentas e dez) máquinas.

Alegou que, no dia 10/9/2014, o Sr. Gilson encaminhou *e-mail* informando e solicitando a redução da quantidade de licenças, pois teria vendido a quantidade de 365 (trezentos e sessenta e cinco) máquinas para a requerida.

Sustentou que, diante de tal situação, solicitou que o Sr. Gilson e a requerida/apelada preenchessem termo de transferência para que pudesse possibilitar a baixa da quantidade de seus selos e diminuir o valor de suas mensalidades, o que fora feito pelo comprador e vendedor.

Asseverou que, após receber o termo de transferência assinado pelo comprador e vendedor, providenciou o envio, via correio, de um contrato de licenciamento das 365 (trezentos e sessenta e cinco) máquinas para a requerida, contendo neste valores referentes às mensalidades que deveriam ser pagas a título da reprodução do conteúdo musical contido nas máquinas.

Aduz que, para sua surpresa, a requerida/apelada recusou-se a assinar o recebimento da carta que continha o contrato de “licenciamento de reprodução para armazenamento digital de fonogramas e videofonogramas em máquinas *Jukeboxes* digitais”, o que a obrigou a ingressar com a presente ação, no intuito de cobrar as mensalidades referentes às 365 (trezentos e sessenta e cinco) máquinas que lhes foram transferidas pela empresa JM Music Ltda.

Ao final, requereu, em suma, a procedência do pedido inicial, para que a requerida/apelada seja condenada ao pagamento da quantia de R\$74.153,40 (setenta e quatro mil reais cento e cinquenta e três reais e quarenta centavos), conforme demonstrativo de débito, bem como seja obrigada a assinar e reconhecer firma no contrato, em anexo.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação, alegando, em síntese, que apenas celebrou contrato com a empresa JM Music Ltda., para transferência e entrega das máquinas de música digital, inexistindo qualquer tipo de contrato junto à requente/apelante, não havendo que se falar em responsabilidade.

Ressaltou que não anuiu aos termos do contrato de licenciamento juntados às f. 33/40, tanto que o mesmo não está assinado, não subsistindo, portanto, nenhuma responsabilidade pelo pagamento de uma dívida que não contraiu.

Ao final, pugnou pela improcedência dos pedidos iniciais.

Após o regular trâmite da demanda, a il. Sentenciante entendeu por bem julgar improcedente o pedido da inicial, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC/2015.

No mesmo ato sentencial, condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Inconformada, a autora interpôs o presente recurso de apelação.

Cinge-se a presente controvérsia recursal em analisar se são devidas as cobranças dos valores a título de licença de “reprodução para armazenamento digital do repertório dos fonogramas e/ou videofonogramas” das 365 (trezentos e sessenta e cinco) máquinas *Jukebox* que foram adquiridas pela requerida/apelada.

Pois bem.

A Lei nº 9.610/98, que regulamenta a legislação sobre direitos autorais, dispõe acerca da possibilidade do exercício do direito de reprodução da obra ao público, podendo o titular dos direitos autorais cobrar ou não por sua reprodução, *in verbis*:

Art. 30. No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.

§ 1º O direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular.

§ 2º Em qualquer modalidade de reprodução, a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo a quem reproduzir a obra a responsabilidade de manter os registros que permitam ao autor a fiscalização do aproveitamento econômico da exploração.

Desse modo, observa-se que é autorizado à parte titular da obra disponibilizar serviços, mediante pagamento ou não da pessoa interessada.

No caso em apreço, a autora, ora apelante, sustenta ser devido o pagamento de valores a título de licenciamento de reprodução de conteúdo fonográfico das 365 (trezentos e sessenta e cinco) máquinas *Jukebox* que foram transferidas da associada JM Music Ltda. para a requerida/apelada.

Alega, em suas razões recursais, que houve apenas a transferência da propriedade móvel das máquinas, cabendo à requerida/apelada cumprir com a obrigação de pagar pelo conteúdo fonográfico nelas reproduzido, independentemente de assinatura de contrato de licenciamento, pois é uma obrigação decorrente da lei.

Ocorre que, em que pese a argumentação despendida pela autora/apelante, entendo que razão não lhe assiste.

Isso porque não há nos autos nenhum documento que comprove a anuência da parte requerida/apelada em aderir às cláusulas previstas no “Contrato de Licenciamento para Armazenamento Digital de Fonogramas para Máquinas de Músicas Digitais *Jukebox*” juntado às f. 33/41, mas, sim, provas que demonstram que a requerida/apelada não tinha interesse em ajustar a relação negocial, tanto que recusou o recebimento do contrato enviado, f. 31.

Corroborando tal entendimento, destaco que não fora juntado no caderno probatório qualquer documento ou contrato de licenciamento estabelecido entre a associada JM Música Ltda. e a autora/apelante, com o fim de demonstrar quais eram os valores que eram cobrados das 365 (trezentos e sessenta e cinco) máquinas que foram transferidas para a requerida/apelada.

Desse modo, não é possível condenar uma parte a arcar com valores que sequer foram consentidos, ainda mais quando sequer há nos autos a comprovação de que as máquinas que foram adquiridas estavam sendo utilizadas.

Assim, inexistindo nos autos qualquer documento hábil a comprovar que os valores cobrados foram consentidos pela requerida/apelada, ou que, ao menos, as máquinas estavam sendo utilizadas, não há como lhe imputar qualquer tipo de responsabilidade.

Por fim, esclareço que a Lei nº 9.610/98 assegura o direito ao titular da obra em receber valores pela sua reprodução, ocorre que, para tanto, torna-se indispensável a comprovação de que o outro anuiu com tal situação, sob pena de se cometer arbitrariedades de uma parte em detrimento da outra.

Destarte, deve ser mantida a r. sentença combatida, uma vez que a parte autora/apelante não desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 373, inciso II, do CPC/2015.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, devendo ser mantida incólume a r. sentença combatida por seus próprios fundamentos de fato e de direito.

Como consectários, condeno a autora, ora apelante, ao pagamento das custas e dos honorários recursais, os quais majoro para 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11º, do CPC/2015.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ALEXANDRE SANTIAGO e ALBERTO DINIZ JUNIOR.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de anulação de contrato conexa à ação de consignação em pagamento - Negócio imobiliário firmado entre as partes - Atecnia na designação do instrumento contratual - Natureza jurídica de promessa de compra e venda de imóvel - Celebração mediante instrumento particular - Admissibilidade - Vícios de consentimento - Ausência de provas - Recusa ilegítima do credor em receber os pagamentos ofertados pelo devedor - Realização de depósitos que reúnem os requisitos condicionantes da validade do pagamento - Acolhimento da pretensão consignatória

- A despeito de designado “contrato de compra e venda de imóvel”, o negócio jurídico deve ser encarado como mera promessa de compra e venda, se a leitura atenta de suas cláusulas, interpretadas à luz do art. 112 do Código Civil, conduz à segura conclusão de que se trata de contrato preliminar mediante o qual uma das partes (promitente-compradora) se compromete a pagar o preço do imóvel, ao passo que a outra (promitente-vendedora) se obriga a, após o recebimento do que se avençou, outorgar a competente escritura para a transferência da propriedade.

- Tratando-se de compromisso de compra e venda, a norma geral do artigo 108 do Código Civil - que exige a escritura pública como requisito formal indispensável à “validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país” - é afastada por regra especial, extraída do art. 11 do Decreto-Lei 58/1937 e do art. 1.417 do Código Civil, que admite expressamente a celebração do pacto mediante instrumento particular.

- Descabe reconhecer em contrato a presença de defeito decorrente de erro, dolo ou lesão, se a parte que alega esses vícios não se desincumbe do ônus de prová-los.

- Em ação de consignação em pagamento, evidenciada a ilegítima recusa do credor em receber as prestações ofertadas pelo devedor, e constatado que os depósitos realizados por este no curso do processo reúnem os “requisitos sem os quais não é válido o pagamento” (art. 366 do Código Civil), impõe-se o acolhimento do pedido inicial, mediante declaração de validade e eficácia do pagamento das parcelas correspondentes aos depósitos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0604.14.000365-7/001 - Comarca de Santo Antônio do Monte - Apelante: Cirlene Ribeiro Silva Costa - Apelante Adesiva: Eva Ferreira de Freitas - Apeladas: Eva Ferreira de Freitas, Cirlene Ribeiro Silva Costa - Relator: DES. VASCONCELOS LINS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2017. - *Vasconcelos Lins* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VASCONCELOS LINS - Trata-se de apelações principal e adesiva interpostas, respectivamente, por Cirlene Ribeiro da Silva Costa e por Eva Ferreira de Freitas em face da sentença de f. 128/135, que, alterada pelas decisões que acolheram embargos declaratórios (f. 152/159 e f. 215/216), julgou parcialmente procedente o pedido inicial de ação anulatória de negócio jurídico c/c indenização por danos morais e improcedente o pedido autoral formulado em ação conexa de consignação em pagamento, declarando, por vício de forma, a nulidade do contrato de compra e venda de imóvel celebrado entre as partes e, em consequência, condenando a compradora ao pagamento de indenização à vendedora, a título de alugueis, pelo tempo que usufruiu do imóvel, com correção monetária a partir do vencimento de cada mensalidade e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, relegado para a fase de liquidação da sentença o arbitramento do *quantum*, sendo a vendedora, por sua vez, condenada à devolução das parcelas do contrato já adimplidas, com correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, e ao ressarcimento das benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel, assegurado à compradora o levantamento das voluptuárias, desde que isso não traga prejuízos à coisa. Em face da sucumbência recíproca, cada uma das litigantes foi condenada ao pagamento de metade das custas e dos honorários, fixados estes em 10% do valor da causa, incidindo, contudo, a suspensão de exigibilidade dos ônus sucumbenciais em favor de ambas as partes, visto que igualmente amparadas pelos benefícios da gratuidade judiciária.

Nas razões do primeiro apelo (f. 190/199), a apelante, qualificada como compradora no contrato em foco, sustenta, fiando-se nos precedentes jurisprudenciais por ela citados, que o negócio celebrado entre as partes, embora não revestido da forma de instrumento público, não deixa de representar “autêntica manifestação volitiva das partes”, apta a gerar direitos e obrigações de natureza pessoal entre elas. Daí conclui que não é caso de declarar a nulidade do pacto, pelo que pede o provimento do recurso, para que seja julgado improcedente o pedido inicial formulado na ação anulatória e, conseqüentemente, seja acolhido o pedido da ação de consignação em pagamento.

Em contrarrazões (f. 246/250), a parte contrária, rebatendo as alegações articuladas na apelação, manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Na apelação adesiva (f. 218/231), a recorrente, apontada como vendedora no contrato, mostrando-se irresignada com o fato de a sentença não ter reconhecido a presença de vício de consentimento na celebração do negócio, busca nos depoimentos testemunhais subsídios probatórios para sustentar que firmou o contrato em estado de erro, provocado dolosamente pela compradora, pois esta, embora ciente da vontade inequívoca da vendedora em receber as parcelas pendentes de pagamento em poucos meses e em prestações superiores a R\$10.000,00 (dez mil reais), aproveitou-se da confiança e do baixo grau de instrução da contraparte para induzi-la a assinar o instrumento contratual juntado aos autos, que prevê o pagamento de parcelas

de R\$500,00 em 60 (sessenta) meses, sem juros e correção monetária, o que, inclusive, configura o defeito da lesão.

Adiante, a apelante adesiva se bate pelo reconhecimento de danos morais, afirmando que, em decorrência do ardil empregado pela compradora, experimentou o “sentimento de ter sido ludibriada, de poder perder o seu imóvel sem receber o valor justo pelo mesmo, de ter que enfrentar uma ação judicial, dentre outras dores”.

Por essas razões, pede o provimento da apelação, para que seja declarado o alegado vício de consentimento e a parte contrária seja condenada ao pagamento de indenização por danos morais.

Em contrarrazões ao apelo adesivo (f. 245/250), a apelada encadeia argumentos para postular, ao final, o desprovimento do recurso.

É o relatório.

As apelações interpostas satisfazem 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 atendem às condições extrínsecas exigíveis no caso, quais sejam a tempestividade e a regularidade formal, dispensado o preparo em razão da gratuidade judiciária deferida às recorrentes, razão pela qual conheço dos recursos.

O cerne da matéria devolvida ao conhecimento deste órgão recursal concerne à validade do negócio jurídico imobiliário firmado entre as partes, controvertendo estas quanto à existência de defeitos no “contrato de compra e venda de bem imóvel” (f. 31/32) pelo qual a primeira apelante, Cirlene Ribeiro da Silva Costa, na condição de compradora, se obrigou a pagar à apelante adesiva, Eva Ferreira de Freitas, vendedora, o preço de R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) - “sendo R\$15.000,00 de entrada e o restante dividido em 60 (sessenta) parcelas no valor de R\$500,00” - pelo “lote de terreno urbano com área de 825 m² (oitocentos e vinte e cinco metros quadrados), bem como uma casa de residência composta por 06 (seis) cômodos [...] situada na Rua José Belarmino dos Santos, s/n, no Bairro Nova Betânia, neste município de Pedra do Indaiá - MG”.

Em que pese a designação dada ao instrumento contratual - “contrato de compra e venda de bem imóvel” -, própria de um contrato não preliminar, a leitura atenta de suas cláusulas, interpretadas à luz do art. 112 do Código Civil - “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” -, conduz à segura conclusão de que se trata de promessa de compra e venda de imóvel, vale dizer, “contrato preliminar mediante o qual o promitente comprador do imóvel se obriga a pagar o preço e o promitente vendedor, após receber o que se avençou, se compromete a outorgar a escritura hábil à transferência da propriedade” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Direito imobiliário - Teoria e prática*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 131). A cláusula quarta, aludindo à futura outorga da escritura, deixa claro que, a rigor, o objeto do negócio não é a compra e venda do imóvel, mas a futura conclusão do contrato de compra e venda, por meio de escritura pública.

Tratando-se de compromisso de compra e venda, a norma geral do art. 108 do Código Civil - segundo a qual a escritura pública constitui requisito formal indispensável à “validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país” - é afastada por regra especial, extraída do art. 11 do Decreto-Lei 58/1937 e do art. 1.417 do Código Civil, que admite expressamente a celebração do pacto mediante instrumento particular. Doutrina e jurisprudência não divergem a esse respeito:

Mais uma vez o Decreto-Lei 58/1937 estabelece regra especial para o compromisso de compra e venda, permitindo sua celebração por instrumento público ou particular. Essa permissão está presente no art. 1.417 do atual Código Civil. A desnecessidade da formalidade da escritura pública agiliza a formação do contrato. Ainda que o art. 108 do Código Civil contenha determinação expressa da necessidade de escritura pública para constituição de direitos reais imobiliários com valor acima de trinta salários mínimos, prevalecem os dispositivos ora mencionados em razão do princípio da especialidade. Assim, é necessária a escritura pública, nos termos do art. 108, para constituição de direitos reais imobiliários, mas não é necessária no caso de promessa de compra e venda, que, mesmo utilizando o instrumento particular, poderá ser registrada com a atribuição de direito real de aquisição (Código Civil, arts. 1.225, VII, e 1.417).” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Direito Imobiliário - Teoria e Prática*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 133).

Esta Corte Superior reconhece como justo título, hábil a demonstrar a posse, o instrumento particular de compromisso de compra e venda, ainda que desprovido de registro. A promessa de compra e venda gera efeitos obrigacionais, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público (AgInt no REsp 1325509/PE, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 15/12/2016, *DJe* de 6/2/2017).

Forçoso concluir, desse modo, na contramão da sentença recorrida, que, ao celebrarem o contrato em apreço mediante instrumento particular, as partes adotaram forma não defesa em lei, razão pela qual não há falar em invalidade do negócio por violação do art. 104, III, do Código Civil.

Tampouco é caso de reconhecer no contrato defeito decorrente de erro, dolo ou lesão, visto que a apelante adesiva (promissária-vendedora), que alega a presença desses vícios de consentimento, não se desincumbiu do ônus de prová-los.

Os depoimentos das testemunhas arroladas pela apelante adesiva, reduzidos a escrito em f. 163 e 166 dos autos apensos (0031916-95.2013.8.13.0604), são por demais imprecisos e vagos para alicerçar a alegação de que ela, promissária-vendedora, ao assinar o instrumento contratual, agiu sob a crença, incutida ardilosamente pela promitente-compradora, de que receberia o restante do preço em duas parcelas de R\$15.000,00 (quinze mil reais) - e não na forma expressamente prevista no contrato, vale dizer, em 60 (sessenta) parcelas de R\$500,00 (quinhentos reais). De fato, a testemunha Angelita Mirian de Oliveira, embora dizendo que o valor atribuído a cada parcela era “razoável para que o pagamento fosse feito mais rápido”, afirma “não se lembrar do valor da parcela e nem a quantidade delas”, acrescentando que “não tem certeza” do prazo de pagamento (f. 163). Semelhantemente, a testemunha Ernaldo José de Oliveira afirma ignorar o “valor das parcelas” e a “quantidade de meses” (f. 166).

Por outro lado, as testemunhas da promitente-compradora, mais assertivas, ecoam a versão de que as partes ajustaram o pagamento em 60 (sessenta) parcelas de R\$500,00 (quinhentos reais), exatamente como prevê o instrumento contratual - f. 164/165.

Fica claro, assim, que o conjunto dos depoimentos testemunhais não se presta a autorizar a anulação do contrato retratado pelo instrumento de f. 31/32, cuja observância se impõe em face do princípio da obrigatoriedade contratual.

Em situações similares à dos autos, diante da falta de provas dos vícios de consentimento alegados pela parte, a jurisprudência não tem vacilado em rechaçar a pretensão de invalidação do contrato, como se vê das seguintes ementas:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Preliminares. Nulidade e *error in procedendo*. Rejeição. Negócio jurídico. Vício de consentimento. Coação. Não demonstração. Quitação do débito comprovada. [...]. Para a anulabilidade de negócio jurídico, exige-se a presença de vícios do ato jurídico, como o erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Tais vícios constituem exceção e devem ser cabalmente demonstrados para que se proceda à anulação do respectivo ato jurídico. Não tendo o autor desincumbido de fazer prova do fato constitutivo de seu direito, ônus que lhe recaía, não tem como prosperar sua pretensão. [...]. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0148.08.060941-2/003, Rel.ª Des.ª Mônica Libânio, 15ª Câmara Cível, j. em 23/5/2017, p. em 9/6/2017).

Apelação cível. Ação ordinária. Inexistência de débito. Declaração de nulidade de contrato de empréstimo consignado. Incapacidade. Interdição decretada posteriormente à assinatura do contrato. Efeitos *ex nunc*. Retroatividade dos efeitos. Possibilidade. Ônus da prova. 1. [...]. 2. Incumbe ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, especialmente no tocante à comprovação de ocorrência de vício de vontade. 3. Não demonstrada a efetiva existência de vício sustentado pelo autor por meio de prova hábil, a improcedência do pedido de declaração de inexistência de débito *c/c* nulidade do contrato e reparação por danos morais é medida que se impõe (TJMG, Apelação Cível nº 1.0287.13.011152-2/002, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 7/6/2017, p. em 13/6/2017).

Superados, desse modo, os argumentos com que a apelante adesiva argui a invalidade do contrato e, por conseguinte, alcançada a conclusão de que devem ser observados o prazo e a forma de pagamento expressamente previstos no instrumento contratual, conclui-se que é ilegítima a resistência da promitente-vendedora, manifestada na contestação à ação consignatória (f. 46/66 dos autos apensos), em receber mensalmente as parcelas de R\$500,00 (quinhentos reais) oferecidas pela promitente-compradora (autora da ação de consignação). Vê-se atendido, destarte, o pressuposto da consignação previsto no inciso I do art. 335 do Código Civil: “se o credor [...], sem justa causa, recusar receber o pagamento”.

Considerando que os sucessivos depósitos realizados pela promitente-compradora reúnem, em relação “às pessoas, ao objeto, modo e tempo”, os “requisitos sem os quais não é válido o pagamento” (art. 336, CC), impõe-se o acolhimento do pedido formulado na ação consignatória. Oportuna, a propósito, a citação de precedente deste TJMG:

Apelação cível. Ação de consignação em pagamento. Requisitos presentes. Depósito de valor principal acrescido dos encargos da mora. Alegação de insuficiência. Inocorrência. Sucumbenciais. Parte vencida. Há que se admitir a ação de consignação em pagamento, tendo em vista que ficou demonstrada a recusa do requerido, ora apelante, em receber os valores consignados, assim como ficou demonstrado que o valor indicado pela autora, ora apelada é realmente o valor devido. Nas ações de consignação em pagamento, somente se considera, para efeito de quitação, o depósito da parcela no valor integral, inclusive com os acréscimos devidos em virtude de eventual atraso no pagamento. Efetuado o depósito nos moldes, inclusive com os acréscimos decorrentes da mora, cabe à ré a prova de que a consignação foi feita em valor insuficiente. É cediço que a lei que trata da consignação em pagamento, nos termos do artigo 897 do CPC, imputa ao credor, mesmo nos casos em que ele recebe o valor consignado e concede quitação, os ônus sucumbenciais. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0525.14.020126-6/002, Rel. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 2/2/2017, p. em 10/2/2017).

Dispositivo.

Por todo o exposto, dou provimento ao primeiro recurso e nego provimento à apelação adesiva, para julgar improcedentes os pedidos formulados na ação de anulação de negócio jurídico *c/c* danos morais e, por

outro lado, julgar procedente o pedido formulado na conexa ação de consignação em pagamento, declarando válidos e eficazes os pagamentos das parcelas correspondentes aos depósitos efetuados no processo.

Descaracterizado o quadro de sucumbência recíproca configurado em primeira instância, já que, com o provimento do recurso da primeira apelante, resultou total a derrota experimentada pela apelante adesiva tanto na ação anulatória quanto na consignatória, passa a competir somente à segunda o pagamento das custas, inclusive as recursais, e os honorários sucumbenciais, que fixo em 12% dos valores das causas, já embutido nesse percentual o acréscimo devido em razão da sucumbência recursal (§§ 11 e 2º do art. 85 do CPC/2015). Fica suspensa, contudo, a exigibilidade dos ônus sucumbenciais, em razão da gratuidade de justiça que ampara a vencida (art. 98, § 3º, CPC/15).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOTA E SILVA e ARNALDO MACIEL.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO ADESIVA.

• • •

Apelação cível - Ausência de pagamento do preparo - Não conhecimento do primeiro recurso - Licitação - Obra pública - Contratação apenas de mão de obra - Fornecimento de materiais pela municipalidade - Responsabilidade técnica pela má qualidade da obra - Dever de reparar - Responsabilidade subjetiva da contratada - Ausência de comprovação de dolo ou culpa - Honorários advocatícios - Art. 85 do CPC

- Intimado o recorrente para efetuar o pagamento do preparo, e tendo o prazo dado para regularização deste pressuposto de admissibilidade transcorrido *in albis*, imperioso se mostra o não conhecimento do recurso.

- No contrato de fornecimento de mão-de-obra, a responsabilidade técnica pela execução da obra e o dever de fiscalização ficam a cargo do Município, avaliando inclusive o material empregado.

- A responsabilidade da contratada é subjetiva, não tendo o Município demonstrado o dolo ou a culpa da mão-de-obra, a ensejar sua responsabilização pelos defeitos e vícios decorrentes da ausência de projeto e utilização de materiais de qualidade.

- Os honorários advocatícios devem observar o que dispõe o art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0069.14.000371-1/002 - Comarca de Bicas - 1º Apelante: Construtora Souza Guerra Ltda. - 2º Apelante: Município de Bicas - Apelados: Construtora Souza Guerra Ltda., Município de Bicas - 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 NÃO CONHECER DO PRIMEIRO RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2018. - *Jair Varão* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAIR VARÃO - Trata-se de dois recursos de apelação contra a sentença de f. 247/250, da lavra do MM. Juiz da Vara Única da Comarca de Bicas, que, nos autos da ação ordinária proposta pelo Município de Bicas em desfavor de Construtora Souza Guerra Ltda., julgou improcedentes os pedidos.

Recorre a Construtora Souza Guerra Ltda. às f. 252/255, alegando, em apertada síntese, que os honorários advocatícios devem ser majorados, devendo ser fixados em 20% sobre o valor atualizado da causa. Pede a reforma da sentença neste mister.

O Município de Bicas, por sua vez, apresentou razões de apelação às f. 264/270, aduzindo, em suma, que contratou a ré para a construção de uma ponte vicinal de concreto armado, e que tal obra apresentou defeitos, tendo sido interditada. Credita ao empreiteiro da obra a responsabilidade pelos vícios da construção, ainda

que tenha fornecido apenas a mão-de-obra. Assevera que seria obrigação da construtora refutar materiais de qualidade incompatível com a obra. Pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 273/275 pela ré, em óbvias infirmações.

Desnecessária a intervenção da d. PGJ.

I - Juízo de admissibilidade.

Insta observar, *ab initio*, que o primeiro recurso sequer ultrapassa a barreira de seu conhecimento.

O art. 1.007 do CPC dispõe que, no ato da interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

Constatada a ausência de pagamento de preparo, foi determinado ao recorrente que este realizasse o recolhimento, em dobro, do preparo relativo ao seu recurso, inclusive porte de remessa e de retorno, no prazo de cinco dias, sob pena de não conhecimento do recurso (f. 281).

O prazo fixado para apresentação do pagamento do preparo transcorreu sem nenhuma manifestação do apelante, conforme certidão à f. 283.

A inexistência de comprovação do preparo impede, pois, o conhecimento e processamento do presente recurso.

Ante o exposto, não conheço do primeiro recurso, com fulcro no art. 932, inciso III, do CPC, porquanto ausente requisito extrínseco de admissibilidade, sendo manifestamente inadmissível, em face de sua deserção.

No que tange ao segundo recurso interposto, conheço deste, porquanto presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

II - Do segundo recurso.

Em razão de prejudicialidade, passo, inicialmente, à análise do recurso apresentado pelo Município de Bicas.

Cinge-se a controvérsia da questão em se aferir a responsabilidade da ré pelos vícios na construção de ponte vicinal de concreto armado, na qual houve o fornecimento do material de construção pelo próprio Município.

Da leitura dos autos, extrai-se que o Município realizou procedimento licitatório visando construir tal ponte na estrada rural que liga o Município de Bicas ao Distrito de Carlos Alves, tendo, ao final, contratado a empresa Construtora Souza Guerra Bicas Ltda. para realizar o serviço.

Após analisar o processo licitatório, constante às f. 17/38, observa-se que o objeto da licitação “é a realização de contratação de mão de obras (*sic*) especializada para construção de uma ponte do tipo vicinal de concreto armado (...)”, conforme item 1.1 (f. 17).

Além disso, de acordo com o Anexo 1 (f. 26), a empresa contratada se obrigava a prestar serviços de contenção, armar a laje, lançar concreto e realizar serviço de máquina e acabamento final.

Ora, consoante se observa do procedimento licitatório, cabia à empresa apenas fornecer mão-de-obra para a construção da ponte, não havendo qualquer previsão concernente ao fornecimento de projetos ou de materiais necessários à conclusão da empreitada.

Neste sentido, faz-se necessário ressaltar o disposto no art. 610, *caput*, e § 1º, do Código Civil:

Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.

§ 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

A respeito do caso em tela, tendo em vista que fora convencionado entre as partes apenas o fornecimento de mão-de-obra, tem-se que a obrigação de fornecer os materiais não se presume, uma vez que não fora prevista no contrato.

Esclarecido tal ponto, imprescindível verificar se os danos na ponte resultaram da má prestação do serviço realizado pela construtora.

Pois bem.

O Município de Bicas elaborou um relatório técnico relativo à estabilidade da ponte de acesso a Carlos Alves, tendo sido juntado às f. 117/121. De acordo com o referido laudo, “ficou constatado que a ponte se encontra com um buraco em sua laje, observando que o concreto se desfaz com muita facilidade [...]”.

O engenheiro responsável pelo relatório apontou quatro possíveis causas de deterioração da ponte, sendo elas a ausência de projeto; estrutura sub-armada; flecha durante a concretagem; e traço de concreto.

Uma das hipóteses trazidas acima (traço de concreto) diz respeito à má qualidade do material utilizado. Todavia, relevante frisar novamente que não incumbia à empresa contratada fornecer ou ainda verificar se os materiais utilizados eram de boa qualidade, uma vez que o edital de licitação não previa tal obrigação.

Já as outras possíveis causas referem-se ao projeto e aos cálculos, os quais deveriam ter sido providenciados antes da execução da obra.

A respeito de tal tema, afirma o renomado jurista Carvalho Filho que as condições básicas de contratação de serviços preveem “necessidade de prévia programação através do projeto básico e do projeto executivo, devidamente chancelados pela autoridade competente” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016).

Desta forma, conclui-se que os projetos de engenharia deveriam ter sido apresentados pelo Município antes da construção da ponte, de modo que sua ausência não se relaciona aos serviços contratados da empresa.

Neste ponto, frisa-se que a responsabilidade técnica ficou a cargo da municipalidade, que, inclusive, deveria ter fiscalizado a execução da construção da ponte corretamente, avaliando as condições do material empregado e disponibilizado à contratada. Tal omissão gera, inclusive, responsabilidade dos administradores pela ausência de trato da coisa pública, já que vertida verba pública, sem que houvesse regular e válida verificação de execução da obra, apta a amparar qualquer desarranjo de ordem técnica que pudesse causar dano ao Erário.

Faz-se necessário esclarecer que, embora o relatório técnico seja um documento unilateral, este fora produzido por profissional do quadro de funcionários do próprio Município, parte lesada *in casu*, de modo a ensejar confiabilidade. Melhor seria, todavia, a produção de prova pericial, sob crivo do contraditório, a qual não foi requerida pela parte.

Assim, não há que se falar na aplicação do art. 69 da Lei 8.666/93, o qual determina que:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados.

Ora, tendo em vista que a deterioração da ponte não se deu em virtude de possíveis vícios na execução da construção, não há que se falar em obrigação da empresa de reparar os danos existentes.

Da mesma forma, não vejo como se aplicar a responsabilidade subjetiva inserta no art. 70, do mesmo diploma legal, que preceitua:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

Isso porque, no caso dos autos, não houve, ainda, a demonstração da culpa ou dolo da contratada na execução e fornecimento de mão-de-obra, a ensejar sua responsabilidade pelos defeitos e vícios decorrentes da ausência de projeto e utilização de materiais de qualidade, a cargo da municipalidade.

Neste sentido, pertinente salientar o art. 612 do Código Civil, que dispõe o seguinte: “Art. 612. Se o empreiteiro só forneceu mão-de-obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono”.

Sendo assim, diante das diversas hipóteses possíveis de deterioração da obra, e do laudo unilateralmente produzido pelo próprio Município, não verifico a responsabilidade da empresa prestadora de serviço.

III - Dispositivo.

Isso posto, deixo de conhecer do primeiro recurso e nego provimento ao segundo recurso.

Custas recursais meio a meio, observada a isenção quanto à Fazenda Pública.

Votaram de acordo com o Relator o JUIZ DE DIREITO CONVOCADO ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO e a DESEMBARGADORA ALBERGARIA COSTA.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

• • •

Previdenciário - Pensão por morte de ex-servidora - Inclusão como beneficiário - Fato gerador - Data do óbito - Requerimento administrativo - Negativa - Termo inicial da prescrição - Filho menor de idade - Dependência econômica - Recurso parcialmente provido

- É imprescritível o benefício de pensão por morte, salvo quando houver requerimento administrativo, quando tem início o prazo quinquenal a partir da negativa da Administração Pública.

- Não corre a prescrição em relação ao menor absolutamente incapaz, apenas quando alcança os 16 (dezesesseis) anos de idade.

- Demonstrado o vínculo de dependência econômica entre a ex-segurada e o autor, menor de idade, deve a pretensão em relação a ele ser acolhida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0556.13.000482-4/001 - Comarca de Rio Pardo de Minas - Apelantes: José Campos Pereira, José Soares Pereira e outro - Apelado: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg - Relator: DES. EDILSON 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2017. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a sentença proferida nos autos da Ação Ordinária ajuizada por José Soares Pereira e José Campos Pereira contra o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, que, reconhecendo hipótese de prescrição, julgou extinto o processo com resolução de mérito (art. 487, II, do CPC) e condenou os autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fiados em R\$800,00, ficando suspensa a exigibilidade em virtude da concessão da gratuidade judiciária (f. 112/113).

Os apelantes defendem a não ocorrência da prescrição, pois, na data do ajuizamento da ação, o polo ativo era composto pelo cônjuge da falecida e pelo seu filho, menor de idade na época e que tinha apenas nove anos na data do requerimento administrativo. Afirmam que não corre a prescrição contra incapazes e que a obrigação de pagar o benefício de pensão por morte constitui relação jurídica de trato sucessivo. Sustentam que o cônjuge ou companheiro e o filho menor de vinte e um anos de idade dependentes da ex-segurada têm direito à pensão por morte, cujo benefício deve ter valor igual ao dos vencimentos que o *de cujus* auferia na data do seu falecimento. Requer o provimento do recurso com conseqüente reforma da sentença (f. 114/126).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A controvérsia a ser apreciada pela Instância Revisora consiste em decidir se a pretensão dos apelantes de obrigar o Ipsemg a pagar-lhes o benefício de pensão por morte está ou não prescrita.

Consta dos autos que a esposa e mãe dos apelantes faleceu no dia 12/9/2005 (f. 23), e o pedido administrativo para a percepção do benefício previdenciário foi indeferido em 25/10/2005 (f. 28).

A Lei Complementar nº 64/2002 dispõe que não prescreve o direito ao benefício previdenciário nela previsto, mas prescreverão no prazo de cinco anos, contados da data em que forem devidos, os pagamentos mensais ou de prestação única não reclamados, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes (art. 43).

De acordo com a norma de regência, a pensão por morte pode ser requerida a qualquer tempo, pouco importando que o falecimento da ex-segurada tenha ocorrido em 12/9/2005 e a presente ação ajuizada somente em 18/3/2013 (f. 02v).

Todavia, caso o benefício tenha sido requerido e negado pela Administração, o beneficiário deverá observar o prazo de cinco anos para pleiteá-lo em juízo, conforme jurisprudência pacífica do colendo Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil e administrativo. Agravo regimental em recurso especial. Concessão de pensão por morte. Não ocorrência de prescrição do fundo de direito. Incidência da Súmula 85/STJ. O termo inicial do prazo prescricional é a data da negativa do requerimento administrativo. Agravo regimental da união desprovido. 1. Os benefícios previdenciários envolvem relações de trato sucessivo e atendem necessidades de caráter alimentar, razão pela qual a pretensão à obtenção de um benefício é imprescritível. 2. As prestações previdenciárias têm características de direitos indisponíveis, daí por que o benefício previdenciário, em si, não prescreve, somente as prestações não reclamadas no lapso de cinco anos é que prescreverão, uma a uma, em razão da inércia do beneficiário, nos exatos termos do art. 3º do Decreto 20.910/32. 3. É firme a orientação desta Corte Superior de que não ocorre a prescrição do fundo de direito enquanto não existir manifestação expressa da Administração negando o direito reclamado, estando prescritas apenas as prestações vencidas no quinquênio que precedeu a propositura da ação, nos termos da Súmula 85/STJ. Precedentes: AgRg no AREsp. 395.373/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, *DJe* de 16/5/2014; AgRg no AREsp. 463.663/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* de 26/3/2014). 4. Uma vez negado formalmente pela Administração o direito pleiteado, flui o prazo prescricional cujo termo inicial é a data do conhecimento pelo administrado do indeferimento do pedido. Precedente: AgRg no AREsp 749.479/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, *DJe* de 30/9/2015. 5. Agravo Regimental da União desprovido (AgRg no REsp nº 1.327.454/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 19/4/2016).

No mesmo sentido, confira julgado da colenda Quinta Câmara Cível:

Reexame necessário. Apelação cível. Pensão por morte. Companheira. Ipsemg. Prescrição do fundo de direito: ocorrência. Ação ajuizada após o transcurso de 5 (cinco) anos da negativa expressa do pleito administrativo. Sentença reformada. - No julgamento do incidente de uniformização de jurisprudência nº 1.0024.11.312690/8/002 foi declarado, por maioria, que a prescrição de benefício de pensão por morte devido aos dependentes dos servidores do Ipsemg alcança apenas as parcelas sucessivas vencidas antes do quinquênio que precedeu o ajuizamento da ação. No entanto, havendo pleito administrativo, conta-se o prazo prescricional a partir da negativa da administração. - Assim, aplicando-se o entendimento acima à hipótese, não é outra a conclusão senão pela ocorrência da prescrição, visto que a negativa do benefício ao autor ocorreu em 20/8/1996 (f. 191/191-v) e a presente ação foi ajuizada somente em 12/3/2012, quando já decorridos 15 (quinze) anos da negativa do pleito administrativo. - Sentença reformada em reexame necessário. Recurso voluntário prejudicado (TJMG - Ap Cível/Remessa Necessária nº 1.0024.15.098253-6/001, Rel. Des. Wander Marotta, *DJe* de 10/10/2017).

Considerando que o direito ao benefício previdenciário de pensão por morte foi negado aos apelantes na via administrativa em 27/10/2005, de modo que ajuizada a presente ação apenas em 08/3/2013, quando já transcorridos mais de sete anos da negativa administrativa, imperioso o reconhecimento da prescrição da pretensão do autor José Soares Pereira, porquanto ultrapassado o prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32.

Em relação a José Campos Pereira, que, à época da negativa do Poder Público, contava com nove anos de idade, não corria a prescrição, iniciando-se a contagem do prazo quinquenal a partir de seus dezesseis anos, ou seja, a partir de 26/2/2012, motivo pelo qual não há falar em prescrição de sua pretensão, haja vista o ajuizamento da ação em 18/3/2013.

De acordo com a legislação processual civil em vigor, afastada a prescrição reconhecida no juízo de origem, cabe ao Tribunal de Justiça, estando a causa madura, julgar o mérito da lide desde logo (§ 4º do art. 1.013), em atenção ao preceito constitucional que assegura a razoável duração do processo (art. 5º, LXXIV, da CR).

A pensão por morte, como se sabe, consiste em um benefício previdenciário, prestado de forma continuada e de caráter substitutivo, que visa suprir, ou pelo menos minimizar, as necessidades básicas dos dependentes que eram providos pelo segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência.

Referido benefício possui previsão constitucional, nos seguintes termos:

Art. 201- A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedido o disposto no § 2º.

A Lei Complementar nº 64/02 - que instituiu o Regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos Servidores Públicos no âmbito estadual, dispõe que:

Art. 4º - São dependentes do segurado, para os fins desta lei:

I - o cônjuge ou companheiro e o filho não emancipado, menor de vinte e um anos ou inválido.

[...]

Art. 22 - Por morte do segurado, adquirem direito à pensão, pela metade, o cônjuge ou o companheiro sobrevivente, e, pela outra metade, em partes iguais, os filhos.

[...]

§ 3º - Não havendo cônjuge ou companheiro com direito à pensão, será o benefício pago integralmente, em partes iguais, aos filhos.

Art. 24 - Sempre que se extinguir o benefício de pensão por morte para um dependente, proceder-se-á a novo rateio, nos termos desta lei complementar, cessando o benefício com a extinção do direito do último dependente da mesma classe.

A norma de regência prevê que o cônjuge ou o companheiro sobrevivente e os filhos são considerados, para efeito do benefício (pensão por morte), dependentes do segurado.

Na espécie, demonstrada a qualidade de segurada de Maria da Conceição Campos, o seu falecimento e o vínculo de dependência do seu filho José Campos Pereira, deve a pretensão em relação a ele ser acolhida.

Dou provimento parcial ao recurso para julgar parcialmente procedente o pedido a fim de condenar o apelado a implementar o benefício de pensão por morte em favor do autor José Campos Pereira, bem como pagar as diferenças que este deixou de receber desde a data do óbito da ex-segurada (12/9/2005), corrigidas monetariamente desde a data em que era devida cada parcela até efetivo pagamento, com base no IPCA-E, e acrescidas de juros de mora, contados da citação, segundo os juros aplicados à caderneta da poupança; condeno o Ipsemg, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios a serem fixados na fase de liquidação, nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC.

Custas 50% para cada parte, observado o teor do art. 98, § 3º, do CPC, e art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/2003, respectivamente.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e CORRÊA JUNIOR.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de reparação de danos moral e material - Locação de imóvel residencial - Infiltração causada por rompimento da boia da caixa d'água, três meses após a celebração do contrato - Vício oculto não configurado - Real caso fortuito - Danos morais e materiais - Comprovação - Responsabilidade civil dos locadores de indenizar a locatária - Inexistência - Custeio para reparo do imóvel - Obrigação de conservação da locatária - Valor - Peculiaridades - Sentença reformada - Recurso conhecido e provido em parte

- Se a caixa d'água estava funcionando normalmente quando da celebração do contrato de locação, o defeito na bomba, apresentado três meses após a contratação, não configura vício oculto, mas caso fortuito que afasta a responsabilidade civil da locadora de indenizar a locatária pelos danos decorrentes da infiltração causada no imóvel.

- Como a locatária tem obrigação contratual de conservar o imóvel locado, ela é responsável por indenizar a locadora no valor necessário à reforma do imóvel, cujas avarias foram ocasionadas por infiltração causada na vigência da locação.

- O valor do reembolso deve ser compatível com os orçamentos apresentados pela locadora, sendo vedado o *bis in idem*.

- Recurso conhecido e provido em parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0319.15.000837-7/001 - Comarca de Itabirito - Apelantes: Neida Maria de Oliveira Bittencourt e outro, Bonanza Imóveis Ltda. - Apelada: Ana Célia da Silva Simões - Relator: DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de dezembro de 2017. - *Vicente de Oliveira Silva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Neida Maria de Oliveira Bittencourt e Bonanza Imóveis Ltda., objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Itabirito/MG (f. 168/177), nos autos da ação de reparação de danos ajuizada por Ana Célia da Silva Simões, na qual foi julgado improcedente o pedido reconvenicional feito pela locadora/proprietária e procedentes os principais formulados na petição inicial, com condenação solidária das rés no pagamento de indenização por dano material de R\$3.596,80, com correção desde o ajuizamento da ação e juros de mora desde a citação, indenização por danos morais de R\$6.000,00, com correção e juros

de mora desde o arbitramento, e multa contratual de R\$3.000,00, com correção desde o ajuizamento da ação e juros de mora desde a citação, em favor da locatária.

Os ônus sucumbenciais da lide principal ficaram a cargo das rés, sendo 50% para cada, com arbitramento de honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

Os ônus sucumbenciais da lide reconvenicional ficaram a cargo da locadora/reconvinte, ré Neida Maria, com arbitramento de honorários advocatícios em R\$1.000,00.

Na apelação (f. 178/187), ambas as rés/apelantes - locadora/proprietária e administradora do imóvel - afirmam que a autora/apelada efetuou vistoria antes da celebração da locação. Defendem que o vazamento de água ocorrido no imóvel após três meses do início da locação, se deu por problema de abastecimento de água, e não por vício oculto. Alegam que não cometeram ato ilícito ensejador de responsabilidade civil de indenizar. Sustentam a inexistência de prova dos prejuízos materiais alegados na petição inicial. Frisam que não houve resistência à rescisão da locação e que a locatária reteve as chaves e inadimpliu com os locativos. Alinham aduzindo que foi a locadora quem sofreu prejuízo, como informado na reconvenção, haja vista que a locatária descumpriu sua obrigação de conservar o imóvel. Ao final, requerem o provimento do recurso.

Preparo à f. 188.

Em contrarrazões (f. 189/196), a autora/apelada, locadora, pugna pelo não provimento do apelo da parte *ex adversa*.

Devidamente intimados para complementar o preparo (f. 204/206), os apelantes cumpriram a intimação (f. 208/209).

É o relatório.

Conheço do recurso de apelação, porque próprio, tempestivo e por ter contado com preparo regular (f. 188 e 209).

Anoto que a autora/apelada litiga sob o pálio da justiça gratuita (f. 55).

Ausentes preliminares a exigirem solução, passo à análise do mérito recursal.

Ana Célia da Silva Simões, ora apelada, ajuizou ação de reparação de danos contra Neida Maria de Oliveira Bittencourt e Bonanza Imóveis Ltda., ora apelantes, pautada no contrato de locação celebrado entre as partes em 1º/10/2014, alegando vício oculto apresentado três meses após a locação, decorrente de grave infiltração no imóvel, com perda de móveis e objetos pessoais. Pediu a condenação das rés - locadora e administradora do imóvel - no pagamento da multa contratual de R\$3.000,00 e de indenizações por danos moral e material, esta última de R\$3.596,80.

Em reconvenção, a locadora sustenta a obrigação de conservação da locatária e pede, ao final, indenização de R\$3.740,00 para conserto do imóvel.

Pois bem. Os arts. 186 e 927 do Código Civil determinam que tem responsabilidade civil de indenizar aquele que sofreu dano moral e material quem praticou a conduta antijurídica e causou diretamente o prejuízo.

Para a configuração da obrigação de indenizar por ato ilícito, sob a ótica da responsabilidade subjetiva, exige-se a presença de três elementos indispensáveis, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira:

a) em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e, em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a precisar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico (*Instituições de direito civil* - Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense. 2004. v. 1, p. 661).

Portanto, para a análise do pedido inicial, basta a prova do dano, da conduta antijurídica e do nexo causal entre os dois primeiros.

A prova desses elementos é ônus da parte que pede a indenização, porque, em nosso ordenamento jurídico, o sistema legal do ônus da prova está baseado nos ditames do art. 373 do CPC/2015. Cabe à parte ré, portanto, a prova dos fatos desconstitutivos do direito alegado pela parte contrária.

No caso em comento, há a peculiaridade de a relação jurídica firmada entre as partes ser regida pela Lei nº 8.245/1991, que prevê os direitos e obrigações dos contratantes de locação de bem imóvel.

A propósito, confira-se a lição de Sylvio Capanema de Souza:

Algumas das obrigações recíprocas emergem, diretamente, da Lei do Inquilinato, que as elenca, a título apenas exemplificativo, tornando-se, assim, obrigações legais, enquanto outras poderão estar previstas apenas no próprio contrato, resultando da autonomia da vontade. Muitas vezes as partes reproduzem, no contrato, deveres já referidos na lei, certamente para reforçar o cumprimento da regra, tornando-a, simultaneamente, uma obrigação legal e contratual.

Nas locações ajustadas verbalmente são obrigações recíprocas aquelas elencadas na lei (*Da locação do imóvel urbano* - Direito e Processo, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 163).

Dispõe a Lei nº 8.245/91, em seu art. 22, inciso I, ser obrigação do locador a entrega do imóvel alugado ao locatário, em estado de servir ao uso a que se destina, disposição também contida no art. 566, I, do CCB. Outrossim, o art. 23, I e III, do mesmo diploma legal, impõe ao locatário o dever de pagar pontualmente os aluguéis e de devolver o imóvel no estado em que o recebeu, disposição também contida no art. 569, II e IV, do CCB.

Decorre do dever do locador de entregar o imóvel alugado em condições de uso pelo locatário a obrigação de responder pelos vícios ocultos que o bem venha apresentar durante a vigência do contrato de locação.

Em caso de não observância da aludida obrigação, justifica-se a exceção do contrato não cumprido, como leciona Sylvio Capanema de Souza:

Diante dos vícios ocultos, poderá o locatário optar pela redibição do contrato, se a coisa locada se mostrar imprópria ao fim a que se destina, ou pela redução proporcional do preço do aluguel.

Também poderá exigir do locador a reparação dos defeitos, direito agora reforçado pelo advento do Código do Consumidor, embora sustentemos que tal diploma legal não se aplique à relação de locação, que não é de consumo ou de prestação de serviços.

Será preciso, entretanto, que o defeito seja anterior ao contrato e que realmente influa na utilidade ou valor da coisa; pelo sistema do Código Civil só o vício oculto permitiria ao alienatário reclamar a re-dibição ou a redução do preço, considerando-se oculto o defeito que fosse imperceptível ao homem de prudência normal. O erro do adquirente seria, assim, escusável.

Quanto ao defeito aparente, que poderia ser percebido no exame que o homem comum deve realizar, sempre que contrata, não responderia o alienante, já que inescusável o erro, fruto da negligência do adquirente.

A lei fala em vícios ou defeitos, como sendo situações diversas. Na doutrina civilista equiparam. Tudo leva a crer que o legislador pretendeu reforçar a ideia.

Defeitos seriam danos físicos, tais como vazamentos, vidros quebrados ou esquadrias empenadas. Vícios seriam o mau funcionamento das instalações, ou sua insuficiência, como, por exemplo, a impossibilidade de guardar o carro no espaço para tanto destinado (*Da locação do imóvel urbano* - Direito e Processo, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 169).

Sendo bilateral o contrato de locação firmado entre as partes, é imperioso, para a solução da lide, que a locatária demonstre que o vício verificado no imóvel seja oculto, tal como alega, para que possa ter guarida sua pretensão de responsabilizar civilmente os locadores pelos danos morais e materiais que sofreu, além de justificar a rescisão precoce da avença.

Passo, pois, à análise da prova produzida nos autos.

Pelo instrumento contratual de f. 19/25, por intermédio da ré Bonanza, em 1º/10/2014, a autora Ana Célia locou um imóvel residencial da ré Neida - apartamento localizado na Rua Dona Cristina, 43, em Itabirito -, pelo prazo de 30 meses, com aluguel mensal inicial de R\$1.000,00. O apartamento não está edificado em prédio condominial, mas na parte superior de uma edificação comercial, como revela a fotografia de f. 47.

No contrato há previsão expressa de cobrança de multa de três meses de aluguel, em caso de alguma das partes descumpri-lo (parágrafo único da cláusula 19 - f. 24), e de multa de 30% sobre o valor total da locação, em caso de entrega do imóvel antes do prazo previsto (cláusula 19, *caput* - f. 24), além da obrigação da locatária de conservar o imóvel (cláusula 9 - f. 21).

O contrato foi precedido de laudo de vistoria elaborado pela ré Bonanza Imóveis Ltda., aprovado pela locatária, no qual foi descrita a real situação aparente dos cômodos do imóvel à época (f. 26/28).

A autora aceitou volitivamente a locação, no estado em que se encontrava o imóvel, e comprovou o pagamento dos locativos de novembro a dezembro de 2014 e de janeiro de 2015 (f. 29/31).

O boletim de ocorrência de f. 32/34 informa que em 3/1/2015, três meses após a celebração da avença entre as partes litigantes, a locatária narrou fato ocorrido no imóvel às autoridades policiais:

A Sra. Ana relatou que há cerca de três meses alugou o imóvel no endereço citado, pela Bonanza Imóveis. Há uma semana, se fez ausente em viagem, e na data de 3/1/2015 recebeu a notícia de que havia água saindo por debaixo da porta de acesso à residência. Quando chegou, deparou com a casa toda molhada, parecendo que a água vazou por toda a laje da casa, que é de estrutura pré-moldada. Esse vazamento deixou o local sem energia e sem água, além de danificar o imóvel e diversos pertences da solicitante: móveis, colchões, documentos, objetos pessoais, roupas e alguns aparelhos eletrônicos. Desde que retornou, Ana não teve condições de utilizar o imóvel, tampouco seus pertences. Está apenas com as coisas

que levou na viagem e acomodada de favor na casa da irmã. A causa desse vazamento é desconhecida e Ana disse já ter acionado um engenheiro para tentar descobrir. Relata, ainda, não ter conseguido entrar em contato com a proprietária do imóvel.

Após a ocorrência, em 8/1/2015 a ré Bonanza Imóveis Ltda. elaborou laudo de vistoria, no qual constatou a infiltração, com comprometimento de documentos e roupas da locatária e danos no imóvel. Atribuiu, como causa para a infiltração o rompimento da boia da caixa d'água (f. 35), e o fez com amparo na conclusão da engenheira civil por ela contratada, exibida no laudo de f. 86/90, datado de 2/1/2015, no qual constou:

Histórico apresentado:

O presente relatório vem demonstrar que o imóvel não apresenta nenhum tipo de irregularidade com relação à parte estrutural do mesmo. Em visita ao local, no dia 1º/1/2015, juntamente com o bombeiro responsável pela manutenção do imóvel, pude observar que houve um vazamento na caixa d'água que abastece a residência, por motivo de a boia ter apresentado problemas. Tal defeito só se resolve trocando o aparelho, o que foi feito conforme fotos que seguem abaixo.

Quando a boia da caixa d'água (trata-se de uma torneira boia que promove o fechamento automático da vazão de água quando a caixa se enche) apresenta tal defeito, é de praxe que o morador faça tal observação imediatamente, desligue o registro da água que vai para a caixa e faça o devido reparo, deixando de causar qualquer dano ao imóvel.

Além disso, é prudente que, quando se vai ausentar de um imóvel por um período de tempo maior, o morador desligue todos os registros de entrada de água e energia, evitando, assim, quaisquer problemas que possam porventura ocorrer durante a sua ausência.

Conclusões e considerações finais:

Pode-se constatar pela visita em campo, análises e fotos acima, que o problema ocorrido foi por causa da boia da caixa d'água, que estava danificada, provavelmente por desgaste natural do tempo. A distribuição da parte hidráulica na caixa d'água está de acordo com as normas técnicas.

Pode-se observar, pelo croqui e pelas fotos do local a distribuição, portanto conclui-se que o problema foi realmente a boia.

Solução:

O problema de vazamento foi resolvido com a troca da boia, sendo instalado um equipamento novo e de boa qualidade.

A defesa civil esteve no local e não verificou risco iminente no imóvel, oportunidade em que não elaborou conclusão acerca da causa da infiltração (f. 37/39).

Já o laudo do engenheiro civil contratado pela locatária, produzido em 5/1/2015, ou seja, após a troca da boia da caixa d'água, informa a seguinte causa para o ocorrido (f. 36):

Em visita ao local no dia 5/1/2015, constatei que houve infiltração em todos os cômodos do apartamento. Esta infiltração se deu pelo teto dos cômodos.

Em todo o apartamento verifica-se que o teto é construído em laje pré-fabricada, e com a decorrência da infiltração, pode-se concluir que estas lajes não são preparadas para recebimento de água, ou seja, sobre estas existe um sistema de impermeabilização realizado por telha.

Pode-se concluir, através da ocorrência constatada, que houve um problema no sistema de abastecimen-

to ou distribuição de água na caixa d'água. Este problema permitiu que a água se escoasse por debaixo da cobertura de telha e conseqüentemente através da laje pré-moldada.

O problema de defeito na boia da caixa d'água foi descartado, pois se verificou que, depois do fechamento do registro de abastecimento dessa caixa, esta ficou vazia, pois nas torneiras dos banheiros e cozinha não chegava mais água.

Com o exposto acima, é conclusivo o problema de abastecimento ou distribuição na caixa d'água.

As fotografias de f. 40/52 revelam os prejuízos decorrentes da infiltração.

Em razão da infiltração, a locatária entregou as chaves do imóvel em 26/1/2015 (f. 76), com encerramento precoce da locação, a partir de 2/2/2015, tendo sido a rescisão aceita pela locadora (f. 77).

Intimadas as partes para especificação de provas (f. 143), a locatária pediu o julgamento antecipado da lide (f. 144) e os locadores, provas pericial e testemunhal (fl. 145). A perícia não foi produzida porque os réus informaram que não tinham condições de custeá-la (f. 148/150). A prova testemunhal foi realizada; dela constou (f.154/156):

Testemunha Juliana Maria de Lima:

[...] que trabalha como doméstica para a requerida Neida; que o imóvel fica ao lado do da requerida Neida; que a depoente chegou por volta de 8:00 h da manhã na casa da requerida e percebeu que o imóvel estava saindo água na porta da frente; que desligou o hidrômetro e a energia; que não sabe informar qual foi o problema [...]; que o marido da depoente chegou a olhar a caixa d'água; que a casa é de laje pré-moldada; que a depoente não se recorda o que o marido disse de onde estava vindo a água; que a depoente entrou em contato, por telefone, com a Neida e também com a Ana Célia, sendo que ambas estavam viajando; que viu o vazamento no dia 31/12/2014 e telefonou para Neida e a autora nesse dia; que o imóvel estava trancado e não havia pessoas no local; que ninguém tinha chave no imóvel; que não perguntou se a imobiliária tinha chave do imóvel; que o marido da depoente entrou no imóvel no mesmo dia, tendo quebrado um vidro da janela da cozinha; que a requerida Neida e a autora autorizaram a entrada no imóvel; que o marido da autora abriu as torneiras e secou o piso; que o imóvel é uma casa sobre uma loja; que começou a cair água na loja pelo teto; que a água chegou a molhar móveis e roupas de cama; que os móveis ficaram na casa; que o marido da depoente tirou colchões, roupas de cama e colocou na casa da requerida para secar.

Testemunha Cláudio Alexandre da Silva Veloso:

[...] que conhece o imóvel litigioso; que é marido da testemunha Juliana; que esteve no imóvel no dia dos fatos; que o vazamento vinha provavelmente da laje; que havia vários pontos de infiltração na laje; que subiu na laje, mas, como tinha telhas de amianto, ficou com medo de quebrá-las e por isto não foi até a caixa d'água; que a esposa do depoente desligou o hidrômetro e a energia; que não sabe dizer há quanto tempo a autora estava morando no imóvel; que alguns cômodos tinham infiltração pela laje e outros não; que a infiltração molhou pisos, móveis em geral, uma cama de solteiro, a cama de casal, o guarda-roupas e duas mesas; que a água chegou a sair pela porta da sala; que os ralos da casa estavam fechados; que as roupas de cama foram retiradas da casa para secar; que o criado mudo também molhou e o depoente teve que retirar documentos de dentro do criado; que entrou na casa pela janela da cozinha, quebrando o vidro, tendo sido autorizado pela inquilina; que uma senhora, acha que parente da autora, chegou no imóvel após o depoente ter entrado; que não se recorda da data em que entrou no imóvel; que não sabe dizer se alguma empresa foi contratada para consertar o vazamento.

Testemunha Aurélio Antônio Bebiano:

que presta serviço de pedreiro para a requerida Neida; que conhece o imóvel em litígio; que esteve no imóvel após os fatos; que o motivo da infiltração foi problema na boia da caixa d'água, tendo a boia ressecado e trincado; que não se recorda quando tinha feito a troca dessa boia e não sabe dizer a data de validade; que trocou a boia e o problema sanou-se; que o teto não possui manta que impeça infiltração; que o teto é de laje pré-fabricada; que a telha de amianto evita infiltração por chuva, não por vazamento de caixa d'água; que, após a troca da boia, religou o hidrômetro; que não teve outro problema com o imóvel; que faz serviços de bombeiro hidráulico também; que não há obrigatoriedade de fechar o registro quando o imóvel está fechado; que não havia pessoa no imóvel, quando o depoente trocou a boia; que foi contratado pela requerida Neiva, pessoa que abriu o imóvel para o depoente; que a requerida Neiva custeou o conserto; que não sabe quanto depois da infiltração o depoente trocou a boia e nem guardou a antiga.

Pelo cenário probatório produzido nos autos, observo que a causa primária da infiltração foi o rompimento da boia que gerou o transbordamento da água da caixa além do teto, que não era impermeabilizado.

A engenheira civil contratada pela administradora ré afirmou que o problema na boia da caixa d'água ocorreu por provável desgaste natural da peça. Já o engenheiro civil contratado pela locadora concluiu que não houve problema na boia, mas de abastecimento ou distribuição de água, embora sua constatação tenha ocorrido depois que a locadora já havia contratado a troca da boia.

Nesse caso, entendo que resta afastado o vício oculto alegado na inicial, porque a boia estava funcionando normalmente quando da vistoria prévia do imóvel, não sendo comum exigir que o locador/proprietário analise o estado interno da caixa d'água antes da locação, salvo eventual questionamento do locatário, fato que incoerreu na hipótese. Tratando-se de desgaste natural de uso, qualquer um que estivesse na posse do imóvel - o próprio proprietário ou o locatário - poderia ser surpreendido com a quebra da peça, cuja validade sequer foi comprovada pela autora nos autos, o que denota caso fortuito.

Não havendo prova de que a boia já estava desgastada quando da contratação da locação ou de que estivesse fora do prazo de validade, como restou incontroverso seu funcionamento no ato da avença, impossível reconhecer vício oculto.

Como o art. 22, IV, da Lei 8.245/1991 prevê que o locador se obriga aos vícios ou defeitos anteriores à locação, tal responsabilidade não se configurou no presente caso, sendo aplicáveis analogicamente as disposições do art. 393 do CCB, para afastar a condenação imposta às rés/apelantes na sentença.

Ademais, eventual problema de distribuição de água é de responsabilidade da companhia de abastecimento, e não do locador.

Registro, ainda, que os danos foram agravados por conduta própria da locatária, que se ausentou do imóvel por vários dias sem fechar o hidrômetro e abrir os ralos, possibilitando o alagamento do imóvel em razão do vazamento da caixa d'água decorrente da quebra da boia, não podendo agora atribuir culpa exclusiva às locadoras em franco *venire contra factum proprium*. Embora tal providência não seja normalmente exigível dos habitantes de imóveis, é de bom alvitre realizá-la para evitar problemas durante a ausência.

Logo, entendo que não hánexo causal entre os danos sofridos pela locatária e a conduta das locadoras, fato que afasta a responsabilidade civil das últimas de indenizar a primeira por danos materiais listados à f. 53, no total de R\$3.553,00, e por danos morais.

Nesse sentido:

Apelação. Ação de cobrança de aluguéis e encargos locatícios. Locação não residencial. Rescisão antecipada. Inadimplência. Infiltrações. Dever de conservação do imóvel. Multa por descumprimento contrato. Ônus probatório estabelecido no art. 333 do CPC/1973. Ausência de perícia judicial. Reconvenção. Improcedente. - Incumbe ao locatário o dever de conservação do imóvel, cujo descumprimento enseja a multa contratualmente prevista. - Cabe à parte ré o ônus de comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado na inicial (art. 333, inciso II, do CPC/1973). - A perícia realizada unilateralmente, sem o crivo do contraditório, não é idônea para demonstrar o fato impeditivo alegado na contestação. - Não havendo provas de que as infiltrações ocorreram por culpa do locador, não procede o pedido reconvenicional de condenação daquele ao ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo locatário (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.088106-5/001, Rel. Des. Claret de Moraes, 15ª Câmara Cível, j. em 27/10/2016, p. em 7/11/2016).

Como não foram as rés que deram causa à rescisão antecipada do contrato, tenho que também deve ser afastada a condenação delas no pagamento da multa contratual de três meses de locativos e do valor da conta de água de R\$43,80, referente à leitura de hidrômetro realizada em 13/1/2015, como indicado na conta de f. 54, vencida em 12/2/2015, haja vista que a entrega das chaves ocorreu somente em 26/1/2015, com encerramento formal da locação em 2/2/2015 (f. 76/77).

Lado outro, a proprietária/locadora reconviu para pedir a condenação da reconvinde/locatária a pagar o custo dos reparos do imóvel, indicando a quantia de R\$3.740,00 para tanto, com respaldo nos orçamentos de f. 83, 84 e 91.

Como resta expressamente previsto no contrato que a locatária tem o dever de conservar o imóvel, devolvendo-o no estado em que recebeu, fica evidente que a reconvinde tem obrigação de custear os reparos dos defeitos oriundos da infiltração ocorrida na vigência da locação, sob pena de violação aos princípios que regem os contratos, da obrigatoriedade, do consensualismo, da probidade, da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva.

Caio Mário da Silva Pereira trata desses princípios em sua obra Instituições de Direito Civil – Contratos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 3:

Princípio da obrigatoriedade: O princípio da força obrigatória do contrato significa, em essência, a irreversibilidade da palavra empenhada. A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade, tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de se forrarem às suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que escolheram os termos de sua vinculação e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, e ao juiz não é dado preocupar-se com a severidade das cláusulas aceitas, que não podem ser atacadas sob a invocação de princípios de equidade [...] (p. 14/15).

Princípio consensualista: Segundo ele, o contrato nasce do consenso puro dos interessados, uma vez que é a vontade a entidade geradora. Somente por exceção conservou algumas hipóteses de contratos reais e formais, para cuja celebração exigiu a tradição da coisa e a observância de formalidades (p. 19).

Princípio da probidade: A probidade resulta do confronto da conduta do contratante com um padrão de homem leal e honesto, e terá de ser apurada em face das circunstâncias de cada caso (p. 21).

Princípio da autonomia da vontade: É a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos (p. 25).

Princípio da boa-fé objetiva: A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar. O agente deve fazer o que estiver a seu alcance para colaborar para que a outra parte obtenha o resultado previsto no contrato, ainda que as partes assim não tenham convencionado, desde que evidentemente para isso não tenha que sacrificar interesses legítimos próprios (p. 21)

Contudo, tenho que o valor indicado pela reconvincente não merece guarida.

O orçamento de f. 83, de R\$1.700,00, se refere à mão de obra e material de pintura do imóvel. O orçamento de f. 84, de R\$420,00, descreve serviço de reassentamento de piso de madeira. O orçamento de f. 91, de R\$1.620,00, também especifica mão de obra e material para conserto do piso de madeira da casa.

Por conseguinte, a pretensão de receber conjuntamente as quantias indicadas nos orçamentos de f. 84 e 91 denota enriquecimento sem causa da reconvincente, porque ambos tratam de mão de obra necessária ao conserto do piso de madeira, ensejando *bis in idem*.

Assim sendo, entendo que apenas os orçamentos de f. 83 e 91 devem ser aprovados, já que não foram impugnados expressamente pela locatária, cabendo à reconvincente pagar à reconvincente o valor de R\$3.320,00 = (R\$1.700,00 + R\$1.620,00), com correção monetária pelos índices da tabela da CGJMG desde maio de 2015 (data dos orçamentos) e juros de mora de 1% ao mês a partir da intimação da reconvincente para a lide reconvenicional - f. 131 (relação contratual).

Ipsa facto, tenho que as razões recursais devem ser parcialmente acolhidas.

Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos deduzidos na petição inicial e parcialmente procedente o pedido reconvenicional, a fim de condenar a reconvincente a pagar à reconvincente o valor de R\$3.320,00 (três mil, trezentos e vinte reais), corrigido monetariamente pelos índices da tabela da CGJMG desde maio de 2015 e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da publicação do despacho de f. 131.

Como consectário lógico da sentença e diante da sucumbência mínima da reconvincente, altero os ônus sucumbenciais para condenar a ré/reconvincente a pagar as custas das lides principal e reconvenicional, inclusive recursais, além de honorários advocatícios da lide principal, em favor dos advogados de ambas as rés, no importe de 10% sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º, do CPC), sendo 50% para cada, e honorários advocatícios da lide reconvenicional, de 12% do valor da condenação, em favor do patrono da reconvincente, já considerado comando do art. 85, § 11, do atual CPC, observado o art. 98, § 3º, do mesmo diploma legal.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANOEL DOS REIS MORAIS e CLARET DE MORAES.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.



Apelação cível - Rescisão contratual - Decisão *ultra petita* - Indenização por danos morais e materiais - Pirâmide financeira - Negócio nulo - Meros aborrecimentos

- Cabe ao Magistrado julgar a lide nos limites do pedido formulado pelo autor e da contestação ofertada pelo réu.

- Em que pese deva ser reconhecida a nulidade do negócio jurídico que constitui uma “pirâmide financeira”, um esquema que depende basicamente do recrutamento progressivo de outras pessoas para auferir lucros, o descumprimento das “falsas promessas” oferecidas ao autor não tem o condão de causar-lhe danos morais.

- Mero aborrecimento não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0148.12.000847-6/001 - Comarca de Lagoa Santa - Apelante: Frederico de Souza Amaral - Apelados: Carlos Henrique Vieira, Filadélfia Empréstimos Consignados Ltda. e outro. - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DECLARAR A DECISÃO *ULTRA PETITA* E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2017. - *Alexandre Santiago* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de apelação interposta em face da sentença de f. 143/147, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Lagoa Santa, nos autos da Ação Rescisória c/c Indenização por Danos Morais ajuizada por Frederico de Souza Amaral em desfavor de Carlos Henrique Vieira e Filadélfia Empréstimos Consignados Ltda, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para decretar a nulidade de todos os contratos firmados entre o autor e as requeridas e condenar os réus, solidariamente, a restituír os valores recebidos.

Em face desta decisão, o requerente apresenta suas razões recursais às f. 193/203, ao argumento de que é uma das mais de duas mil vítimas contabilizadas até a presente data do golpe financeiro da pirâmide econômica, investigado pela Polícia Federal por meio da Operação Gizé.

Aduz que o golpe era aplicado na medida em que a apelada oferecia empréstimos consignados em folha de pagamento com juros reduzidos e, em seguida, induzia os contratantes a solicitar um valor maior, com a alegação de que o dinheiro seria aplicado na própria empresa, como investimento, rendendo juros que poderiam ser utilizados para pagamento do próprio empréstimo, além de proporcionar um valor excedente às vítimas.

Sustenta que tal fato teria causado danos morais ao apelante, que teria ficado sem a importância de R\$245.000,00 (duzentos e quarenta e cinco mil reais) em sua conta, o que não configuraria um mero aborrecimento.

Afirma que o MM. Juiz *a quo* extrapolou os pedidos iniciais ao indeferir o pedido de restituição da importância paga na rescisão de sua empregada doméstica, sendo que referidos documentos somente foram acostados aos autos para demonstrar a dificuldade financeira enfrentada pelo recorrente.

Ao final, narra que não teria se configurado a sucumbência recíproca, eis que todos os pedidos do apelante deveriam ser acolhidos.

Sendo mantida a distribuição dos ônus de sucumbência, requer a redução dos honorários advocatícios fixados em favor dos procuradores da apelada.

Preparo realizado, conforme comprovante acostado à f. 205.

Devidamente intimada, a apelada deixou de apresentar contrarrazões, conforme certificado à f. 220.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

De início, cumpre esclarecer que cabe ao Magistrado julgar a lide nos limites do pedido inicial formulado pela parte autora, sendo-lhe defeso proferir sentença aquém (*citra petita*), além (*ultra petita*), ou diversa (*extra petita*) do que fora pedido nos autos, a teor dos artigos 141 e 492, ambos do NCPC, que preveem:

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

[...]

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A decisão deve ser certa, ainda que resolva relação jurídica condicional.

Sobre o tema, leciona Elpídio Donizetti:

O limite da sentença é o pedido, com a sua fundamentação. É o que a doutrina denomina de princípio da adstrição, princípio da congruência ou da conformidade. O afastamento desse limite caracteriza a sentença *citra petita*, *ultra petita* e *extra petita*, o que constitui vício e, portanto, acarreta a nulidade do ato decisório (*Curso didático de direito processual civil*. 14. ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 572).

Como a norma processual estabelece que os pedidos devem ser certos e determinados, considero que devem ser analisados, tão somente, aqueles discriminados, de forma específica na exordial, quais sejam a rescisão do contrato e a condenação da apelada ao pagamento dos danos morais e materiais por ela causados.

Contudo, ao proferir a sentença, o ilustre Magistrado analisou não só tais questões, mas também um suposto pedido de restituição dos valores gastos com a rescisão da empregada doméstica.

Extrai-se da decisão combatida:

Nego, todavia, o pedido de condenação dos réus no pagamento do valor a rescisão trabalhista da empregada doméstica demitida pelo autor (f. 126/127), eis que não comprovada a relação entre a demissão da funcionária e os fatos narrados na lide (f. 146).

Desta forma, visando eliminar o excesso da sentença, declaro-a *ultra petita* e decoto a parte da decisão atinente à restituição dos valores gastos na rescisão.

Esclarecida tal questão, passo ao exame do mérito da lide.

Restou inconteste nos autos que o fundo de investimentos criado pela ré Filadélfia, que atuava como correspondente bancário do Banco Mercantil e Intermedium, configurava uma fraude financeira, o que, como bem fundamentou o juiz sentenciante, pode ser corroborado pela Deliberação de nº 579 da Comissão de Valores Mobiliários, datada de julho de 2009:

a. Filadélfia Empréstimos Consignados Ltda, por não preencher os requisitos previstos na regulamentação da CVM, não pode ofertar publicamente, constituir, nem administrar Fundo de Investimento; b. a Filadélfia Empréstimos Consignados Ltda. não está autorizada por esta autarquia a exercer a atividade de administração profissional de carteira de valores mobiliários;

[...]

II - determinar à Filadélfia Empréstimos Consignados Ltda e aos Srs. Carlos Henrique Vieira, Rosa Cristina Nagib Vieira e Marilice Pimentel da Silva a imediata suspensão da veiculação de oferta de investimento em Fundo de Investimento acima identificado ou quaisquer outros, bem como cessar imediatamente o exercício da atividade de administração profissional de carteira de valores mobiliários, alertando que a não observância da presente determinação os sujeitará à imposição de multa cominatória diária, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), sem prejuízo da responsabilidade pelas infrações já cometidas antes da publicação desta Deliberação, com a imposição da penalidade cabível, nos termos do art. 11 da Lei nº 6.385, de 1976, após o regular processo administrativo sancionador;

A prática de pirâmide é enquadrada como um crime contra a economia popular tipificado no inciso IX, art. 2º, da Lei 1.521/51: “obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo” e quaisquer outros equivalentes)”.

Resta incontroverso que foi praticada uma conduta ilícita pela apelada, matéria que não foi combatida na apelação, restringindo-se o cerne do recurso à análise dos danos morais supostamente causados ao apelante.

No que diz respeito ao dano, Nehemias Domingos de Melo doutrina:

Dano é a agressão ou a violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a outrem, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo (MELO, Nehemias Domingos de Melo. *Dano Moral* - problemática: do cabimento à fixação do *quantum*. 2. ed. rev., atual. e aument. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55).

É cediço que a prova da existência de uma lesão é imprescindível para que se possa falar em indenizar, recompor ou recompensar, visto que não existe responsabilidade civil sem dano.

Nesse diapasão, conclui o douto magistrado Sérgio Cavalieri Filho que “não haveria que se falar em indenização, ressarcimento, se não houvesse dano”. Acrescentando ainda: “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”. (FILHO, Sergio Cavalieri. Apud MELO, Nehemias Domingos de Melo. *Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2. ed. rev., atual. e aument. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55).

Urge destacar que na indenização a título de danos imateriais paga-se pela perda da auto-estima, pela dor não física, mas interior, pela tristeza impingida.

Lecionando sobre o assunto, Caio Mário escreve:

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica com que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, às suas afeições etc. (*Responsabilidade Civil*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 54).

Nesse diapasão, a despeito do dissabor experimentado pelo apelante, entendo que o infortúnio vivenciado em razão das falsas promessas da apelada se caracteriza como mero aborrecimento, ao qual, infelizmente, todos estão suscetíveis.

Segundo o entendimento do Col. STJ:

Mero receio ou dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias (STJ, 4ª Turma, REsp 489.187-RO-AgRg, Rel. Min. Sávio de Figueiredo, j. em 13/5/2003, negaram provimento, v.u., DJU de 23/06/2003, p. 385) (NEGRÃO, Theotonio, GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 23. ed. atual. até 10 de janeiro de 2004. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 78).

Ademais, saliento que, nos termos da jurisprudência desta Corte, em que pese deva ser reconhecida a nulidade do negócio jurídico firmado entre as partes, o inadimplemento contratual da apelada não é capaz de causar abalo à personalidade do indivíduo, afastando-se o dever de reparação.

Apelação cível. Ação de indenização. Pirâmide financeira. Objeto ilícito. Crime contra a economia popular. Negócio jurídico nulo. Impossibilidade de produção de efeitos. Danos morais incoerentes. A prática da chamada “pirâmide financeira” contraria o ordenamento jurídico. Assim, dada a ilicitude do objeto contratual, o negócio jurídico é nulo e, por conseguinte, não produz efeitos. O mero transtorno, aborrecimento ou o simples inadimplemento contratual, não se revelam suficientes à configuração do dano moral. Não pode ser presumida a existência de dano psicológico em todo e qualquer prejuízo material à vítima de ato ilícito. Embora haja indicação de conduta ilícita da ré, para que haja condenação por danos morais, deve ser demonstrada situação excepcional ou dano aos direitos de personalidade da vítima (TJMG. Apelação Cível nº 1.0145.13.034065-9/001, Rel. Des. Edison Feital Leite, 15ª Câmara Cível, j. em 16/2/2017, p. em 24/2/2017).

Indenização. Danos morais e materiais. Pirâmide financeira. Negócio jurídico. Nulidade. Dano moral. Ônus da prova. Ausência de comprovação. - É nulo o negócio jurídico que constitui “pirâmide financeira”, por ser ilícito seu objeto, impondo-se restabelecer as partes ao seu *status quo* ante, sendo nulos todos os efeitos decorrentes do contrato. Para a configuração dos danos morais, é necessário que se verifique a presença simultânea de três elementos essenciais, quais sejam: a ocorrência indubitosa do dano; a culpa, o dolo ou má-fé do ofensor; e o nexo causal entre a conduta ofensiva e o prejuízo da vítima. Ausente a

prova da repercussão na esfera íntima do autor, deve ser julgado improcedente o pedido de indenização por danos morais (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.13.004635-5/001, Rel.^a Des.^a Evangelina Castilho Duarte, 14^a Câmara Cível, j. em 2/10/2014, p. em 10/10/2014).

Apelação cível. Ação de cobrança cumulada com reparação de danos. Empresa de *containers* que atuava em esquema de pirâmide financeira. - Se os contratos celebrados entre as partes foram oferecidos por empresa numa pirâmide financeira, lesando dolosamente milhares de pessoas, sua nulidade não pode ser por ela alegada como forma de se eximir de cumprir o que prometera, sob pena de se autorizar que se beneficie com a própria torpeza. - O mero inadimplemento contratual não configura dano moral, pois, a despeito do aborrecimento experimentado pelo contratante, não há violação de direitos da personalidade. - Parcialmente providos ambos os recursos. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0079.09.935239-9/001, Rel. Des. Nilo Lacerda, 12^a Câmara Cível, j. em 12/9/2012, p. em 25/9/2012).

Portanto, a meu ver, no caso dos autos, não restou apurada nenhuma lesão moral, suscetível de ser indenizada.

Em relação à distribuição dos ônus sucumbenciais, saliento que esta deve ocorrer de acordo com o êxito de cada uma das partes na demanda, nos termos do art. 86 do NCPC.

Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.

Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

Considerando que o autor teve êxito em grande parte de seus pedidos, sendo sucumbente, tão somente, quanto ao pleito de danos morais, a meu ver correta a decisão que atribuiu à apelada o ônus de arcar com 75% e ao apelante com 25% das custas e dos honorários advocatícios.

E, em relação aos honorários advocatícios, a fixação se deu em consonância com os parâmetros legais, conforme previsto no art. 85, § 2º, do NCPC, ou seja, em um percentual sobre o valor da condenação, não havendo que se falar em qualquer alteração.

Por todo o exposto, declaro a decisão *ultra petita*, decotando parte da sentença atinente à restituição dos valores gastos na rescisão da empregada doméstica, e nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante.

Majoro os honorários advocatícios devidos aos procuradores da apelada em 16% sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERTO DINIZ JUNIOR e MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS.

Súmula - DECLARARAM A DECISÃO *ULTRA PETITA* E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Agravo de instrumento - Execução fiscal - Executada em recuperação judicial - Atos expropriatórios que comprometam a preservação da empresa - Impossibilidade - Recurso provido - Decisão reformada

- A despeito de o simples deferimento da recuperação judicial não ter o condão de suspender a execução fiscal, o colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de o Magistrado afastar atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, evitando que os mesmos inibam o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado.

- Deve ser mantida a decisão que indefere pedido expropriatório quando suficientemente demonstrado, pela sociedade empresária executada em recuperação judicial, que o ato de constrição patrimonial pretendido nos autos da execução fiscal causará prejuízo à sua recuperação.

- Tendo a recorrida se desincumbido do ônus da prova concernente à demonstração, no caso concreto, de que o ato de constrição patrimonial pretendido causará prejuízo à sua recuperação, não merece reforma a decisão recorrida que suspendeu a medida expropriatória.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0450.11.001002-9/001 - Comarca de Nova Ponte - Agravante: Estado de Minas Gerais - Agravado: A Rela S.A. Indústria e Comércio - Relator: DES. MOACYR LOBATO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Moacyr Lobato* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal interposto pelo Estado de Minas Gerais em face da decisão de f. 37/39-TJ, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Nova Ponte, que, nos autos da execução fiscal ajuizada em desfavor de A Rela S.A. Indústria e Comércio, aceitou a recusa do exequente ao bem nomeado à penhora pela executada, bem como indeferiu o pedido de penhora *on-line* e suspendeu quaisquer atos de expropriação que importem na redução do patrimônio da sociedade empresária ou exclua parte dele do processo de recuperação.

Em suas razões, o agravante sustenta, em síntese, que a decisão agravada merece reforma, ao fundamento de que, a teor dos §§ 4º e 7º do art. 6º da Lei 11.101/2005, é cabível, na espécie, a penhora *on-line* em desfavor da sociedade empresária agravada.

Aduz que a restrição imposta à Fazenda Pública Estadual quanto à execução de medidas capazes de afetar o patrimônio da executada afigura-se absurda, bem como que o indeferimento da penhora de bens da sociedade empresária fere o interesse público diante da indisponibilidade do crédito tributário, o qual é privilegiado em inúmeros dispositivos legais.

Próprio e tempestivo, estando ausente o preparo, em face da isenção legal, vieram-me os autos conclusos, tendo sido proferido o despacho inicial de f. 49/50-TJ, deferindo-se o processamento do presente agravo de instrumento, indeferida, na oportunidade, a medida liminar requerida.

Devidamente intimada, a parte agravada apresentou contraminuta às f. 52/93-TJ, pugnando pelo não conhecimento e, subsidiariamente, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Passo à análise das preliminares.

Da preliminar de descumprimento do art. 1.018 do Código de Processo Civil.

A agravada arguiu, em sede de contraminuta, preliminar de não conhecimento do recurso, ao fundamento de que o ente agravante teria descumprido a regra contida no art. 1.018 do Código de Processo Civil, ao não realizar a apresentação de cópias do agravo de instrumento perante o Juízo de origem.

Cediço que o ônus de informar quanto à interposição do agravo de instrumento em primeira instância incumbe ao recorrente, que, no prazo de até três dias, deve juntar a cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso, valendo a transcrição do art. 1.018 do CPC:

Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.

§ 1º Se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento.

§ 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no *caput*, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento.

§ 3º O descumprimento da exigência de que trata o § 2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.

No entanto, depreende-se do § 3º do aludido artigo que, embora o descumprimento das providências devidas importe na inadmissibilidade do recurso, imperioso reconhecer que a não disponibilização do agravo de instrumento interposto aos autos do processo deve ser arguida e provada pela própria parte agravada.

Assim, leciona Elpídio Donizetti:

Não obstante a utilização do verbete 'poderá' (*caput* do art. 1.018), permanece o caráter obrigatório da petição de juntada do agravo de instrumento interposto em segunda instância aos autos originais do processo, para fins de retratação do juízo singular e ciência do agravado sobre o ajuizamento do recurso e de seu conteúdo. A não informação ao juízo singular, no prazo de três dias a contar da interposição, implica inadmissibilidade do recurso, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 1.018 (DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.1.490).

Da mesma forma, é decisão deste eg. Tribunal:

Agravo de instrumento. Embargos à execução fiscal. Preliminar de descumprimento do art. 1.018, § 2º, do CPC/2015. Rejeição. Mérito. Atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal. Requisi-

tos do art. 739-A, § 1º, do CPC/73. Aplicação subsidiária. Depósito judicial da totalidade do crédito executado. Suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Art. 151, inciso II, do CTN. Paralisação do feito executivo. Possibilidade. Recurso Provido. - 1. Constitui ônus da parte agravada alegar e demonstrar a inércia ou incorreção do agravante em promover a devida apresentação do recurso junto ao juízo de primeiro grau, conforme estabelece o art. 1.018, § 3º, do CPC/2015. 2. A aplicação das regras do Código de Processo Civil às execuções fiscais ocorre de maneira subsidiária, na forma do art. 1º da Lei nº 6.830/80. 3. Existindo o depósito judicial do crédito tributário em sua integralidade aplica-se a regra contida no art. 151, inciso II, do CTN, que autoriza a suspensão de sua exigibilidade e, por consequência, do feito executivo. 4. Recurso provido (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0079.15.012846-4/001, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, j. em 9/8/2016, p. em 23/8/2016).

Na espécie, a alegação quanto à ausência de juntada, em primeira instância, da documentação necessária para a ciência da recorrida e possível juízo de retratação encontra-se desacompanhada de qualquer comprovação, pelo que não é possível acolher a preliminar arguida e inadmitir o presente agravo.

Pelo exposto, rejeito a preliminar.

Da preliminar de não cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Em sede de contraminuta, a agravada alega, ainda, que a decisão recorrida não estaria contemplada dentre as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento elencadas pelo art. 1.015 do Código de Processo Civil.

Melhor sorte não assiste à agravada, haja vista que a decisão vergastada fora proferida nos autos de Execução Fiscal, encontrando-se, pois, abrangida pela previsão contida no parágrafo único do art. 1.015 do Código de Processo Civil, segundo o qual caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de execução, mostrando-se oportuna a transcrição:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar.

Inexistindo mais preliminares a serem analisadas, passo ao exame do mérito.

Mérito.

Cinge-se o presente agravo de instrumento à análise da decisão que aceitou a recusa do ente público agravante ao bem nomeado à penhora pela agravada, indeferiu o pedido de penhora *on-line* formulado e, ainda, suspendeu quaisquer atos de expropriação que importem na redução do patrimônio da sociedade empresária agravada, ou exclua parte dele do processo de recuperação.

Preambularmente, insta salientar que o simples deferimento da recuperação judicial não tem o condão de suspender a execução fiscal, consoante dispõe o art. 6º, § 7º, da Lei Federal nº 11.101/2005:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

[...].

Do mesmo modo, o art. 29, *caput*, da Lei Federal nº 6.830/1980 enuncia: “Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento”.

E, ainda, o art. 187, *caput*, do CTN: “Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

Todavia, embora o simples deferimento da recuperação judicial não suspenda o curso da execução fiscal, o colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento segundo o qual, embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, é possível que o Magistrado afaste atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, evitando que os mesmos inibam o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado.

Nesse sentido o seguinte julgado:

Conflito de competência. Juízo da execução fiscal e juízo da vara de falências e recuperações judiciais. Empresa suscitante em recuperação judicial. Competência do juízo falimentar para todos os atos que impliquem restrição patrimonial. - 1. As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos. 2. Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras. Precedentes. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Distrito Federal para todos os atos que impliquem em restrição patrimonial da empresa suscitante (STJ, Conflito de Competência nº 116.213/DF, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. em 28.9.2011, p. em 5.10.2011).

No mesmo sentido o posicionamento adotado por este Tribunal em situações semelhantes:

Conflito negativo de competência. Sociedade empresária em recuperação judicial. Suspensão da execução fiscal. Impossibilidade. Suspensão de atos de constrição e alienação de bens da empresa. Necessidade. Inteligência dos arts. 6º, § 7º, e 47 da Lei nº 11.101/2005. Precedente do STJ. - O art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que as ações de execução fiscal não se suspendem após o deferimento do pedido de recuperação judicial, exceto na hipótese de parcelamento do débito. - Apesar de o processamento da execução fiscal não se suspender pelo deferimento da recuperação judicial, é cediço que a prática de atos de constrição e alienação pode prejudicar o cumprimento do plano de recuperação judicial e a própria

superação da crise econômico-financeira da empresa. - O colendo STJ consolidou o entendimento segundo o qual somente com a anuência do juízo da recuperação judicial podem ser realizados os atos de alienação e constrição patrimonial que comprometam o cumprimento do plano de reorganização da empresa (TJMG - Conflito de Competência nº 1.0000.16.001083-1/000, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 31/5/2016, p. em 7/6/2016).

Agravo de instrumento. Ação de execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Sociedade empresária em recuperação judicial. Suspensão da execução fiscal. Impossibilidade. Suspensão de atos de constrição e alienação de bens da empresa. Necessidade. Inteligência dos arts. 6º, § 7º, e 47 da Lei nº 11.101/2005, segundo o entendimento do STJ. Recurso parcialmente provido. - A exceção de pré-executividade consiste na faculdade atribuída ao devedor, de submeter ao conhecimento do magistrado nos próprios autos da execução, independentemente de penhora ou embargos, em qualquer fase do procedimento, matérias suscetíveis de serem apreciadas de ofício ou que não exija qualquer dilação probatória para sua demonstração, sendo o vício ou a nulidade apontada evidente e flagrante. - O art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005 estabelece que as ações de execução fiscal não se suspendem após o deferimento do pedido de recuperação judicial, exceto na hipótese de parcelamento do débito. - Apesar de o processamento da execução fiscal não se suspender pelo deferimento da recuperação judicial, é cediço que a prática de atos de constrição e alienação pode prejudicar o cumprimento do plano de recuperação judicial e a própria superação da crise econômico-financeira da empresa. - O egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, muito embora a execução fiscal não se suspenda pelo deferimento da recuperação judicial, devem ser obstados os atos judiciais que possam reduzir o patrimônio da sociedade empresária em recuperação. - Portanto, a ação de execução fiscal deve prosseguir, porém sem a prática de atos judiciais de constrição ou alienação dos bens da executada, razão pela qual a reforma parcial da decisão agravada é medida que se impõe (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0283.14.002333-6/001, Rel.ª Des.ª Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, j. em 1º/3/2016, p. em 15/3/2016).

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Executado em recuperação judicial. Suspensão das medidas constritivas. Preservação do plano de recuperação judicial. - O deferimento do processamento de recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas somente os atos de constrição, de modo a preservar o plano de recuperação judicial apresentado no juízo universal (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.11.103762-8/001, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, j. em 3/3/0016, p. em 4/3/2016).

Agravo de instrumento. Execução Fiscal. Consulta ao sistema Bacenjud. Executada. Empresa em recuperação judicial. Restrição patrimonial. Impossibilidade. Recurso provido. - Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0324.13.003804-9/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. em 7/4/2015, p. em 17/4/2015).

Agravo de instrumento. Tributário. Execução fiscal. Recuperação judicial. Atos de expropriação: efeito suspensivo. - Embora a execução fiscal não se submeta diretamente ao juízo da recuperação judicial, o processamento desta implica impedimento aos atos expropriatórios, sob pena de inviabilizar-se o cumprimento do plano e tornar inócuo o instituto, violando-se os respectivos princípios que o orientam (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0024.06.073770-7/001, Rel. Des. Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, j. em 24/9/2013, p. em 27/9/2013).

Agravo de instrumento. Recuperação judicial. Suspensão da ação de execução fiscal. Impossibilidade. Art. 6º, § 7º, Lei nº 11.101/2005. Vedação de atos que impliquem restrição patrimonial. - Segundo posicionamento adotado pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, 'embora a execução fiscal não se suspenda em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa executada, são vedados atos

judiciais que importem a redução do patrimônio da empresa, ou exclua parte dele do processo de recuperação, sob pena de comprometer, de forma significativa, o soerguimento desta' (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0283.09.012480-3/001, Rel. Des. Jair Varão, 3ª Câmara Cível, j. em 21/2/2013, p. em 1/3/2013).

Na espécie, tenho que restou suficientemente demonstrado que a constrição patrimonial na forma pretendida pelo ente exequente irá comprometer significativamente o cumprimento do plano de recuperação judicial e o soerguimento da sociedade empresária recuperanda, notadamente considerando o relatório contábil, subscrito por profissional devidamente habilitado, no qual constam, inclusive, 5 (cinco) bens imóveis de propriedade da sociedade empresária passíveis de penhora como opção à supressão de faturamento da sociedade empresária.

Nota-se, ademais, que o d. Magistrado *a quo* que proferiu a decisão suspensiva dos atos expropriatórios ora impugnada é também o Juiz que preside o processamento da recuperação judicial da sociedade empresária agravada, possuindo melhores condições de apreciar, previamente, os atos expropriatórios, a fim de verificar se tais medidas inviabilizariam o próprio plano recuperacional.

Nesse passo, tendo a recorrida se desincumbido do ônus da prova concernente à demonstração, no caso concreto, de que o ato de constrição patrimonial pretendido causará prejuízo à sua recuperação, não merece reforma a decisão recorrida.

Com efeito, deve ser mantida a decisão agravada, haja vista que a suspensão dos atos expropriatórios se deu mediante prévia apreciação do Juiz responsável pelo processo da recuperação judicial da sociedade empresária agravada, que verificou que os atos pretendidos inviabilizariam o próprio plano de recuperação.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.

Custas, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUÍS CARLOS GAMBOGI e CARLOS LEVENHAGEN.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO.

• • •

Apelação Cível - Ação de cobrança - Contrato de empreitada - Inadimplemento contratual - Ausência de prova - Exceção do contrato não cumprido - Improcedência - Sentença mantida

- Consoante disposto no art. 476 do Código Civil, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

- Não havendo comprovação de que a parte autora cumpriu integralmente o contrato de empreitada firmado entre as partes, deve ser mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos da inicial.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0515.15.001105-1/001 - Comarca de Piumhi - Apelante: R&F Locação de Equipamentos para Construção Civil Ltda. - ME - Apelado: José Wellington Costa - 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, 6 de dezembro de 2017. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de recurso de apelação interposto por R&F Locação de Equipamentos para Construção Civil Ltda. - ME à sentença de f. 50/51-v, proferida nos autos da “ação ordinária” movida contra José Wellington Costa, por meio da qual o MM. Juiz assim decidiu:

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido inicial, extinguindo-se o presente feito, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil.

Por força da sucumbência, condeno a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios que fixo no importe de R\$1.000,00 (um mil reais), que deverá ser atualizado desde a presente sentença até o seu efetivo pagamento, utilizando-se a Tabela Prática da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Nas razões recursais (f. 53/58), em síntese, sustentou que “o apelado apresentou anexo fotográfico que não deixa dúvida de que houve aplicação de pedra britada no empreendimento, obrigação que integra os serviços contratados através do instrumento de f. 15/17” e que “não resta dúvida de que houve a prestação de serviços pela empresa apelante, efetuados dentro das mais rígidas normas de engenharia”.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, a fim de que os pedidos sejam julgados procedentes.

Apesar de intimado, o réu não ofertou contrarrazões (f. 61-v).

É o relatório.

Decide-se.

Colhe-se dos autos que a R&F Locação de Equipamentos para Construção Civil Ltda. - ME ajuizou ação ordinária em desfavor de José Wellington Costa, narrando que “foi contratada pelo réu para a realização dos seguintes serviços: 1- terraplanagem e aplicação de pedra britada (em aproximadamente 5.680 m²) no imóvel denominado ‘Vivendas da Canastra [...]’; 2- implantação de rede de distribuição de água potável, disponibilizando um ponto de captação por chácara projetada”.

Argumentou que “em pagamento pelos serviços prestados, o réu prometeu entregar os lotes n^{os} 6, 7, e 8 [...], os quais têm valor aproximado de R\$20.000,00 (vinte mil reais) cada”, mas que “embora os serviços tenham sido prestados na forma contratada, o réu se recusou a receber formalmente a obra e, até a presente data, não procedeu à devida transferência dos imóveis prometidos em pagamento”.

Por tais razões, pediu “seja julgada procedente a presente ação, fixando-se prazo para cumprimento da obrigação, sob pena de aplicação de multa diária”, bem como “não cumprindo o réu espontaneamente a obrigação, que seja expedido mandado de imissão de posse e consequente determinação de inscrição imobiliária no cartório competente, declarando por consequência a adjudicação dos imóveis”.

Citado, o réu contestou às f. 24/30 enfatizando que “realmente firmou contrato com a empresa para que esta realizasse os serviços de terraplanagem e britagem”, mas “os serviços ora contratados não foram realizados pela empresa, nem tampouco está instalada a rede de água, com a colocação dos canos para captação da rede”.

Acrescentou “que assim que for cumprido o referido acordo, todas as providências serão adotadas para que a empresa receba o que foi acordado em contrato”.

Ao se manifestar sobre a contestação, a empresa autora afirmou que “as obras de instalação de rede de água não puderam ser executadas devido à falta de respectivo projeto e aprovação pelo órgão competente”, de modo que “o réu não pode alegar em seu benefício a omissão à qual deu causa”.

Apesar de intimadas, as partes não especificaram provas (f. 47v), razão pela qual o d. Magistrado *a quo* imediatamente proferiu a sentença hostilizada.

Esses são os fatos.

Pois bem.

O “contrato de empreitada para execução de pavimentação asfáltica” firmado pelas partes, sobre o objeto e o preço, dispôs:

Cláusula 1^a - Do objeto.

1.1- O objeto deste contrato é:

1.1.1. - A realização de terraplanagem e aplicação de pedra britada (em aproximadamente 5.680m²) em imóvel de propriedade do contratante denominado “Vivendas da Canastra”, no Bairro Sobradinho, em São Roque de Minas-MG.

1.1.2. - A implantação de rede de distribuição de água potável, disponibilizando um ponto de captação por chácara projetada, não sendo objeto do presente contrato a perfuração do respectivo poço artesiano e seus consectários.

Cláusula 2ª - Do preço.

2.1 - Pela empreitada ora avençada o contratante dará à contratada os lotes de n.ºs 6, 7 e 8 da quadra 2 do empreendimento em referência, conforme mapa que se faz parte integrante do presente contrato.” (sic, f. 15).

Constata-se, portanto, que se trata de contrato sinalagmático, no qual uma obrigação somente pode ser exigida após a realização da contraprestação que lhe corresponde.

Isso porque vigora a cláusula geral, denominada exceção de contrato não cumprido - *exceptio non adimpleti contractus* -, prevista no art. 476 do Código Civil, que assim dispõe: “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

A propósito, sobre o tema, leciona Orlando Gomes, em sua obra *Contratos*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 78, *in verbis*:

Visto que a interdependência das obrigações é da essência dos contratos sinalagmáticos, cada contraente não pode, antes de cumprir sua obrigação, exigir do outro adimplemento da que lhe incumbe. Diz-se que pode opor ao outro, paralisando a execução do contrato, a exceção da inexecução, conhecida como *exceptio non adimpleti contractus*, literalmente “exceção de contrato não cumprido”.

No caso, a autora apelante postulou o recebimento do preço ao argumento de que teria executado a integridade das obras contratadas, sem, todavia, produzir qualquer indício de prova acerca do alegado.

Em verdade, como destacado, a própria apelante confirmou na impugnação à contestação que não chegou a instalar a rede de água (f. 44), sendo certo que, intimada para especificar provas, ainda deixou transcorrer *in albis* o prazo.

Ademais, também não foi produzida nenhuma prova no sentido de que a municipalidade teria criado óbices à execução do projeto, sendo frágeis as alegações da parte autora nesse sentido.

No tocante à terraplanagem e à aplicação de pedra britada, insta salientar que as fotografias juntadas pelo réu (f. 35/39) evidenciam a insuficiência dos serviços, haja vista que demonstram apenas um amontoado de brita em área seguramente inferior à contratada (5.680m²).

Nesse contexto, não há como prosperar o pedido de cobrança, razão pela qual deve ser confirmada a sentença recorrida, com a ressalva de que, em sendo o caso, a empresa apelante poderá postular o que de direito depois de cumprir sua obrigação.

Conclusão.

Com essas considerações, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante. Majoram-se os honorários advocatícios para R\$1.200,00 (mil e duzentos reais), na forma do art. 85, § 11, do Novo CPC.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE SANTIAGO e ALBERTO DINIZ JUNIOR.

Súmula - RECURSO NÃO PROVIDO.

• • •

Apelação cível - Ação de cobrança de aluguel e encargos da locação - Preliminar de deserção - Rejeição - Produção de provas bastantes à apuração de valor de benfeitorias - Desnecessidade - Renúncia contratual expressa ao direito de indenização - Súmula 335/STJ - Gratuidade judiciária - Requisitos preenchidos - Deferimento

- O recurso manejado contra decisão que indefere pedido de justiça gratuita está isento do pagamento do preparo.
- É válida, nos contratos de locação, a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção. Inteligência da Súmula 335 do Superior Tribunal de Justiça.
- Havendo renúncia expressa do locatário ao direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel objeto do contrato celebrado entre as partes, não se há de falar em indenização e, via de consequência, em necessidade de produção de quaisquer provas para a apuração do valor dessas benfeitorias.
- Inexistindo nos autos qualquer elemento que afaste a presunção de veracidade da declaração de miserabilidade apresentada, deve ser deferido o benefício de justiça gratuita.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0142.12.001129-1/001 - Comarca de Carmo do Cajuru - Apelante: Luiz Carlos Vilela de Oliveira - Apelado: João Rabelo da Silva - 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 REJEITAR PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017 - *José de Carvalho Barbosa* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Luiz Carlos Vilela de Oliveira nos autos da ação de despejo cumulada com pedido de cobrança de aluguéis e demais encargos da locação, movida por João Rabelo da Silva, perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Carmo do Cajuru, tendo em vista a sentença de f. 209/215, que julgou procedentes, em parte, os pedidos iniciais para:

[...] condenar o requerido (1) ao pagamento dos aluguéis vencidos antes do ajuizamento e durante o curso da demanda, no valor pleiteado pela parte autora, com o desconto dos valores depositados durante o curso do processo (f. 68, 81, 82, 83, 84, 139 e 140), com correção monetária desde os vencimentos e juros legais, a partir da data da propositura da demanda; (2) dos valores referentes aos acessórios locatícios contratados, como especificado pela parte autora (f. 160), que não foram impugnados pelo requerido, com aplicação de correção monetária e juros legais desde as datas dos respectivos pagamentos (f. 163/171); (3) ainda, condená-lo a indenização do valor da reparação dos danos materiais sofridos pelo autor, conforme relação de f. 161 e documentos de f. 172/177, devidamente corrigidos desde as datas dos respectivos pagamentos, com aplicação da tabela da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, além dos juros de 1% ao mês desde a data dos pagamentos, nos termos da fundamentação.

Referida sentença ainda condenou o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação, indeferindo-lhe os benefícios da justiça gratuita. Em suas razões recursais de f. 217/225, alega o réu, ora apelante, que, apesar de ter manifestado, a tempo e modo, interesse na produção de provas, entendeu por bem o culto Sentenciante proferir a sentença recorrida, em flagrante desrespeito ao contraditório e à ampla defesa.

Registra que “a sentença merece ser anulada, pois proferida em processo que não respeitou o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, uma vez que, não sendo indeferidas as provas especificadas por três vezes pelo apelante e não impugnadas pelo apelado, o magistrado *a quo* simplesmente entendeu ‘maduro o feito’, notadamente contrariando o inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil”.

Pugna, ainda, pelo deferimento da gratuidade judiciária, ao argumento de não ter condições de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios, sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família, bem como pelo provimento do recurso, de modo a ser cassada a sentença recorrida e determinado o retorno dos autos à Comarca de origem, para reabertura de fase instrutória.

Ausente o preparo, ante a súplica meritória.

Contrarrazões apresentadas às f. 231/236, tendo o apelado suscitado preliminar de não conhecimento do recurso, por deserção.

É o relatório.

Preliminar.

Deserção.

Impõe-se, em primeiro lugar, o exame da preliminar, suscitada pelo apelado, de não conhecimento do recurso, por deserção.

E faço-o para rejeitá-la.

Para o apelado, “o recorrente não goza do benefício da gratuidade. Este benefício lhe fora indeferido na sentença, inclusive sobre o qual nem sequer houve recurso”.

Ocorre que, ao contrário do afirmado pelo apelado, insurgiu-se sim o apelante, em suas razões recursais, contra o indeferimento da benesse pleiteada, alegando não possuir condições de arcar com as custas do processo e honorários advocatícios, sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família e reiterando a declaração de f. 53.

Vê-se, pois, que o indeferimento, na sentença recorrida, dos benefícios da gratuidade judiciária vindicados pelo réu é, de fato, objeto do recurso por ele manifestado.

E, como é de sabença geral, o recurso manejado contra decisão que indefere pedido de justiça gratuita está, a princípio, isento do pagamento do preparo.

Veja-se:

Justiça gratuita. Requerimento denegado na sentença. Apelação. Falta de preparo. Possibilidade. - Interposta apelação da sentença que denegou o benefício da gratuidade, a falta de preparo não autoriza seja decretada a deserção do recurso do requerente do benefício sem que previamente seja examinada pela Câmara a questão da gratuidade; se denegada, será oportunizado ao requerente o pagamento do numerário correspondente ao preparo, que só ali se tornou exigível. Recurso conhecido em parte e provido (STJ REsp 247428/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. em 2/5/2000, *DJ* de 19/6/2000, p. 153).

Recurso especial. Civil. Justiça gratuita. Requerimento a qualquer tempo. Processual. - I. A assistência judiciária gratuita pode ser pleiteada a qualquer tempo, desde que comprovada a condição de hipossuficiente (Lei nº 1.060/50, art. 4º, § 1º). É suficiente a simples afirmação do estado de pobreza para a obtenção do benefício, ressalvado ao juiz indeferir a pretensão, se tiver fundadas razões. II. Situação em que a parte, em razão de sua possível hipossuficiência econômica, ficou impossibilitada de obter o exame, em segundo grau de jurisdição, da sentença, pois julgada deserta a apelação. Precedentes. Recurso Provido (STJ REsp 422140/MG, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 16/5/2002, *DJ* de 10/6/2002, p. 266).

No mesmo sentido é a posição deste eg. Tribunal de Justiça:

Agravo de instrumento. Ação revisional de contrato. Assistência judiciária. Indeferimento. Apelação. Ausência de preparo. Pedido de assistência judiciária nas razões recursais. Não conhecimento. Deserção. Não ocorrência. - Havendo pedido de justiça gratuita na apelação, ela não pode ser considerada deserta, por falta de preparo, enquanto não decidida a questão do cabimento do benefício pelo Tribunal. Recurso provido (Agravo de Instrumento nº 1.0024.11.324369-5/001, Rel. Des. Leite Praça, j. em 16/3/2012, *DJ* de 21/3/2012).

Agravo de instrumento. Negativa de seguimento a recurso de apelação. Discussão sobre o indeferimento da assistência judiciária. Deserção. Inexistência. Apelo destrancado. - Quando o recurso de apelação versa sobre o pedido de assistência judiciária indeferido em primeira instância, o trancamento do recurso à guisa de deserção é descabido antes da manifestação da segunda instância (Agravo de Instrumento nº 1.0024.11.210809-7/001, Relator Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, 13ª Câmara Cível, j. em 19/4/2012, *DJ* de 24/4/2012).

Pelo exposto, rejeito a preliminar de deserção.

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - De acordo com o Relator.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Mérito recursal.

Versam os autos sobre ação movida por João Rabelo da Silva, ora apelado, em face de Luiz Carlos Vilela de Oliveira, ora apelante, por meio da qual busca o autor a decretação do despejo do réu do imóvel objeto do contrato de locação firmado entre as partes, bem como a condenação deste ao pagamento dos alugueis e demais encargos da locação inadimplidos.

O douto Juiz de primeiro grau, ao proferir a sentença hostilizada, julgou procedentes, em parte, os pedidos iniciais para condenar o réu ao pagamento dos alugueis e encargos da locação (IPTU e contas de energia e água) inadimplidos, além das despesas gastas pelo autor com a reforma, limpeza e pintura do imóvel após a sua desocupação pelo locatário réu.

E, em suas razões recursais, limitou-se o requerido/apelante a alegar, em resumo, que, apesar de ter manifestado, a tempo e modo, interesse na produção de provas, entendeu por bem o culto Sentenciante proferir a sentença recorrida, em flagrante desrespeito ao contraditório e à ampla defesa.

Não vejo, todavia, como possa merecer provimento o inconformismo.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o réu requereu, em especificação de provas, a produção da prova oral e pericial, “para aferir o valor das benfeitorias feitas no imóvel”.

Fora realizada vistoria no imóvel, devidamente acompanhada por oficial de justiça, oportunidade em que foram constatadas as péssimas condições em que se encontrava o bem (f. 99/122) e, em antecipação dos efeitos da tutela, determinada a desocupação voluntária do imóvel, sob pena de despejo compulsório (f. 125/127).

Registre-se que, além da vistoria acima mencionada, foi realizada a prova pericial de f. 189/199, por meio da qual se apurou o real valor dos aluguéis, tendo em vista a contestação do réu quanto aos valores cobrados a esse título.

Ora, entendo que a produção das provas oral e pericial requeridas, “para aferir o valor das benfeitorias feitas no imóvel”, além daquelas já produzidas nos autos, mostra-se desnecessária ao julgamento da lide.

Estabelecem os artigos 35 e 36 da Lei nº 8.245/91 o seguinte:

Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção.

Art. 36. As benfeitorias voluptuárias não serão indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que sua retirada não afete a estrutura e a substância do imóvel.

No mesmo sentido é o art. 578 do CC/02, ao disciplinar que, “salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador”.

Importante salientar ainda que a Súmula 335 do STJ é clara ao dispor acerca da validade, nos contratos de locação, da cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção.

Vê-se, pois, que, independentemente da discussão acerca da necessidade de autorização dada pelo locador, as benfeitorias úteis e necessárias realizadas pelo locatário no imóvel locado serão indenizadas, desde que inexistir expressa disposição contratual em contrário.

E, no caso dos autos, a cláusula XI do contrato de locação de f. 16 é expressa ao consignar a renúncia do locatário ao recebimento de indenização por benfeitorias úteis ou necessárias realizadas no imóvel.

Confira-se:

Cláusula XI) Indenização e direito de retenção: Toda e qualquer benfeitoria autorizada pelo Locador, ainda que útil ou necessária, ficará automaticamente incorporada ao imóvel, sem prejuízo do disposto na letra ‘e’ da cláusula oitava deste instrumento, não podendo o Locatário pretender qualquer indenização ou ressarcimento, bem como arguir direito de retenção pelas mesmas.

Assim, havendo renúncia expressa do réu/locatário ao direito de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel objeto do contrato celebrado entre as partes, não se há de falar em indenização e, via de consequência, em necessidade de produção de quaisquer provas para a apuração do valor dessas benfeitorias.

Por fim, relativamente ao pleito de concessão dos benefícios da gratuidade judiciária, entendo assistir razão ao réu/apelante.

Como sabido, para a concessão do benefício da assistência judiciária, regulado pela Lei nº 1.060/50, basta a declaração de hipossuficiência financeira da parte interessada.

Assim dispõe a citada Lei nº 1.060/50:

Art. 2º Gozarão dos benefícios desta lei os nacionais e estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar e do trabalho.

Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Cabe ressaltar que a declaração de hipossuficiência firmada pela parte goza de presunção de veracidade, que somente pode ser afastada mediante prova em sentido contrário.

No caso em exame, o douto Juiz de primeiro grau indeferiu, na sentença recorrida, o pedido de justiça gratuita, sob o fundamento de inexistir comprovação de sua hipossuficiência.

Induvidoso, conforme jurisprudência já pacificada por este Tribunal, que pode o Magistrado determinar produção de provas quanto à alegada condição de miserabilidade, quando verificar indícios de que a parte possui condição financeira suficiente para custear o processo.

No entanto, essa faculdade do julgador, por si só, não ocasiona o afastamento da presunção de veracidade da declaração de pobreza. Tal presunção, como já foi dito, somente pode ser elidida mediante prova em contrário, o que não existe nos autos.

De salientar, também, que os Tribunais Superiores já se manifestaram no sentido de não haver incompatibilidade entre o art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e o art. 4º da Lei 1.060/50, persistindo, a princípio, a exigência de mera declaração da insuficiência para o deferimento da assistência judiciária gratuita.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil. Recurso especial. Assistência judiciária gratuita. Pessoa natural. Declaração de miserabilidade. Presunção *juris tantum* operando em favor do requerente do benefício. Recurso provido. - 1. O art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50 traz a presunção *juris tantum* de que a pessoa natural que pleiteia o benefício de assistência judiciária gratuita não possui condições de arcar com as despesas do processo sem comprometer seu próprio sustento ou de sua família. Por isso, a princípio, basta o simples requerimento, sem qualquer comprovação prévia, para que lhe seja concedida a assistência judiciária gratuita. Embora seja tal presunção relativa, somente pode ser afastada quando a parte contrária demonstrar a inexistência

do estado de miserabilidade ou o magistrado encontrar elementos que infirmem a hipossuficiência do requerente. 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias, ignorando a boa lógica jurídica e contrariando a norma do art. 4º, § 1º, da Lei 1.060/50, inverteram a presunção legal e, sem fundadas razões ou elementos concretos de convicção, exigiram a cabal comprovação de fato negativo, ou seja, de não ter o requerente condições de arcar com as despesas do processo. 3. Recurso especial provido, para se conceder à recorrente o benefício da assistência judiciária gratuita (STJ. REsp 1178595/RS - Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJ de 4/11/2010).

Direito administrativo. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Justiça gratuita. Declaração de pobreza. Presunção legal que favorece ao requerente. Lei 1.060/50. Agravo não provido. - 1. 'o pedido de assistência judiciária gratuita previsto no art. 4º da Lei 1.060/50, quanto à declaração de pobreza, pode ser feito mediante simples afirmação, na própria petição inicial ou no curso do processo, não dependendo a sua concessão de declaração firmada de próprio punho pelo hipossuficiente' (REsp 901.685/DF, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 6/8/2008). 2. Hipótese em que a sentença afirma que 'existe requerimento à autora na peça vestibular, à f. 5 dos autos principais, pleiteando o benefício da Justiça Gratuita, por ser hipossuficiente' (f. 19e). 3. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, para fins de concessão do benefício da justiça gratuita em favor das pessoas naturais, basta 'a simples afirmação de se tratar de pessoa necessitada, porque presumida, *juris tantum*, a condição de pobreza, nos termos do artigo 4º da Lei nº 1.060/50' (EREsp 1.055.037/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, DJe de 14/9/2009). 4. Agravo regimental não provido (STJ. AgRg no REsp 1208487/AM - Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJ de 14/11/2011).

Vale destacar, no caso em apreço, que o réu/apelante apresentou declaração de pobreza (f. 53) e, à míngua de qualquer outro elemento de prova em contrário, entendo que faz ele jus ao benefício pretendido.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso e o faço apenas para conceder ao réu, ora apelante, os benefícios da gratuidade judiciária, por ele vindicados.

Custas processuais, a cargo do apelante, suspensa, todavia, a exigibilidade, por força do que ora restou decidido.

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Acompanho, na íntegra, o judicioso voto do ilustre Relator.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - De acordo com o Relator.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Indenizatória por erro médico - Legitimidade passiva *ad causam* - Hospital - Solidariedade - Responsabilidade civil - Culpa e nexo causal - Dano material - Reparação integral - Dano moral - Concausas - Proporcionalidade e razoabilidade

- Em caso de erro médico, o hospital responde juntamente com o profissional que atuar na condição de membro do corpo clínico daquela entidade, pois ambos fazem parte da cadeia de fornecimento do serviço, e o segundo atua por indicação do primeiro.
- Nesses casos, a responsabilidade do médico é direta, e a do hospital indireta, sendo suficiente, em relação a ambos, a comprovação de que a conduta culposa do primeiro tenha contribuído para o resultado danoso.
- Quando a conduta culposa imputada for o elemento propulsor do dano material, a reparação deve ser integral.
- Havendo concausa relativamente independente do dano moral, o valor da indenização deve ser proporcionalmente reduzido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0674.11.001197-2/001 - Comarca de Silvianópolis - Apelantes: 1º) Luiz Fernando Fagundes Gouvea; 2º) Hospital de Gimirim - Apelados: V.G.M.B. e seu marido - Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR SUSCITADA PELO SEGUNDO APELANTE, DAR PARCIAL PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGAR PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO, TUDO POR UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2017. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Luiz Fernando Fagundes Gouvêa e Hospital de Gimirim interpuseram apelação em desfavor de V.G.M.B. e seu, todos qualificados nos autos, atacando sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Silvianópolis, que julgou parcialmente procedente ação “indenizatória por erro médico”, ajuizada pelos apelados, condenando os apelantes, solidariamente, ao pagamento de R\$17.461,18 (dezessete mil, quatrocentos e sessenta e um reais e dezoito centavos) a título de ressarcimento por danos materiais e mais R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de compensação por danos morais, além do pagamento da totalidade das custas processuais e de honorários advocatícios de sucumbência arbitrados em 20% (vinte por cento) do montante das condenações principais (f. 753/756v).

Partes intimadas em 3/12/2015 (f. 757) e apelações protocolizadas em 16/12/2016 (f. 758 e 783-v). O recurso do primeiro apelante se fez acompanhar de comprovante do preparo (f. 781/782) e foi deferida gratuidade judiciária ao segundo apelante (f. 873).

O primeiro apelante alega, em suma, ausência de culpa e de nexo de causalidade na tentativa de afastar integralmente sua responsabilidade ou reduzir os valores das condenações (f. 758/780).

O segundo apelante, por sua vez, suscita preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e também defende a tese de ausência de culpa do primeiro apelante para afastar totalmente a condenação (f. 784/789).

Os apelados apresentaram contrarrazões, em óbvia infirmação, fazendo referência, principalmente, à prova pericial (f. 819/823).

Relatado, passo ao voto propriamente dito.

Presentes os pressupostos (intrínsecos e extrínsecos) de admissibilidade, conheço das apelações.

A alegação de ilegitimidade passiva do hospital não se sustenta.

Ainda que o atendimento da paciente tenha sido pelo SUS, e entre o hospital e o médico a quem foi imputada conduta culposa não se caracterize, tecnicamente, relação de emprego (arts. 2º e 3º da CLT), trata-se de serviço remunerado (de forma indireta), e ambos os réus/apelantes fazem parte da mesma cadeia de fornecimento, com vinculação jurídica entre eles.

A própria contestação do hospital, apesar de dizer que o médico seria autônomo e não contratado diretamente por aquela instituição, revelou textualmente que esse profissional “faz parte do seu corpo clínico” (vide f. 301). Além de o serviço ter sido prestado mediante utilização da estrutura do hospital (avaliada como insuficiente na perícia), o suposto causador direto do dano atuou por indicação daquele, ou seja, diferentemente do inovado nas razões recursais, sob a condição de preposto.

Assim, há possibilidade de responsabilização solidária, nos termos do art. 14, *caput*, do CDC, e, também, do art. 932, inc. III, do Código Civil, de modo a permitir médico e hospital no polo passivo da ação indenizatória. A propósito:

[...] para se atribuir responsabilidade ao hospital em razão de serviço médico propriamente dito, há que se perquirir quanto à existência ou não de um vínculo jurídico entre o médico e o estabelecimento, seja ele decorrente de uma relação trabalhista ou não. [...] o hospital responde pelos serviços médicos propriamente ditos, não só contrato total ou exclusivo, como também no dividido, quando constatada a existência de vínculo jurídico, ou seja, quando o médico for membro do corpo clínico [...]. O Hospital só não responderá quando o médico lhe for estranho, ou seja, quando o médico simplesmente utilizar das dependências hospitalares sem pertencer aos seus quadros, sem qualquer vínculo jurídico com o estabelecimento hospitalar” [ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira. *Responsabilidade dos hospitais, clínicas e assemelhados - o contrato hospitalar*. In: LANA, Roberto Lauro; FIGUEIREDO, Antônio Macena de (Coords.). *Temas de direito médico*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2004, p. 169).

No mesmo sentido, a jurisprudência:

Consumidor. Recurso especial. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Médico particular. [...]. Hospital. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva *ad causam*. [...]. 2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta

pelo *caput* do art. 14 do CDC. 3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento. 4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas. [...] (STJ, REsp. 1.216.424/MT, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 3^a Turma, j. em 9/8/2011, *DJe* de 19/8/2011).

Agravo Regimental no Agravo (art. 544 do CPC/73). Ação condenatória. Responsabilidade civil. Erro médico. Hospital. Responsabilidade solidária. Decisão monocrática que negou provimento ao recurso. Irresignação da casa de saúde. 1. Nos termos do art. 14 do CDC, quando houver uma cadeia de fornecimento para a realização de determinado serviço, ainda que o dano decorra da atuação de um profissional liberal, verificada culpa deste, nasce a responsabilidade solidária daqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço, como é o caso dos autos. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no AREsp 209.711/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, 4^a Turma, j. em 12/4/2016, *DJe* de 22/4/2016).

Apelação cível. Erro médico. [...] - Responsabilidade civil solidária do nosocômio. - A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que a relação existente entre hospital e paciente é de consumo, tendo esse o direito de ser indenizado pelos danos sofridos, pois, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.078/90, a responsabilidade do hospital, prestador de serviços, para com seus pacientes, é de cunho objetivo. - Demonstrada a existência de falha na prestação dos serviços médicos, através do corpo clínico do hospital, o dano suportado pelo paciente e o nexo de causalidade, evidencia-se a obrigação do Nosocômio pela reparação civil. - Consoante entendimento do STJ, uma vez comprovada a culpa do profissional médico e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, não se exclui a solidariedade do hospital imposta pelo *caput* do artigo 14 do CDC, porquanto é seu dever responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.11.009588-5/001, Rel.^a Des.^a Aparecida Grossi, 16^a CACIV, j. em 9/12/2015, p. em 22/1/2016).

Portanto, rejeito a preliminar.

DES.^a JULIANA CAMPOS HORTA - De acordo com o Relator.

DES. SALDANHA DA FONSECA - De acordo com o Relator.

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Avançando ao mérito, a controvérsia gira em torno da culpa do médico obstetra, que faz parte do corpo clínico do hospital, e do nexo de causalidade entre a conduta do profissional e parte dos problemas de saúde sofridos pela primeira autora/apelada.

A responsabilidade do médico é direta e a do hospital indireta, havendo necessidade, em relação a ambos, de comprovação de conduta negligente, imprudente ou imperita do primeiro, comissiva ou omissiva, como causa ou concausa dos danos materiais e morais sofridos pelos autores/apelados (art. 14, § 4º, do CDC; art. 186, art. 927 e art. 932, inc. III, do Código Civil). Vale citar:

Consumidor. Recurso especial. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Médico particular. Responsabilidade subjetiva. Hospital. Responsabilidade solidária. [...]. 5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor. [...] (STJ, REsp. 1.216.424/MT, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, 3^a Turma, j. em 9/8/2011, *DJe* de 19/8/2011).

Convém frisar que, embora também se tenha imputado na inicial que a conduta do médico fora a causa do parto prematuro seguido de morte do filho dos autores/apelados, a sentença já afastou a responsabilização por tal resultado. As condenações decorrem apenas de gastos pecuniários com tratamento emergencial não obstétrico (dano material), bem como complicações de saúde que geraram risco de morte à primeira apelada (dano moral), apontados como oriundos de demora em adoção de medidas que se fizeram necessárias frente a diagnóstico de Abdome Agudo Obstrutivo.

No caso, conforme apurado na perícia, houve o erro médico pelo retardamento de solicitação de avaliação por profissional de especialidade diversa da do primeiro apelante, a fim de que medidas emergenciais da área da gastroenterologia fossem tomadas de imediato e concomitantes com a intervenção obstetra adotada, de modo que evitasse o risco de morte da gestante e, inclusive, uma segunda cirurgia. Confira-se:

[...] faltou pensar na possibilidade de uma complicação, outro diagnóstico, uma vez que, a Periciada evoluía mal e necessitava de outra avaliação médica ou de um Gastro ou de um Cirurgião Geral. [...] Na análise do caso pude constatar que ocorreram dois eventos durante o atendimento da Periciada. Um obstétrico com Hiperemese gravídica e parto prematuro, e outro não obstétrico, de caráter geral que foi o infarto mesentérico que se desenvolveu em paralelo. [...] no RX do abdômen e US realizados no dia 26/2/2011, em que se deu o diagnóstico decisivo da emergência obstétrica e geral com Abdômen Obstrutivo Agudo. [...] somente no dia 28/2/2011 o médico Gastro fez avaliação da cirurgia geral e a Periciada foi transferida em caráter de Emergência para o Hospital Humanitas de Varginha, onde foi realizada a cirurgia geral, salvando a vida da paciente. [...] O procedimento obstétrico para salvar a vida da criança e o procedimento geral imediato para salvar a vida da mãe, mas os dois procedimentos deveriam ter sido realizados de emergência no dia 26/2/2011 ou a transferência da Paciente para um Hospital com mais recurso [...] a equipe deveria contar com um Cirurgião Geral por já ter o diagnóstico de Abdômen Agudo e feito uma Laparotomia Exploradora e assim anular o risco de morte da Paciente. Os dois procedimentos eram emergenciais. [...] já havia conhecimento do quadro de Abdômen Obstrutivo Agudo [...] duas doenças concomitantes, que não foram conduzidas dentro da característica emergencial necessária. [...] Na análise técnica neste caso, o Requerido, após o diagnóstico de Abdome Agudo Obstrutivo, no período da manhã do dia 26/2/2011, deveria ter solicitado a opinião do Gastro ou de um Cirurgião Geral, pois o caso era emergencial. [...] operou a paciente somente no final do dia 26/2/2011 e solicitou avaliação de outro colega dois dias após a Cesariana, colocando em risco de morte a paciente (f. 538/542).

[...] o diagnóstico do Abdome Obstrutivo Agudo foi dado pelos exames de RX e US do Abdome e pelo quadro clínico com Hematêmese, epistaxe e quadro toxêmico e nesse momento a decisão deveria ter sido com cirurgia geral, com provável procedimento de Laparoscopia Exploradora, abertura do útero com retirada da criança e tratamento da Necrose Intestinal. [...] o corte da cesárea e outro da cirurgia gástrica não tem fundamento lógico, pois a Necrose foi intestinal, sendo possível resolvê-la em um único procedimento com uma única incisão. [...] somente no dia 28/2/2011 outro médico avaliou a paciente, constatou a gravidade do caso e orientou a transferência em ambulância para o Hospital de Varginha onde foi operada com cirurgia emergencial e foram realizados procedimentos de reposição de sangue, antibiótico, terapia e cuidados gerais que salvaram a vida da paciente (f. 562).

Ora, não foi produzida contraprova técnica capaz de afastar a conclusão do laudo pericial, que é bastante elucidativo e aponta higidez metodológico-científica, realizado por profissional presumidamente isento e

sem qualquer vínculo com as partes, produzido sob o crivo do contraditório, respondendo fundamentadamente todas as indagações levantadas pelas partes.

Logo, devem ser mantidas as condenações, pois restou suficientemente demonstrado que houve demora injustificável de avaliação e de encaminhamento a procedimentos emergenciais frente a diagnóstico de Abdome Agudo Obstrutivo anterior, e que essa demora foi causa do agravamento do estado clínico, o que atraiu risco de morte à primeira apelada e tratamento emergencial não obstétrico custeado pelo segundo apelado.

Em relação ao dano material, tem-se que o erro médico foi o elemento propulsor do resultado, ou seja, foi o retardamento de medidas necessárias que gerou a necessidade de ser custeado tratamento independente, de modo que não há como afastar a regra da reparação integral (art. 944, *caput*, do Código Civil).

Já em relação ao dano moral, o laudo pericial aponta que a conduta médica não foi única causa do risco de morte sofrido pela primeira apelada, havendo outros elementos relativamente independentes que contribuíram para esse sofrimento, bem como que, embora tardiamente, foram tomadas providências evitando resultado pior. Vejamos:

a Periciada correu risco de morte pelas duas doenças que a acometeram. Essas intercorrências apresentaram fatores de causalidade, no princípio pela incompatibilidade do casal e sua decisão pela gravidez de risco, que não imaginavam o tamanho do risco; do diagnóstico das duas doenças, em caráter de raridade, que impactaram no agravamento do estado geral da Periciada; e a limitação de recursos do Hospital, que não possuía o suporte necessário para o atendimento do grave caso, contudo, não se pode deixar de relatar que a transferência para a cidade de Varginha foi uma decisão assertiva que salvou a vida da Paciente, embora tardiamente, atitude que deveria ter sido tomada na manhã de 26/2/2011, após o diagnóstico do Abdome Agudo Obstrutivo (f. 544).

Por conseguinte, nos termos do art. 944, parágrafo único, c/c art. 945 do Código Civil, deve ser reduzida a indenização por danos morais, que, pautada pela proporcionalidade e razoabilidade, merece minoração pela metade.

Isso, porém, não resultará em divisão das custas e honorários de primeira instância, pois “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca” (Súmula 326/STJ). Apenas em relação à verba sucumbencial da primeira apelação haverá rateio, pois, em relação a essa, houve resistência à redução da indenização.

Pelo exposto, dou parcial provimento à primeira apelação, apenas para diminuir para R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) o valor da indenização por danos morais e nego provimento à segunda apelação.

Sem honorários advocatícios recursais, porque a sentença é anterior à entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015 (Enunciado Administrativo nº 7 do STJ).

Custas da primeira apelação na proporção de 2/3 (dois terços) pelo respectivo apelante e 1/3 (um terço) pelos apelados, ficando suspensa a exigibilidade de ressarcimento da verba adiantada integralmente pelo primeiro, em razão dos benefícios da gratuidade judiciária que socorrem os segundos (f. 49).

Custas da segunda apelação integralmente pelo respectivo apelante, também suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade judiciária (f. 873).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JULIANA CAMPOS HORTA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - POR UNANIMIDADE, REJEITARAM PRELIMINAR SUSCITADA PELO SEGUNDO APELANTE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO À PRIMEIRA APELAÇÃO E NEGARAM PROVIMENTO À SEGUNDA APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível - Reexame necessário - Tributário - ISS - Base de cálculo - Construção civil - Dedução dos valores relativos aos materiais empregados na obra - Possibilidade - Precedente do Supremo Tribunal Federal - Recurso desprovido - Sentença confirmada

- O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o RE nº 603.497/MG, Rel.^a Min. Ellen Gracie, *DJe* de 16/9/2010, com repercussão geral reconhecida, o que implica a eficácia paradigmática do julgamento, nos termos do art. 543-B do CPC/73, reiterou seu entendimento de que, mesmo na vigência da Lei Complementar nº 116/03, é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na prestação do serviço de construção civil.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0431.15.001557-3/001 - Comarca de Monte Carmelo - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e da Juventude da Comarca de Monte Carmelo - Apelante: Município de Monte Carmelo - Apelado: Alcance Engenharia e Construção Ltda. - Autoridade Coatora: Prefeito Municipal de Monte Carmelo, Secretário Municipal de Fazenda do Município de Monte Carmelo - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES

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 E CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2017. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de recurso de apelação interposto à sentença proferida pela Dra. Tainá Silveira Cruvinel (reproduzida às f. 206/208), Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Monte Carmelo, que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Alcance Engenharia e Construção Ltda. contra ato supostamente coator imputado ao Secretário Municipal de Fazenda de Monte Carmelo, concedeu a segurança, para, reconhecendo o direito da impetrante de recolher o ISSQN com dedução de sua base de cálculo do valor dos materiais empregados na obra, compelir a autoridade coatora a abster-se de cobrar a exação com base no valor total da nota fiscal.

Irresignado, o Município de Monte Carmelo/MG interpôs recurso de apelação (f. 211/220), aduzindo, em síntese, que a empresa autora não faz jus a que seja deduzido da base de cálculo do ISS por ela devido o valor correspondente aos materiais de construção civil empregados para consecução dos serviços de engenharia por ela prestados, uma vez que a hipótese de dedução prevista no art. 7º, § 2º, I, da LC nº 116/03 exige que os materiais sejam fornecidos pelo próprio prestador de serviços fora do local da prestação, sujeitando-se ao ICMS, o que não seria o caso.

Arremata, pleiteando o provimento do recurso, para que, reformando a sentença, seja a segurança denegada.

Contrarrazões às f. 221/226.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 230/233, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do reexame necessário, bem como do recurso de apelação.

O cerne da questão devolvida a esta instância revisora cinge-se a perquirir a possibilidade de dedução dos valores relativos aos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do ISS devido pela empresa impetrante ao Município de Monte Carmelo/MG.

O art. 156, inciso III, da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

[...]

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;

[...].

Da análise do dispositivo constitucional em tela, verifica-se que a competência do Município para criação do ISSQN encontra-se limitada aos serviços definidos em lei complementar, que, além de elencar as hipóteses de incidência do imposto, estabelece outras normas de caráter geral, como, fixação de alíquotas máximas e mínimas, condições para concessão e revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais (art. 156, § 3º, da Constituição Federal).

O art. 9º, *caput*, do Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 834/69, estabelecia o preço do serviço como base de cálculo para o tributo. Contudo, a norma inserta no § 2º do referido artigo contemplava exceções à regra, verdadeiras hipóteses de não incidência, *in verbis*:

Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

[...]

§ 2º. Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços;

[...].

Posteriormente, com a edição da Lei Complementar nº 116/03, não foi alterada a base de cálculo do imposto, que continuou a ser o preço do serviço, nos termos do art. 7º.

Não obstante, apesar de mantida a possibilidade de dedução relativamente ao valor das mercadorias utilizadas na prestação dos serviços de construção civil e congêneres, aparentemente, essa hipótese restou restringida àquelas situações em que o próprio prestador produziu os materiais empregados na execução da obra.

Nesse sentido, confira-se a dicção do art. 7º, § 2º, da LC nº 116:

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

[...]

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;

[...].

Nesse contexto, a Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça pacificaram entendimento no sentido de que a base de cálculo do ISSQN corresponderia ao preço total do serviço, não sendo admitida a dedução do valor dos materiais adquiridos pelo prestador para execução dos serviços de construção civil:

Recurso especial. Tributário. Art. 7º, § 2º, da Lei 116/2003. Imposto sobre serviços. Base de cálculo. Preço do serviço. Impossibilidade de exclusão dos valores referentes às subempreitadas e aos materiais utilizados pelas empresas de construção civil. Precedentes. Recurso especial provido. - 1. De acordo com o entendimento firmado nesta Corte Superior, em se tratando de empresas do ramo de construção civil, a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a dedução do montante relativo às subempreitadas e aos materiais utilizados na obra. Precedentes: REsp 828.879/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJ* de 16.10.2006; REsp 926.339/SP, 2ª Turma, Rel.ª Min. Eliana Calmon, *DJ* de 11.5.2007; AgRg no REsp 917.751/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, *DJ* de 21.6.2007; AgRg no Ag 830.095/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJ* de 24.10.2007; REsp 328.427/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, *DJ* de 2.2.2004. 2. Recurso especial provido, a fim de que sejam incluídos na base de cálculo do ISS os valores relativos aos materiais empregados na obra, bem como aqueles referentes às subempreitadas, invertendo-se os ônus da sucumbência (REsp 974265/RS. 1ª Turma. Rel.ª Min. Denise Arruda, *DJe* de 26/8/2009).

Tributário. Construção civil. ISS. Base de cálculo. Dedução dos materiais empregados. Impossibilidade. Precedentes. - 1. A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Precedentes. 2. Recurso especial não provido (REsp 976605/SP. 2ª Turma. Rel.ª Min. Eliana Calmon, *DJe* de 2/4/2009. STJ. REsp 976605/SP. 2ª Turma. Rel.ª Min. Eliana Calmon, *DJe* de 2/4/2009).

Seguindo a linha do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em se tratando de empresas do ramo de construção civil, a base de cálculo do ISS deveria corresponder ao custo integral do serviço, não sendo admitida a dedução do montante relativo aos materiais adquiridos para utilização na obra, assim posicionei-me nos julgamentos sobre a questão de que participei.

Sucedede que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o RE nº 603.497/MG, com repercussão geral reconhecida, o que implica a eficácia paradigmática do julgamento, nos termos do art. 543-B do CPC, reiterou seu entendimento de que, mesmo na vigência da Lei Complementar nº 116/03, é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na prestação do serviço de construção civil, senão vejamos:

1. A hipótese dos autos versa sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre materiais empregados na construção civil. O acórdão assim decidiu: Tributário. ISS. Construção civil. Base de cálculo. Material empregado. Dedução. Impossibilidade. - A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço total do serviço, de maneira que, na hipótese de construção civil, não pode haver a subtração do material empregado para efeito de definição da base de cálculo. Precedentes de Corte. Agravo regimental improvido.

2. Este Tribunal, no julgamento do RE 603.497, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Cito os seguintes julgados: RE 262.598, red. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, *DJe* de 27/9/2007; RE 362.666-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, *DJe* de 27/3/2008; RE 239.360-AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, *DJe* de 31/7/2008; RE 438.166-AgR, Rel. Min. Carlos Brito, 1ª Turma, *DJ* de 28/4/2006; AI 619.095-AgR, /rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, *DJ* 17.08.2007; RE 214.414-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, *DJ* de 29/11/2002; AI 675.163, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* de 6/9/2007; RE 575.684, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJe* de 15/9/2009; AI 720.338, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJe* de 25/2/2009; RE 602.618, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 15/9/2009. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento.

3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário. Restabeleço os ônus fixados na sentença. Julgo prejudicado o pedido de ingresso como *amicus curiae* formulado pela Confederação Nacional dos Municípios - CNM (Petição STF 42.520/2010 - f. 524/541), bem como o recurso interposto pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras - ABRASF (f. 505/521), em face da presente decisão (RE 603.497/MG, Rel.ª Min. Ellen Gracie, *DJe* de 16/9/10).

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira e Segunda Turmas, também alterou sua jurisprudência, passando a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. ISSQN. Base de cálculo. Dedução do valor dos materiais empregados na construção civil. Desinfluência da distinção entre materiais fornecidos pelo próprio prestador do serviço e materiais adquiridos de terceiros. Precedentes. Agravo regimental improvido. - I. A dedução do valor dos materiais, utilizados na construção civil, da base de cálculo do ISSQN, conforme previsão do Decreto-Lei 406/68 e da Lei Complementar 116/2003, abrange tanto os materiais fornecidos pelo próprio prestador do serviço, como aqueles adquiridos de terceiros. O que importa, segundo o entendimento pretoriano atual, é que os materiais sejam empregados na construção civil. II. Na forma da jurisprudência, 'Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido' (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, *DJe* de 11/4/2014). Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, *DJe* de 12/9/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, *DJe* de 5/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 13/9/2013 (STJ, AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, *DJe* de 13/8/2014). III. Agravo Regimental improvido (STJ - AgRg no AREsp 664102/RJ, Segunda Turma, Rel.ª Min. Assusete Magalhães, j. em 10/3/2016).

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. ISS. Material empregado na construção civil. Dedução da base de cálculo. Observância do recurso extraordinário com repercussão geral 603.497/MG.

Precedentes do STJ. Agravo regimental não provido. - 1. O STF, no julgamento do recurso extraordinário 603.497/MG, realizado em 16/9/2010, com repercussão geral reconhecida, passou a reconhecer a legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços (ISS). 2. Examinando-se o sistema de informações processuais do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que, não obstante o Pleno daquela Corte tenha reconhecido, por maioria, a existência de repercussão geral no RE 603.497/RS, tal recurso extraordinário foi provido, por decisão monocrática da Relatora (Min. Ellen Gracie), havendo a interposição de agravo regimental, o qual se encontra pendente de julgamento. 3. Não obstante esse fato, a Segunda Turma, no julgamento do AgRg no AREsp 224.211/SP, realizado no dia 15/12/2015, de relatoria do Ministro Humberto Martins, firmou entendimento pela desnecessidade de aguardar o julgamento pelo pleno do STF, firmando o entendimento de que é legal a dedução dos custos dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços. 4. Assim, 'Alinhada à orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte reconhece a legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços (ISS)' (AgRg no EAREsp 113.482/SC, Primeira Seção, Rel.^a Min.^a Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, *DJe* de 12/3/13). 5. Não obstante tenha me alinhado ao entendimento dos demais Ministros que integram a Primeira Seção/STJ, ressalvo o meu ponto de vista pessoal, no sentido da necessidade de sobrestamento dessa matéria até que haja pronunciamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. 6. Agravo regimental não provido (STJ - AgRg no REsp 1422976/PR, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 4/2/2016).

Tributário. ISS. Base de cálculo. Dedução dos valores gastos com materiais empregados na construção civil. Possibilidade. Matéria reconhecida em repercussão geral pelo STF. Precedentes. - 1. 'Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem. Agravo regimental desprovido.' (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma, *DJe* de 11/4/2014). 2. Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, *DJe* de 12/9/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, *DJe* de 5/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 13/9/2013. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 520626/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 5/8/2014).

Tendo em vista a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, firmada com arrimo em precedente julgado sob o regime da repercussão geral, alternativa não restou, senão também filiar-me à tese de ser possível deduzir da base de cálculo do ISS a ser pago pela prestadora de serviços os valores relativos aos materiais empregados na execução da obra civil.

Forte nessa premissa, o desprovimento do recurso e a confirmação da sentença concessiva da segurança são medidas que se impõem.

Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de apelação interposto pela municipalidade, e, por conseguinte, confirmo a sentença em reexame necessário.

Custas, *ex lege*.

Sem honorários (art. 25 da Lei nº 12.016/09).

DES. WASHINGTON FERREIRA - Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator.

Apenas registro que, apesar de indicados o Prefeito Municipal de Monte Carmelo e o Secretário Municipal de Fazenda de Monte Carmelo como apelantes, na “folha de rosto” que acompanha as razões recursais, às f. 211/212, as razões foram propriamente apresentadas pelo Município de Monte Carmelo, conforme f. 212/220.

O cadastramento, nesta instância, aliás, assim foi feito, constando, como apelante, o Município de Monte Carmelo.

Nesse contexto, supero a apreciação dos pressupostos de admissão envolvidos para a peculiaridade da interposição por autoridade coatora, pois, na verdade, acabou o próprio Município apresentando as razões recursais.

É como voto.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

• • •

Apelação cível - Ação indenizatória - Vício oculto - Demora no conserto de veículo - Falha na prestação do serviço - Dano moral - Solidariedade entre fabricante e concessionária - Apelo improvido - Sentença mantida

- Nos termos do que dispõe o art. 18, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde solidariamente com o fabricante pelos defeitos relativos ao fornecimento de produtos ou serviços, tais como os vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

- Descumprindo a fabricante o dever legal que lhe é imposto - assegurar a oferta de componentes e peças de reposição (art. 32, do CDC) -, e a concessionária, que não prestou adequadamente o serviço de assistência técnica, mister reconhecer sua responsabilidade.

- Incumbe ao consumidor, em caso de responsabilidade solidária, escolher se ajuizará a ação contra a fabricante e a concessionária, ou apenas contra uma delas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0334.10.001618-0/002 - Comarca de Itapajipe - Apelante: Gamma Automóveis Ltda. - Apelado: Rogério Barbosa de Assis - Litisconsorte: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. - 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, 29 de novembro de 2017. - *José Marcos Rodrigues Vieira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de apelação cível interposta da sentença (f. 346/351v-TJ), declarada às f. 374/375-TJ) que, nos autos da ação indenizatória ajuizada por Rogério Barbosa de Assis em desfavor de Gamma Automóveis Ltda. e de Volkswagen do Brasil, para impor às rés a obrigação de substituir o veículo objeto do litígio por outro da mesma espécie, ano e modelo, em condições de uso. Igualmente, condenou as rés ao pagamento de R\$10.000,00 a título de indenização por dano moral.

Irresignada, a Ré Gamma Ltda. interpôs apelação às f. 356/361-TJ, argumentando não ter culpa pelo alegado vício no automóvel, tendo em vista que o autor não realizou a primeira vistoria. Aduz que eventual atraso no conserto deve ser imputado à ré Volkswagen, que não disponibilizou as peças necessárias em tempo hábil. Pelas mesmas razões, argumenta que não deve ser condenada ao pagamento de indenização por dano moral.

Requer o provimento do apelo.

A ré Volkswagen apresentou contrarrazões às f. 368/370-TJ.

O autor não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Narram os autos que o autor adquiriu um veículo da requerida Gamma Automóveis Ltda. no dia 10/7/2009. No dia 20/8/2009, levou o carro à ré em razão de *recall* para sanar vício no sistema de partida a frio, expediente renovado no dia 15/3/2010 em razão de problema no rolamento das rodas. Nesta última visita, constatou barulho anormal no motor, tratado pelo mecânico como regular.

No dia 20/4/2010, levou o veículo para a primeira revisão, ocasião em que o apontado barulho do motor não foi sanado. Em 19/5/2010, a requerida finalmente lavrou laudo mecânico apontando defeito na bomba de óleo, desgaste prematuro no cabeçote, bem como no comando de válvula e virabrequim.

Em razão dos fatos expostos, o autor notificou a primeira ré para que substituísse o veículo, tendo recebido resposta negativa. Derradeiramente, ajuizou a presente demanda, pleiteando referida substituição e a condenação das rés ao pagamento de indenização por dano moral.

Julgada procedente a demanda, a primeira ré recorreu nos termos já relatados.

Conforme relatado, a apelante não se insurgiu quanto à conclusão de existência de vício oculto, notadamente ante o conteúdo do laudo pericial de f. 286/311-TJ. O apelo limita-se a afirmar a demora na realização da primeira vistoria, culpa exclusiva da ré Volkswagen pela lentidão no conserto e, pelos mesmos motivos, impossibilidade de condenação por dano moral.

De início, convém fixar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto. O autor é pessoa física que adquiriu o veículo VW Gol 1.0 zero quilômetro como destinatário final (art. 2º), ao passo que as rés atuam no ramo de produção e comercialização do produto em questão (art. 3º).

Nos termos do que dispõe o art. 18, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde solidariamente com o fabricante pelos defeitos relativos ao fornecimento de produtos ou serviços, tais como os vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor.

Indiscutivelmente, o sistema adotado pela legislação consumerista prestigia o reconhecimento da solidariedade entre fabricante e vendedor, *in casu*, a concessionária de veículos e a revendedora, como forma de melhor garantir os direitos do consumidor adquirente, a afastar o tradicional critério de as partes atribuírem umas às outras a responsabilidade pelos vícios do produto e do serviço.

Neste sentido, já me manifestei em caso semelhante:

Ação de indenização por danos morais e materiais. Demora no conserto do veículo. Ausência de peças disponíveis. Violação ao disposto no art. 32, do código de defesa do consumidor. Falha na prestação do serviço de assistência técnica. Solidariedade entre a fabricante e a concessionária. Legitimidade passiva. Sentença cassada. - Nos termos do que dispõe o art. 18, do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde solidariamente com o fabricante pelos defeitos relativos ao fornecimento de produtos ou serviços, tais como os vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. - Descumprindo a fabricante o dever legal que lhe é imposto - assegurar a oferta de componentes e peças de reposição (art. 32, do CDC) - e a concessionária, que não prestou adequadamente o serviço de assistência técnica, permanecendo com o veículo por

04 (quatro) meses sem informar ao consumidor o motivo da demora, mister reconhecer a responsabilidade entre elas. - Incumbe ao consumidor, em caso de responsabilidade solidária, escolher se ajuizará a ação contra a fabricante e a concessionária, ou apenas contra uma delas. - Legitimidade passiva da fabricante. Sentença cassada (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.09.558575-1/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 6/3/2013, p. em 15/3/2013).

Assim, a conduta da montadora não afasta a responsabilidade da revendedora para responder pelos danos narrados na inicial, tendo em vista a solidariedade estabelecida entre fornecedores em casos tais.

Com relação à alegada ausência da primeira revisão, verifica-se não ter havido discussão sobre o tema, que, em última análise, configura inovação recursal. A defesa da apelante (f. 68/78-TJ) limitou-se a impugnar o pedido de inversão do ônus da prova, suscitar preliminar de ausência de interesse de agir e versar sobre o dano moral. Os fatos não foram impugnados; ainda que o fossem, o autor logrou demonstrar que levou o veículo diversas vezes à concessionária, que, não obstante, não resolveu o problema apontado no motor. Ademais, não há qualquer documento que demonstre ter sido o consumidor alertado sobre a razão da demora do procedimento. Pelo contrário: a contranotificação de f. 99-TJ, enviada pela apelante ao autor, noticia que as peças supostamente suficientes à solução do problema estavam à disposição.

Derradeiramente, quanto ao dano moral, não se impugna a ocorrência do ato ilícito nem do dano. A irrisignação resume-se a afirmar que “a recorrida [*rectius*: recorrido] sempre foi muito bem tratada na concessionária recorrente [...]. Não foi culpa da recorrente a demora na liberação e na entrega das peças [...]” (f. 361-TJ).

Como se viu, assentada a responsabilidade solidária pelos danos, o só-fato de haver urbanidade no trato do consumidor - mínimo esperado em qualquer relação social - e de o atraso ser pretensamente imputado à montadora não afasta o dever de indenizar da apelante. Caso queira e entenda a ele fazer jus, poderá ajuizar ação de regresso contra quem entende seja o real causador do dano.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Condeno a apelante ao pagamento de custas e honorários recursais, que fixo em 2% do valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e RAMOM TÁCIO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Direito processual civil - Apelação cível - Intervenção de terceiros - Ação de oposição - Hipótese em que a parte opoente pretende substituir o polo ativo da lide oposta - Pretensão incompatível com a figura da oposição - Inadequação da via eleita - Processo extinto sem resolução do mérito - Manutenção da sentença por fundamento parcialmente diverso

- O instituto da oposição persiste em nosso ordenamento jurídico-processual como espécie intervenção de terceiros, de específico cabimento quando o autor (opoente) ingressa em meio a lide instaurada entre outros dois ou mais sujeitos, visando vindicar pra si próprio o direito ali discutido, excluindo-o do alcance dos litigantes originários.

- Hipótese em que, conforme se colhe do pedido inicial, bem como do recursal, a pretensão dos opoentes/apelantes era a de substituir o polo ativo da ação de manutenção de posse oposta, pretensão esta que, *data venia*, não se coaduna ou mesmo se aproxima do encaixe na figura processual abstrata da oposição.

- Com efeito, uma vez que a oposição não se presta, definitivamente, à consecução de possível sucessão processual (alteração subjetiva da demanda, que somente ocorre quando a parte vem a falecer, sendo sucedida por seu espólio ou seus herdeiros - art. 110 do CPC), e menos ainda de substituição processual (que ocorre quando alguém, autorizado por lei, age em nome próprio na defesa de direito e interesse alheio).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0598.12.001731-7/002 - Comarca de Santa Vitória - Apelantes: João Gomes Durães Filho, Érika Janaína Moraes Durães - Apelados: Ildene Borges Lorena, Juarez Távora Morais de Lorena, Eliane Macedo Carvalho Ferraz, Fausto Borges Ferraz Lorena, Sílvia Regina Marçon Curi, José Jorge Curi Filho - Relator: DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2017. - *Otávio de Abreu Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - I- Relatório.

Conforme f. 266/268:

Trata-se de ação de oposição ajuizada por João Gomes Durães Filho e sua mulher Érika Janaina Moraes Durães em face de José Jorge Curi Filho, Sílvia Regina Marçon Curi, Juarez Távora de Morais Lorena e sua esposa Ildene Borges Lorena, Fausto Borges Ferraz Lorena e sua mulher Eliane Macedo Carvalho Ferraz, em face dos autos da ação de manutenção de posse 0598 06 010883-7.

Narra a exordial que referida ação foi intentada sob a alegação de domínio, firmando ser o primeiro oposto o legítimo proprietário dos imóveis das matrículas 7.770 e 7.771 do Registro de Imóveis de Santa Vitória, MG; no entanto os opoentes intentaram com ação ordinária de rescisão contratual, a qual foi

julgada procedente, com sentença transitada em julgado.

Logo, os legítimos proprietários dos imóveis são os opoentes, que possuem título de propriedade dos mesmos e passarão a deter a posse direta no cumprimento da medida de reintegração de posse (os autos da Rescisão Contratual tramitaram no juízo da Comarca de Ituiutaba-MG).

A referida sentença de f. 266/268 proclamou a extinção da ação objeto desta oposição (ação de manutenção de posse nº 0598.06.010883-7), pelo que julgou também extinta, por arrastamento, a presente demanda opositiva, por falta de pressuposto processual.

Aduzem os apelantes, em síntese, que a pretensão com a presente oposição seria “substituir a polaridade ativa” na referida ação de manutenção de posse conexa, e deveria ter tido seu mérito julgado antes daquela; reafirmam a condição de legítimos proprietários e possuidores do imóvel litigioso, mormente à vista da procedência do pedido na ação de rescisão contratual que promoveram em face de José Jorge Curi Filho, autor da indigitada ação possessória em conexão; que a sentença é carente/deficiente de fundamentação, sendo por isso nula.

Pedem nestes termos o provimento do apelo e a cassação da sentença.

A parte recorrida acena com contrarrazões nas f. 291/299.

É na suma o relatório.

II - Voto do Relator.

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

O conjunto da argumentação recursal revela pretensão de invalidação da sentença, sob o argumento principal de que, não observado o procedimento correto para o julgamento da oposição, mormente considerando que o objetivo desta seria, *in casu*, a “substituição da polaridade ativa” (*sic*) na lide oposta. Pois bem. De plano, sob perspectiva parcialmente diversa da que foi adotada pelo Juiz, não há como deixar de perquirir inicialmente quanto à inadequação da propositura desta ação de oposição, de certo desnecessária e inserível aos fins que pretende ou pretendeu alcançar, senão vejamos.

Como se sabe, o instituto da oposição persiste em nosso ordenamento jurídico-processual como espécie intervenção de terceiros, de específico cabimento, quando o autor (opoente) ingressa em meio a lide instaurada entre outros dois ou mais sujeitos, visando vindicar pra si próprio o direito ali discutido, excluindo-o do alcance dos litigantes originários.

Desse modo, a viabilidade da oposição pressupõe que a tutela do direito do opoente seja axiologicamente incompatível com a pretensão de ambas as partes beligerantes no processo originário. Ou seja, *grosso modo*, ele afirma, com sua oposição, que tal direito não deve ser atribuído nem ao autor e nem ao réu, e sim a ele próprio.

Confira-se, nesse sentido, a lição do professor e processualista Fredie Didier Júnior, em seu *Curso de direito processual civil*:

Cabe oposição quando terceiro pretende a coisa/direito que está sendo disputada por duas ou mais pessoas. O terceiro mete-se no processo e inclui sua pretensão, que, como se vê, é incompatível com as

pretensões dos demandantes originários [...] (v. 1, p. 335).

Repise-se, portanto: o cabimento da oposição pressupõe que o interesse defendido pelo oponente seja, a um só tempo, tão antagônico às pretensões do autor da demanda originária, quanto do réu desta mesma lide inicialmente deflagrada.

In casu, conforme se colhe do pedido inicial, bem como do recursal, a pretensão dos apelantes era a de substituir o polo ativo da ação de manutenção de posse em apenso, pretensão esta que, *data venia*, não se coaduna ou mesmo se aproxima do encaixe na figura processual abstrata da oposição.

Anota-se, no ensejo, que a oposição não se presta, definitivamente, à consecução de possível sucessão processual (alteração subjetiva da demanda, que somente ocorre quando a parte vem a falecer, sendo sucedida por seu espólio ou seus herdeiros - art. 110 do CPC), e menos ainda de substituição processual (que ocorre quando alguém, autorizado por lei, age em nome próprio na defesa de direito e interesse alheio).

E isso se mostra ainda mais óbvio quando se constata que tanto num quanto noutro casos (i.e. sucessão ou substituição processual) o interesse da parte sucessora/substituta é convergente com o da parte sucedida/substituída, portanto em confronto axiológico com o instituto da oposição, o qual pressupõe, como visto, incompatibilidade com o interesse de ambas as partes litigantes na lide oposta.

Em resumo, não pode a parte intentar ação judicial de oposição (ou qualquer outra) pretendendo suceder sujeito que figura em demanda diversa, fora das hipóteses do art. 110 do CPC.

Com relação à ordem de julgamento determinada pelo art. 686 do CPC/15, trata-se evidentemente de regra de procedimento direcionada à hipótese em que o mérito de ambas as demandas será alcançado, impedindo a prévia aferição das condições da ação e/ou pressupostos processuais da ação opositiva, por óbvio.

Destarte, furtando-me a maiores divagações de cunho meramente acadêmico sobre o tema, penso que o caso é de integral manutenção da sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, seja por falta de pressuposto processual, seja por carência de ação.

III – Conclusão.

Pelo exposto, nego provimento à apelação. Custas aos apelantes. Quanto aos honorários recursais, considerando que a sentença não os fixou, descabe fazê-lo nesta sede, porquanto a aplicabilidade do art. 85, § 11 do CPC dispõe acerca de majoração, pressupondo destarte a fixação pretérita, em caráter originário, pela instância primeva.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e RAMOM TÁCIO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação - Ação de indenização - Criação de perfil em aplicativo - Utilização de informações disponibilizadas publicamente

- Não responsabilização do Facebook.
- Não se vislumbrando defeito na prestação de serviço imputável ao fornecedor, não pode ser ele responsabilizado, afastando-se a aplicação dos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.
- Hipótese em que o desvio de finalidade ou uso abusivo das informações públicas divulgadas pelo Facebook, em outras plataformas na Internet, extrapola o seu âmbito de responsabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.14.002032-9/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Marcelo Queiroz Mendes Peixoto - Apelado: Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda. ("Facebook Brasil") – Relator: DES. TIAGO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017. – *Tiago Pinto* – Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Da sentença que lhe foi desfavorável, recorre Marcelo Queiroz Mendes Peixoto, nos autos da ação movida ao Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda. e Luluise Incorporation.

A ação proposta é de indenização por dano moral. O autor, ora apelante, descobriu que existia perfil vinculado ao seu nome e imagem no aplicativo denominado "Lulu", desenvolvido pela segunda ré, ora segunda apelada. Segundo consta, os dados necessários para a criação do referido perfil foram extraídos da rede social Facebook, administrada pela primeira ré, ora primeira apelada. No referido aplicativo, os homens seriam avaliados pelas mulheres, com atribuição de notas de 01 até 10, dispondo sobre aparência, personalidade e até mesmo desempenho sexual.

Então, o pedido formulado foi o de condenação solidária das rés, ora apeladas, no pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$43.440,00 (quarenta e três mil quatrocentos e quarenta reais) em virtude da violação dos direitos à honra, imagem e privacidade do autor, ora apelante.

No custo do procedimento, a petição inicial foi emendada para a retificação do polo passivo, ou seja, "o domínio da requerida Luluise Incorporation criado para o Brasil encontra-se registrado em nome da sociedade empresária Toweb Brasil Ltda. - EPP" (f. 49), razão pela qual foi requerida a citação desta última.

Apresentadas as contestações, o feito foi julgado de forma antecipada.

Na sentença, o douto julgador de primeira instância reconheceu a ilegitimidade passiva da primeira ré, pois seria ela unicamente responsável pelo registro dos domínios do sítio, não tendo qualquer relação com o

aplicativo virtual e tampouco com a Luluvisse Incorporation. No mérito, foi apontada a publicidade de determinadas informações constantes no perfil dos usuários do Facebook, razão pela qual não haveria qualquer ilegalidade na divulgação das informações correspondentes, como nome, imagem e sexo. Isto é, “o autor sabe, ou ao menos deveria saber que, ao criar um perfil, está-se expondo publicamente, ao menos no que toca às suas informações básicas e, se o promovente não leu atentamente os termos de consentimento para a abertura de sua conta, deve, agora, arcar com as consequências” (f. 255).

Assim, o pedido inicial foi julgado totalmente improcedente.

No recurso, o autor, ora apelante, após breve relato do feito, repisa os argumentos relacionados à violação de sua honra e imagem, bem assim aponta a violação dos deveres anexos do contrato por parte da segunda ré, ora segunda apelada. Discorre sobre a existência da relação de consumo, não podendo eventuais contradições ou ambiguidades em termo de adesão lhe desfavorecer.

E mais, “a doutra magistrada de primeiro grau não se atentou ao fato de que também existe uma cláusula contratual estabelecendo que o recorrido Facebook somente forneceria os dados pessoais do apelante para os desenvolvedores de aplicativos que ele, o apelante, fizesse uso” (f. 263). Ainda, não teria havido anuência de sua parte para utilização de suas informações, e, posteriormente, a própria desenvolvedora do aplicativo reconheceu o erro e comunicou a exclusão de todos os perfis criados sem autorização.

Aponta a violação da boa-fé objetiva e a necessidade de observância da função social dos contratos para que se evite a prevalência de um “aplicativo cuja única finalidade era a violação de sua honra e imagem” (f. 266). Inclusive, porque poderia a segunda apelada ter auditado o referido aplicativo, tal como disposto nas condições de uso.

Por fim, diz da presença dos requisitos necessários para a imputação de responsabilidade civil e, em virtude disso, quer o provimento do recurso para a reforma da sentença.

Em contrarrazões, a segunda ré, ora segunda apelada, alega que o aplicativo é gerenciado por empresa independente, com a utilização de informações públicas constantes na plataforma do Facebook, inexistindo, portanto, ato ilícito. Além disso, não teria havido defeito na prestação de serviços e os comentários foram realizados por terceiras pessoas, com rompimento do nexo de causalidade. Por derradeiro, caso se reconheça a existência do dano moral, requer a fixação de um valor módico, dentro de um contexto de razoabilidade e proporcionalidade.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

De plano, o que deve ser relevado é a ausência de impugnação da sentença na parte em que se reconheceu a legitimidade passiva da primeira ré, ora primeira apelada. O pedido firmado no recurso não deixa qualquer dúvida de que a matéria efetivamente devolvida ao conhecimento desta instância recursal cinge-se à verificação da responsabilidade civil da segunda apelada, Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda., estando as outras abarcadas pela coisa julgada.

Vale transcrever o pedido firmado na apelação: “Ante todo o exposto, requer seja o presente recurso conhecido e, no mérito, totalmente provido, reformando-se a sentença ora atacada: [...] condenar o recorrido

Facebook ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$43.440,00 (quarenta e três mil, quatrocentos e quarenta reais)” (f. 270).

Definido o objeto do recurso, é de se registrar que se apresenta inconcussa nos autos a verdade de que o apelante criou um perfil na rede social denominada Facebook. E, quando assim o fez, por óbvio, aderiu à política de uso de dados, disponibilizada indistintamente para todos os usuários de tal rede social. Nessa política de uso de dados, consta, de forma expressa e textual, a existência de “informações que estão sempre disponíveis publicamente” (f. 36), como o nome, foto do perfil e da capa, redes, sexo e número de identificação do usuário.

Foram justamente essas informações utilizadas para a criação do perfil do apelante na rede social apontada na petição inicial. Vale dizer, foi utilizada a foto do apelante disponibilizada no Facebook para a montagem do seu perfil no aplicativo “Lulu”, conforme revela o documento de f. 25. Então, imediatamente, já se exclui a alegada violação de imagem do apelante, pois, como já dito, a fotografia por ele disponibilizada em seu perfil, por manifestação expressa de sua vontade, foi publicada na rede social e estava ao alcance de qualquer usuário lá cadastrado, por meio de uma simples consulta.

Não se está dizendo que a imagem do apelante, em razão da anuência por ele concedida, estaria desvestida de qualquer proteção legal, mas simplesmente relevando que a foto do perfil publicada em rede social reveste-se de uma indubitosa publicidade, estando ela, repita-se, ao alcance de qualquer pessoa conectada à Internet e que tenha acesso ao Facebook. O art. 11 do Código Civil, ao conferir proteção aos direitos da personalidade, vem sendo interpretado pela doutrina no sentido de que os respectivos titulares podem dispor sobre esses direitos, outorgando a terceiro a possibilidade de utilização de seu nome ou imagem, desde que de forma limitada, sem sacrifício da própria dignidade.

Nesse sentido são as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Dessa maneira, muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, a cessão de seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, possibilidade de um titular de um direito da personalidade dele dispor, dê que em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Salvador: Editora JusPODVM, 2012. v. 1.).

E o desvio de finalidade ou uso abusivo das informações públicas divulgadas pelo Facebook, em outras plataformas na internet, extrapola o seu âmbito de responsabilidade. Na verdade, a sociedade empresária responsável pela criação do aplicativo “Lulu” sequer está neste processo e, dessa forma, não se vislumbrando defeito na prestação de serviço imputável ao segundo apelado, Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda., não pode ser ele responsabilizado, afastando-se a aplicação dos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

No que se refere à política de uso, consta o seguinte: “Usamos as informações que recebemos sobre você em relação aos serviços e recursos que fornecemos a você e a outros usuários, como seus amigos, nossos parceiros, os anunciantes que compram anúncios no *site* e desenvolvedores que criam jogos, aplicativos e *sites* que você usa” (f. 76).

O emprego da expressão “que você usa”, a despeito daquilo que foi dito nas razões recursais, não altera, em substância, a situação dos autos, pois se refere não a um usuário determinado, mas sim ao universo de

usuários da rede social. O fato de o apelante não ter se cadastrado no aplicativo Lulu não altera a natureza das informações e dos dados que foram utilizados para a criação do perfil, revestidos de indubitosa publicidade. Não se pode desconsiderar que os termos em que o Facebook se comprometeu a utilizar são amplos e permitem o emprego das informações não só para o desenvolvimento e criação de jogos, aplicativos e sites, mas também a cessão dessas informações para parceiros e anunciantes.

Há outro fato que se sobreleva.

O aplicativo desenvolvido, ainda que tomada a sua sistemática de funcionamento, não implica por si só ato ilícito, pois as informações lá indigitadas são públicas. E é somente por meio da manifestação de outros usuários que os perfis são classificados e comentados. Com efeito, não é o próprio aplicativo quem dispõe sobre a qualidade ou características dos homens lá apontados, mas sim terceiros usuários que assim o fazem.

Enfim, a impressão que as pessoas fizeram do apelante não tem qualquer relação de implicação com as informações extraídas do Facebook, que, então, não pode ser afetado. Trata-se, pois, de aplicação dos termos do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Inclusive, a sentença reconheceu que “não impressiona [...] a alegação de anonimato, já que, junto com a modernidade da multiplicação de dados e informações, vem também a capacidade de rastrear aquele que postou o conteúdo na internet” (f. 255), o que não foi objeto de impugnação pontual no recurso, restando, assim, assentada a possibilidade de se vislumbrar quem postou determinado comentário e nota.

Por fim, registre-se que não existe qualquer indicação de que o apelante tenha comunicado ao segundo apelado a existência de qualquer ilícito ou mesmo postulado alguma providência, tal como a auditoria prevista no item 9/18 da política de uso (f. 31), ressaindo inconcussa a ausência de responsabilidade, tal como já disposto na sentença.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante. Suspensa a exigibilidade em razão da concessão da gratuidade de justiça.

Fixo os honorários desta fase recursal em R\$500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil. Suspensa a exigibilidade em razão da concessão da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADOR ANTÔNIO BISPO e o JUIZ DE DIREITO CONVOCADO OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Justiça gratuita - Pessoa natural - Declaração de insuficiência de recursos - Presunção de veracidade - Computador levado à assistência técnica - Divulgação de imagens íntimas que se encontravam no dispositivo - Lesão ao direito de imagem - Violação de garantia fundamental - Dano moral configurado - Reparação devida - *Quantum* indenizatório - Adequação - Litigância de má-fé

- A pessoa natural com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade de justiça, mediante simples declaração de pobreza.
- O direito de imagem e privacidade é garantia fundamental prevista na Constituição Federal, sendo assegurado o direito de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.
- Incumbe ao réu comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo ao direito do autor. Em não o fazendo, deve ser julgado procedente o pedido inicial.
- Para o arbitramento da reparação pecuniária por danos morais, o Juiz deve considerar as circunstâncias fáticas e a repercussão do ato ilícito, bem como as condições pessoais das partes, razoabilidade e proporcionalidade.
- Para haver condenação por litigância de má-fé se faz necessário que a conduta da parte se enquadre numa das hipóteses previstas no Código de Processo Civil, e que esta resulte em prejuízo para a parte contrária, entervando o trâmite processual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0026.15.002087-8/001 - Comarca de Andradas - 1º Apelante: Micheli Sasseron - 2º Apelante: Willian Urias Neto - Apelados: Micheli Sasseron, Willian Urias Neto, Mega Eletrônicos Ltda. - ME - Relator: DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2017. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Micheli Sasseron e Willian Urias Neto apelam da sentença de f. 243/249 que, nestes autos de ação de indenização por danos morais, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

[...] Isso posto, com suporte no acima mencionado, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, resolvendo o mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC para fins de condenar os requeridos, de forma solidária, ao pagamento de indenização a título de danos morais no importe de R\$12.000,00 (doze

mil reais), corrigidos monetariamente a partir da data da presente (súmula 362 do STJ), pela tabela da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais, além de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação. Em razão da procedência parcial do pedido inicial, condeno os litigantes ao pagamento das custas e despesas processuais, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada parte (autora e requeridos). Condeno os litigantes ao pagamento de honorários advocatícios no importe de 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação ora imposta, sendo vedada a compensação (§14 do art. 85 do CPC). Suspensa a exigibilidade em face daquele que milita sob o pálio da gratuidade judiciária, *ex vi* do que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC. Defiro a gratuidade judiciária ao requerido Willian Urias Neto.

A primeira apelante, Micheli Sasseron (f. 313/318), alega que seu inconformismo se resume

à tese de culpa concorrente reconhecida pelo juízo, o que teve relevância na fixação do *quantum debeat*. [...] Todavia, tal entendimento não deve prevalecer. [...] Os serviços solicitados pela apelante, quando levou seu computador no estabelecimento do apelado, foram os seguintes: (i) atualização do OLX; (ii) configuração do teclado e mouse; (iii) consertar DVD, consoante comprova o documento de f. 25. Não havia, portanto, necessidade de verificar a pasta 'lixeira' do computador. [...] O computador da apelante é particular, de uso exclusivo da apelante. [...] Em que pese ter alegado que ela mesmo tirou as fotos, deixou claro que não as encaminhou a ninguém (f. 315/316).

Pede seja reformada a sentença para majorar o valor da condenação por danos morais.

A apelante é beneficiária da justiça gratuita (f. 104).

Mega Eletrônicos Ltda. - ME apresentou contrarrazões (f. 326/334), objetivando revogação da justiça gratuita deferida à primeira apelante, aplicando multa por litigância de má-fé, sob fundamento de que esta teria faltado com a verdade, tendo em vista que “além de ser notório na região que a apelante vem de família abastada, ainda existe a situação de ser dona de uma clínica na mesma cidade e ter um padrão de vida bem diferente do que pretende demonstrar” (f. 328).

Em relação ao *quantum* indenizatório, defende que

a apelante foi muito bem ressarcida pelos seus prejuízos morais [...]. Não queremos legitimar a ação de quem quer que seja, tão pouco dar razão à divulgação da intimidade da apelante, mas convenhamos que, ao deixar fotos íntimas disponíveis na lixeira de um computador que se leva para manutenção, se demonstra não ter qualquer preocupação que pessoa ou pessoas vejam as fotos, ou ainda, não negamos que, agindo de forma reprovável, propaguem as fotos de forma física ou virtualmente a terceiros. Agora quer exigir R\$100.000,00 [...] pela exposição que não merecia, mas concorreu pelo seu desleixo em deixar tais fotos disponíveis para que qualquer um que tivesse acesso visse as fotos ou as copiasse para utilizar da forma que bem entendesse, deixando claro que reprovável tal atitude, mas evitável pela apelante se assim quisesse (f. 333/334).

Pede seja mantida a sentença.

O segundo apelante, Willian Urias Neto (f. 319/324), assevera que “não existem provas nos autos de que as fotos foram encaminhadas para a internet através da empresa Mega Eletrônicos e principalmente que houve participação do apelante [...] ou outro qualquer” (f. 322). Argumenta que

não prestava serviços na empresa como técnico em informática, pois na verdade não tem conhecimentos na área. Era tão somente um dos balconistas da loja sendo que eram outros quatro técnicos que faziam

manutenção nos equipamentos eletrônicos. [...] O apelante realmente foi quem recebeu o computador da autora e preencheu a Ordem de Serviço, encaminhando-o logo em seguida para o setor de manutenção e, posteriormente realizou a devolução do equipamento quando a apelada foi buscar seu computador. [...] O apelante confirmou em juízo que chegou a ver as fotos, pois um outro funcionário chamado Tiago o chamou quando entrou na sala de manutenção e lhe mostrou as fotos, não sabendo informar se foi Tiago quem encontrou as fotos ou outro técnico, mas foi ele quem o chamou e mostrou três fotos da autora. Não foi o apelante quem divulgou as imagens, embora tenha tirado uma foto da tela do computador. Quem teve acesso às fotos pode verificar que as fotos que correram na internet eram de boa qualidade e não foto tirada da tela de um computador através de um celular (f. 322/323).

Pede seja reformada a sentença.

Sem preparo por litigar sob o pálio da justiça gratuita (f. 249).

Da justiça gratuita concedida à primeira apelante

A apelada Mega Eletrônicos Ltda. - ME pontua que deve ser revogada justiça gratuita deferida à primeira apelante, porquanto “anexo aos autos estão fotos da vida de badalação e riqueza, fotos estas de domínio público publicadas na rede social Facebook, que demonstram que a apelante usou de má-fé ao pleitear tal benefício” (f. 328).

Nos termos dos arts. 98 e 99, *caput* e § 3º, do Código de Processo Civil, a pessoa natural com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade de justiça, presumindo-se verdadeira a alegação de insuficiência financeira deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Sendo o benefício da justiça gratuita garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, Constituição Federal), quando a lei se refere a “insuficiência de recursos” não quer dizer que a parte deva estar na condição de miserável ou de mendicância. Exige apenas que a sua situação financeira, no momento, não lhe permita pagar as despesas do processo e honorários de advogado.

Embora a apelada tenha oferecido impugnação à concessão do benefício da justiça gratuita à primeira apelante, não provou efetivamente a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à concessão desse benefício legal. E, em não havendo contraprova, deve prevalecer o direito ao benefício da justiça gratuita. Não é de se admitir conjecturas sobre a capacidade financeira do requerente de justiça gratuita. Theotônio Negrão e outro ensinam: “[...] Somente em situações em que salte aos olhos inexistir a necessidade alegada é que cabe o indeferimento de ofício da assistência judiciária” (NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. SP: Saraiva, 2007. p. 1.296, art. 5º, nota 1).

O excelso Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento acerca da interpretação dos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da Constituição da República, ressaltando a primazia do acesso à justiça:

Constitucional. Processo civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Benefício justiça gratuita. Desnecessidade de comprovação. Precedentes. Agravo improvido. I - É pacífico o entendimento da Corte de que para a obtenção de assistência jurídica gratuita, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que sua situação econômica não lhe permite ir a Juízo sem prejudicar sua manutenção ou de sua família (AI 649283 AgR/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 2/9/2008, Primeira Turma, DJ de 19/9/2008).

Desse modo, mantenho o benefício da justiça gratuita para a primeira apelante.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço das apelações.

Da segunda apelação.

O segundo apelante se insurge contra a sentença afirmando que não foi ele

quem divulgou as imagens embora tenha tirado uma foto da tela do computador. Quem teve acesso às fotos pode verificar que as fotos que correram na internet eram de boa qualidade e não foto tirada da tela de um computador através de um celular. [...] Não foram as imagens do celular de Willian que se alastraram na internet até porque ele não encaminhou as fotos a terceiros. Se realmente as fotos foram divulgadas a partir da empresa Mega Eletrônicos, é certo que não foi o apelante [...] quem as divulgou. Se isso ocorreu, as imagens foram divulgadas certamente por um dos técnicos da empresa. E há de se considerar também que a própria apelada possa ter enviado as fotos a terceira pessoa e a mesma tenha encaminhado a outrem (f. 323/324).

Com a devida vênia, o conjunto probatório não favorece o segundo apelante, que confirma ter tirado fotos da tela do computador com o seu celular.

Embora o segundo apelante suponha que as imagens possam ter sido divulgadas por técnicos empregados da Mega ou pela própria apelada, não fez prova nesse sentido, não se desincumbindo do seu ônus probatório. Apenas especula sobre possíveis outras fontes de divulgação das fotografias.

O boletim de ocorrência policial (f. 27/32), documento que goza de fé-pública, narra o histórico da ocorrência assim:

[...] A vítima Michele Sasseron relatou que no dia 5/2/2015 deixou seu computador marca MAC na assistência técnica (Mega Eletrônicos) para ser consertado, e, na data de ontem, 11/2/2015, pegou o computador. Nesta data, 12/2/2015, ficou sabendo através de contato feito pelo namorado que algumas fotos íntimas estavam sendo divulgadas na internet através do Whatsapp. A vítima deslocou até a assistência técnica para descobrir o que tinha ocorrido, pois havia no computador algumas fotos íntimas na lixeira, e, em contato com o proprietário e funcionários que estavam presentes, estes negaram que tal fato havia ocorrido; porém, em contato com o funcionário Willian Urias Neto, que não estava na loja naquele momento, este confirmou que realmente viu as fotos íntimas, e que estas estavam abertas na tela do computador e que apenas tirou as fotos pelo celular que segue apreendido e descrito em campo próprio, mas nega que tenha divulgado as fotos na internet, o autor William alegou ainda que não usou qualquer tipo de cabo para copiar as fotos, e que tirou fotos de apenas 03 imagens. Face ao exposto, o autor, vítima e testemunhas foram encaminhadas a esta delegacia de plantão para as demais providências.

A apelada Mega Eletrônicos Ltda. - ME, em sede de contestação, informou que o segundo apelante responde a inquérito policial em decorrência dos fatos, afirmando ser

depositária do melhor conceito, respeito e consideração da sociedade Andradense, sequer tendo contra si, exceto no episódio em que se viu envolvido pelo ato praticado pelo segundo requerido, diga-se de passagem, dispensado de suas funções no mesmo dia em que chegou ao conhecimento dos proprietários da Mega Eletrônicos a conduta que teria sido praticada (f. 113).

Ressaltou, ainda, que “tomou todas as precauções para que o fato não ocorresse, e este só ocorreu por dolo do segundo requerido” (f. 114).

Quando da audiência de conciliação, a autora/primeira apelante afirmou que as fotos foram tiradas do seu celular” e foram passadas para o computador, e não foram passadas para seu marido e muito menos para outra terceira pessoa, partindo de sua iniciativa” (f. 161).

A testemunha Dalva Lobo Sasseron respondeu que “veio a saber que as fotos tinham sido publicadas através do Whatsapp, através do correquerido William, vulgo Muringa, [...] que através dos grupos no Whatsapp ficou sabendo que as fotos foram vazadas pelo funcionário da empresa alcunhado de ‘Muringa.’” (f. 163).

José Santiago Preziza Busato prestou depoimento afirmando que “recebeu as fotos de um amigo, que recebeu de um grupo; [...] que à época era namorado da requerente; que não teve conhecimento de quem havia postado as fotos; que futuramente ficou sabendo que poderia ter sido pelos requeridos” (f. 202).

Dos *prints* de conversas do Whatsapp se extraem alguns excertos: “que merda esse cara! Fiquei sabendo que a Micheli não é a primeira ... Já aconteceu outras vezes com outras pessoas! [...] Esse Muringa já participou de um outro escândalo. [...] Imbecil esse Muringa... não levem seus computadores para formatar lá na Mega não” (f. 266/267); “gente e eu que fiquei sabendo q os homens de Andradas querem eleger o Muringa o novo prefeito por ter alegrado tanto os homens com aquelas fotos” (f. 268).

Assim, a prova dos autos é no sentido de que as fotos íntimas da autora/primeira apelante foram repassadas pelo segundo apelante.

Ora, o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, conforme previsto no art. 373, II, Código de Processo Civil.

O segundo apelante não se interessou, por exemplo, em juntar aos autos cópia do inquérito policial instaurado para a apuração do fato ou ato ilícito e de sua autoria, que pudesse gerar dúvida quanto à conduta culposa que lhe é imputada nestes autos de ação por responsabilidade civil.

Portanto, não há como afastar a responsabilidade do segundo apelante da obrigação solidária de reparar pelos danos morais causados à apelada.

Há que se ressaltar que o direito de imagem é garantia fundamental prevista na Constituição Federal, sendo assegurado o direito de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, *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:

[...] 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.

Da primeira apelação.

A primeira apelante objetiva a majoração da quantia arbitrada para reparação por danos morais.

Embora seja irrefutável o dano moral sofrido pela primeira apelante, tem-se que não há critério objetivo para o arbitramento. Assim, o montante da condenação deve ser aferido em estrita observância aos princípios da

razoabilidade e proporcionalidade, devendo o julgador agir com moderação, levando em conta a extensão do dano, a situação econômica das partes e a repercussão do ato ilícito.

Antônio Jeová Santos pontifica:

[...] A reparação de um dano moral, seja qual for a espécie, não deve significar uma mudança de vida para a vítima ou sua família. Uma fonte de enriquecimento surgida da indenização. O dano moral não pode servir a que vítimas ou pseudovítimas vejam sempre a possibilidade de ganhar um dinheiro a mais, enriquecendo-se diante de qualquer abespinhamento. É certo que o dinheiro tem um valor compensatório e que permite à vítima algumas satisfações que trazem aprazimento, que sirvam como sucedâneo do dano moral padecido. Esse direito da vítima não pode se tornar em benefício excessivo ou que não guarde correlação com o ressarcimento de outros danos e com as circunstâncias gerais de uma comunidade. [...] 'O direito à imagem é autônomo do direito à honra ou ao decoro e a intimidade. Ocupa um alto posto na escala dos valores humanos intimamente conectados com a personalidade. Por isso, deve, necessariamente, concluir-se que a violação da vontade da pessoa de não autorizar a reprodução artística ou fotográfica da imagem é, por si mesma, um dano de tipo moral, que se concretiza no mesmo incômodo de ver avassalada a personalidade, a vontade individual de que não se difundam os traços da fisionomia, que na generalidade dos casos responde a um delicado sentido de recato. [...] [...] Logo no inciso X, do mesmo art. 5º, consta, às expensas, que '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.' O direito à imagem, portanto, foi elevado à categoria constitucional de direito fundamental (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 171, 417-418).

A agressão à intimidade da primeira apelante, embora incontestada, poderia ter sido evitada caso tomasse medidas de cuidado ao armazenar fotos íntimas na memória do computador, mormente em se considerando que não raro surgem notícias de invasões a computadores, revelando fragilidade dessa tecnologia, devendo o usuário adotar medidas de segurança, de modo a evitar os ataques à intimidade a que estão suscetíveis as pessoas.

Com efeito, nas circunstâncias dos autos, entendo que R\$12.000,00 (doze mil reais) arbitrados na sentença estão dentro dos limites da razoabilidade e proporcionalidade, atendendo ao caráter pedagógico da condenação e não favorecendo enriquecimento sem causa para a vítima, pelo que deve ser mantida a condenação nesse patamar.

Lado outro, diferentemente do que defende a apelada Mega Eletrônicos Ltda. - ME, entendo ser incabível a condenação da primeira apelante ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

Isso porque, para haver condenação por litigância de má-fé, se faz necessário que a conduta da parte se enquadre numa das hipóteses previstas no art. 80 do Código de Processo Civil e que esse proceder resulte em prejuízo para a parte contrária. Exige-se dolo processual.

No caso, entendo que a primeira apelante não incorreu em nenhuma das condutas de definição de litigância de má-fé. Qualquer das partes tem a faculdade de recorrer da decisão que entende que lhe é desfavorável, não podendo ser penalizada pelo exercício de direito constitucional que lhe assegura ampla defesa.

Conclusão.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal e art. 371 do Código de Processo Civil, nego provimento às apelações.

Condeno os apelantes ao pagamento das custas de seus respectivos recursos, e, com fundamento no § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, os honorários advocatícios de sucumbência ficam majorados para 20% do valor da condenação. Deve ser observado o disposto no § 3º do art. 98 do Código de Processo Civil aos beneficiários da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS e JULIANA CAMPOS HORTA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

• • •

Agravo de instrumento - Consórcio público - Natureza jurídica - Pessoa jurídica de direito público interno - Natureza jurídica de associação pública integrada por municípios - Lei 11.107/2005 - Pagamento de custas - Lei estadual 14.939/2003 - Isenção outorgada às autarquias e fundações municipais - Lei estadual 14.939/2003 - Art 10 - Interpretação extensiva - Aplicação da isenção ao consórcio público - Recurso provido

- O consórcio constituído sob a forma de associação, possuindo natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público interno, integrada por Municípios com o escopo de prestar atividades de planejamento, execução e gestão associada de serviços públicos nas áreas que seu estatuto menciona, detém prerrogativa de isenção do pagamento de custas.

- Nos termos do que estabelece o art. 10 da Lei Estadual 14.939/2003, conquanto a isenção ao pagamento de custas diga respeito, expressamente, apenas ao ente federado municipal e suas autarquias e fundações, mostra-se legítima a interpretação extensiva para atribuir ao consórcio público com natureza jurídica de direito público interno a prerrogativa de ser isento do pagamento das custas processuais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0347.16.002255-9/001 - Comarca de Jacinto - Agravante: Consórcio Intermunicipal Multifinalitário do Baixo Jequitinhonha - Agravado: Município de Almenara - Relator: Des. Moacyr Lobato

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.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017. - *Moacyr Lobato* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto por Consórcio Intermunicipal Multifinalitário do Baixo Jequitinhonha - Cimbaje, em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Jacinto, que, nos autos da Execução contra a Fazenda Pública ajuizada em desfavor do Município de Almenara, intimou o recorrente a efetuar o preparo, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de indeferimento.

Em suas razões, sustenta, em síntese, que, diante de sua natureza jurídica de Associação de Direito Público, possui isenção tributária referente ao pagamento de custas processuais, amparada pela Lei Estadual nº 14.939/2003.

Recebido o recurso e determinado seu processamento na modalidade de instrumento, por intermédio do despacho de f. 124/125-TJ, foi deferido o pedido de suspensão provisória da decisão agravada.

Informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau às f. 131-TJ.

Intimado, o agravado não apresentou contraminuta, conforme faz prova a certidão de f. 133-TJ.

Recurso próprio e tempestivo, ausente de preparo em razão da gratuidade da justiça constituir seu objeto.

Decido.

Pretende o agravante Consórcio Intermunicipal Multifinalitário do Baixo Jequitinhonha - Cimbaje, que afirma ter natureza jurídica de Associação de Direito Público e Funcionamento Equiparado ao de Autarquia, a reforma da decisão que indeferiu o pedido de gratuidade da justiça e determinou à ora agravante que efetuasse o pagamento das custas iniciais nos autos da execução fiscal por esta ajuizada em desfavor de terceiro, sob pena de indeferimento da inicial.

Antes de adentrar ao tema relativo à natureza jurídica dos consórcios públicos, vale destacar que os mesmos decorrem da regulamentação legal promovida pela Lei 11.107/05, que assim os disciplinou:

Art. 1º [...]

§ 1º O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

[...]

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

Dos dispositivos acima citados, possível perceber que, em decorrência da mencionada lei que institui os consórcios públicos, estes podem adquirir natureza jurídica de direito público ou de direito privado.

Pela análise dos documentos que instruem o feito, possível verificar que nos termos do estatuto colacionado às f. 36/69-TJ, expressamente restou consignado que o referido consórcio é “pessoa jurídica de direito público interno, com natureza jurídica de associação pública, integrando a administração indireta de todos os entes consorciados”.

Uma vez verificado que circunscritos os limites da natureza jurídica do consórcio em comento, importante destacar que a Lei Estadual 14.939/2003 disciplinou o pagamento das custas no âmbito do Estado de Minas Gerais:

Art. 10 - São isentos do pagamento de custas:

I - a União, o Estado de Minas Gerais e seus Municípios e as respectivas autarquias e fundações;

Na hipótese dos autos, além de ser o consórcio agravante constituído na forma de pessoa jurídica de direito público interno, enquanto associação, imperioso ressaltar que é composto de Municípios, com objetivo de prestar atividades de planejamento, execução e gestão associada de serviços públicos nas áreas que o Estatuto menciona.

O ponto focal da controvérsia, nesses termos, é verificar a possibilidade de alcance da isenção inserta no citado art. 10 da Lei 14.939/2003 ao consórcio público constituído como pessoa jurídica de direito público interno na forma de associação, composta por municípios.

Adotando o procedimento concernente à interpretação extensiva, tenho que se revela possível conceber que a isenção inserta na norma estadual supramencionada se aplica, também, ao consórcio agravante, tendo em vista a demonstração de sua natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público interno.

Sobre o tema, vale citar a jurisprudência deste Tribunal:

Agravo de instrumento. Consórcio público. Associação pública composta por municípios. Isenção referente ao pagamento das custas. Aplicação analógica do art. 10 da Lei nº 14.939/2003. Possibilidade. Decisão reformada. - O recolhimento das custas no âmbito do Estado de Minas Gerais é disciplinado pela Lei Estadual nº 14.939/2003, que confere isenção aos municípios e demais pessoas jurídicas de direito público. O preceito é aplicável analogicamente às associações públicas compostas exclusivamente pelos Municípios, considerando a finalidade do benefício, dirigido à preservação do erário público em benefício da coletividade, e a personalidade jurídica de direito público. Agravo de Instrumento Cível nº 1.0208.14.000339-2/001, TJMG, Rel.^a Des.^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 12/8/2014, p. em 21/8/2014).

Diante de tais considerações, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada e conceder ao Consórcio Intermunicipal Multifinalitário do Baixo Jequitinhonha - Cimbaje a isenção quanto ao pagamento das custas.

Custas recursais pelo agravado, isento na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUÍS CARLOS GAMBOGI e WANDER MAROTTA.

Súmula - DAR PROVIMENTO.

• • •

Direito civil, processual civil e do consumidor - Ação de indenização por dano material e moral - Erro médico - Responsabilidade civil do médico e do hospital - Requisitos - Aferição mediante culpa - Obrigação de meio - Procedimento de aplicação de medicamento e punção lombar para diagnose do paciente - Paralisia de membro - Circunstância que decorreu do próprio quadro infeccioso (meningite bacteriana) - Procedimentos médicos adequados à espécie - Inexistência de prova da culpa - Dever reparatório não configurado

- O médico assume responsabilidade de meio, e não de resultado, obrigando-se a um agir profissional normal, segundo as técnicas usuais de tratamento disponíveis na medicina e utilização do instrumental pertinente.

- Tendo sido comprovado nos autos que os procedimentos médicos seguiram o roteiro técnico adequado para a espécie, estando a prova a indicar que a paralisia de membro decorreu do próprio quadro infeccioso (meningite bacteriana), não há que se falar na responsabilização civil do médico ou do nosocômio.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0543.08.002795-5/001 - Comarca de Resplendor - Apelante Adesivo: G.S.B. - Apelantes: 1º) Sociedade Beneficente São Camilo - 2ª) J.O.S.L. - Apelados: G.S.B., Sociedade Beneficente São Camilo, J.O.S.L., P.R.F.L. - Relator: DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO À PRIMEIRA E À SEGUNDA APELAÇÕES PRINCIPAIS. JULGAR PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2017. - *Otávio de Abreu Portes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - I - Relatório.

Conforme f. 553/554 dos autos:

G.S.B., brasileiro, portador da Certidão de Nascimento nº 4706 à f. 30 do Livro nº 34 do Cartório de Registro Cível desta cidade, representado por seus genitores E.M.B. e C.L.M.S., ajuizou ação de reparação de danos materiais (estéticos) c/c danos morais e indenização em face da Sociedade Beneficente São Camilo, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ/MF nº 60.975.737/0033-39, com endereço na Rua Morais de Carvalho nº 333, Centro, nesta cidade.

A parte autora alega que, no dia 21/2/2000, o requerente encontrava-se com muita tosse e cansaço, e, diante deste insistente quadro de tosse, o mesmo fora conduzido por seus genitores ao hospital desta cidade (ora requerido), sendo atendido pelo Dr. Paulo Rodrigo Fernandes Leal, que, após examiná-lo, determinou sua internação, passando-lhe medicamentos e determinando que o mesmo ficasse em observação já que apresentava quadro inicial de broncopneumonia.

Após três dias de internação, o requerente não obteve melhoras em seu quadro de saúde, sendo que no dia 22/2/2000 o mesmo fora transferido para os cuidados de uma pediatra de nome Dra. Jane, permanecendo internado sob os cuidados do hospital local até a data de 27/2/2000, sendo que nesta data, pela manhã, o requerente recebeu uma injeção de “Rocefin”, tendo se queixado de fortes dores. Por volta das 11 horas deste dia, fora submetido a uma “punção” na coluna cervical para a coleta de líquido, visando a realização de exames, quando logo em seguida, o mesmo perdeu todos os movimentos da perna, pescoço e do membro superior esquerdo, havendo suspeita de “meningite”. Fora aplicada, por volta das 17 horas, outra injeção de “Rocefin”. Diante da gravidade do quadro de saúde apresentado, o requerente fora transferido para a cidade de Governador Valadares, lá permanecendo internado por mais de duas semanas, onde passou por vários exames, em função da perda dos movimentos do membro superior esquerdo.

Afirma que, a culpa pela perda dos movimentos do membro superior esquerdo do requerente foi da parte ré, pois esta permitiu que uma pessoa de seu quadro de funcionários negligenciasse ao efetuar uma “punção” cervical, fato este que ocasionou a perda total dos movimento do braço esquerdo do autor.

Aduz, ainda, que o dano causado ao requerente é de exclusiva responsabilidade da requerida, uma vez que a mesma fiscaliza todos os atos referentes a internação, respondendo assim por todos os danos causados aos pacientes sob os seus cuidados.

Requer, ao final, a condenação da ré no pagamento das importâncias descritas nos itens “a”, “b”, “c” e “d” da exordial (f. 13).”

Citada, a parte ré consignou defesa na forma de contestação rechaçando a pretensão autoral, bem como denunciando à lide os médicos responsáveis pelo atendimento do autor.

Os denunciados por sua vez também consubstanciaram defesa por contestação nas f. 122/136.

Finda a instrução probatória foi enfim proferida a sentença de f. 553/562, que acolheu em parte a pretensão inicial, nos seguintes termos:

Diante do exposto, julgo procedente, em parte, o pedido, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, e: 1) condeno a sociedade ré, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais), com juros de mora de 0,5% ao mês, desde a data do fato (21/2/2000) até 11/2/2003, após tal data o juros é de 1% ao mês, e correção monetária conforme tabela da egrégia Corregedoria de Justiça, a incidir a partir da data desta decisão; 2) condeno a sociedade ré ao pagamento de indenização por danos estéticos no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com juros de mora de 0,5% ao mês, desde a data do fato (21/2/2000) até 11/2/2003, após tal data o juros é de 1% ao mês, e correção monetária conforme tabela da egrégia Corregedoria de Justiça, a incidir a partir da data desta decisão; 3) condeno a sociedade ré ao pagamento, a título de danos materiais, no valor de R\$470,00 (quatrocentos e setenta reais) com juros de 0,5% ao mês, a partir da citação e até a data de 11/2/2003, incidindo após tal data juros de 1% ao mês, com correção monetária a partir da data do desembolso (20/4/2000), conforme tabela da egrégia Corregedoria de Justiça.

Julgou ainda parcialmente procedente a lide secundária, assim dispondo:

Julgo parcialmente procedente o pedido contido na denunciação à lide, para condenar a denunciada J.O.S.L. a ressarcir à sociedade denunciante (Sociedade Beneficente São Camilo), o *quantum* relativo

à metade do montante pago por esta ao autor da lide principal. Tendo sido parcial a procedência do pedido da lide acessória, condeno cada uma das partes ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios na base de 10% do valor atualizado da condenação referente a esta lide, admitida a compensação nos termos da Súmula 306 do STJ, ficando a exigibilidade suspensa em relação à denunciante, por litigar com a benesse da gratuidade da justiça.

Em face da sentença em voga foram consignadas duas apelações principais e uma adesiva, a seguir relatadas.

A primeira delas, interposta pelo nosocômio réu (Sociedade Beneficente São Camilo - Hospital Nossa Senhora do Carmo), expõe suas extensas razões apelativas nas f. 574/600, onde argumenta em síntese que: preliminarmente nulidade do processo por falta de intervenção do Ministério Público, considerado o interesse de incapaz, na forma do art. 82, inciso I, do CPC/73, então vigente; nulidade da sentença por vício *extra petita*, uma vez que não teriam sido substanciados pedidos de indenização por dano estético e nem material, nos importes de R\$120,00 e R\$150,00; que o apelado chegou a desistir da ação, no entanto, posteriormente e sem qualquer justificativa plausível, postulou pelo andamento do feito, incorrendo assim em *venire contra factum proprium*; inobservância de litisconsórcio passivo necessário com os médicos que seriam responsáveis pelo erro; inaplicabilidade do CDC para fins de apuração da responsabilidade civil do apelante, anotando no ensejo que a profissional médica litisdenunciada não é sua preposta e que todos os médicos do corpo clínico atuam como meros prestadores de serviço; que, por isso, a responsabilidade civil incidente é subjetiva; que não houve comprovação de qualquer defeito na prestação do serviço.

E prossegue: que a sentença não declina de forma objetiva em qual modalidade de culpa incorreu a médica, se negligência ou imperícia; que o apelante logrou demonstrar, através do laudo pericial, que não houve nenhum erro médico; que as enfermeiras não testemunharam a perda de movimento algum do requerente enquanto esteve internado; que quando a perda dos movimentos foi noticiada o requerente já se encontrava aos cuidados do Hospital de Governador Valadares, eximindo o réu de qualquer responsabilidade; que o requerente foi transferido de hospital queixando-se de mera cervicalgia, quadro que difere de paralisia; que as sequelas apresentadas pelo apelado são decorrentes do quadro de meningite e não de qualquer procedimento executado; impugna em ato contínuo o valor das indenizações arbitradas, seja em razão do valor, seja em razão da falta de pedido específico a respeito.

No segundo apelo principal, vertido pela médica J.O.S.k.L., f. 606/648, sustenta-se preliminarmente impossibilidade de denunciação da lide em razão da configuração de relação de consumo; no mérito, sua argumentação é no sentido da inexistência de nexos de causalidade imputável à recorrente, consoante conclusões constantes do laudo pericial. Argumenta que a responsabilidade civil do profissional médico é subjetiva, e reafirma que a prova técnica produzida nos autos foi taxativa no sentido de que não houve culpa na sua atuação como profissional. Pontua que o princípio do livre convencimento motivado encontra limites e este seria um deles, não podendo o juiz decidir contrário a toda a prova dos autos. Por fim, colaciona jurisprudência que reputa servir em favor das teses defendidas, pugnando ao fim pelo provimento do apelo com total exclusão da responsabilidade civil reconhecida na sentença.

Contrarrazões nas f. 707/723, ao ensejo das quais foi interposta apelação adesiva pelo autor, f. 724/730, postulando em síntese pela majoração das indenizações por dano moral e estético no patamar equivalente a 3.000 (três mil) salários mínimos, bem como majoração dos honorários advocatícios de sucumbência.

Contrarrazões ao apelo adesivo nas f. 803/813 e nas f. 814/817.

É o extenso, porém necessário, relatório.

II - Voto do Relator.

1. Apelações principais: i) Sociedade Beneficente São Camilo e ii) J.O.S.L.

Conheço dos recursos, visto que reunidos os pressupostos da sua admissibilidade.

Pertinente à matéria preliminar suscitada em ambos os apelos, deixo de analisá-la, considerando o permissivo encartado no atual art. 282, § 2º, do CPC (art. 249, § 2º, do CPC/73): “§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”.

Ainda de início, devem ser tecidas algumas considerações acerca da modalidade de responsabilização civil cabível e aplicável a cada um dos réus, ora recorrentes. Quanto ao médico, é sabido que assume esta responsabilidade de meio, e não de resultado, obrigando-se a um agir profissional normal, segundo as técnicas usuais de tratamento disponíveis na medicina e utilização do instrumental adequado. Se tal ocorrer, haverá cumprimento com sua obrigação e o objetivo terá sido alcançado, não podendo responder pela não consecução da cura do paciente, salvo hipóteses de cirurgia estética não reparadora, onde o resultado pretendido integra a obrigação assumida perante o cliente/paciente.

Insta acrescentar ainda que o art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor consagra a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais, senão vejamos:

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.

[...] § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Deflui do exposto que a responsabilidade do médico, que é de meio, somente se verificará caso comprovada sua culpa, não se aplicando a regra da responsabilidade objetiva na prestação de serviços prevista pelo Código de Defesa do Consumidor.

Com relação à responsabilidade dos nosocômios, ensina-nos Rui Stoco que “deve-se primeiramente perquirir se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado seu preposto”. E prossegue: “Se tal ocorrer, aplica-se a vetusta regra de que o patrão responde pelos atos de seus empregados, serviços e prepostos (Código Civil de 1916, art. 1.521, inciso III)” (STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, p. 273).

Esse também é o ensinamento do insigne Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para o qual, pelos atos culposos de médicos que sejam seus empregados, ou de pessoal auxiliar, responde o hospital como comitente, na forma do art. 932, inciso III, do Código Civil, acrescentando que o nosocômio não responderá quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento de seus pacientes (Responsabilidade civil do médico, in *RT* 718/41).

O ilustre Ministro alerta também para o fato de que, mesmo quando se trata de responsabilidade de seu preposto, não responde o hospital objetivamente, ainda após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, sendo preciso comprovar culpa daquele, para somente depois se ter por presumida a culpa do hospital. Essa

presunção de culpa inexistente no Código Civil de 2002, onde a responsabilidade do comitente é objetiva, nos termos do que prevê o seu art. 932, inciso III.

Nesse último caso, decorre tal conclusão do fato de que seria ilógico, em uma atividade de natureza contratual em que se asseguram apenas os meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão somente em razão da sua responsabilidade objetiva e apenas em virtude do vínculo empregatício entre um e outro (obra citada, p. 213-214).

Postas tais premissas, tenho que o caso recomenda a reforma da sentença combatida.

É que o conjunto da prova dos autos, com maior atenção à prova técnica, à qual se empresta mais força em casos do jaez, não sustenta de forma suficiente a condenação imposta aos demandados.

Com efeito, deduz-se da substanciação da causa de pedir lançada na petição de ingresso que os supostos erros técnicos que culminaram na vitimização do menor teriam sido as aplicações do medicamento denominado Rocefin, quando ingresso nas dependências do hospital para tratamento, bem como da realização do procedimento de punção lombar para extração de material destinado à diagnose do quadro de higidez do paciente.

Nada obstante, as conclusões do perito foram no sentido de que referidos procedimentos são os habituais em situações como aquela que afligia o paciente, não havendo indício de emprego de técnica inapropriada ao caso, capaz de atrair a responsabilidade civil dos demandados.

De fato, o il. experto consignou, f. 358/359, de forma categórica, que “uma injeção pode lesar um nervo periférico, mas nunca causaria lesões de múltiplos nervos do plexo braquial”, resposta ao quesito 3, e em remate, quesito 4, “a punção nunca causaria tais lesões, pois elas são lesões do plexo braquial”.

Acerca da tipicidade do procedimento de punção anotou que “5 - Sim, para colher líquido punciona-se a coluna, em seu canal vertebral. Tal técnica é antiga e rotineira nas suspeitas de meningite”.

O il. perito afirma ainda de forma taxativa que “7 - Não, a paralisia não ocorreu por punção da coluna”, e que “8 - A medicação chamada Rocefin é indicada para tratamento de infecções, é injetada no músculo ou na veia e não causa sequelas. Se aplicada erroneamente pode causar neuropatia de um ramo de nervo, mas jamais causaria lesão do plexo braquial ou radiculite”.

Diante de tais ilações é de se concluir que não há prova, a toda evidência, de relação de causa e efeito entre as práticas médicas executadas e as sequelas do então menor que consubstanciaram a causa de pedir.

Não há registro de compatibilidade entre a lesão experimentada e os procedimentos adotados, o que derrui a causalidade que seria imprescindível à conformação do dever indenizatório.

Por outro lado, o perito também anotou que o quadro inicial descrito pelo pai do autor era incompatível com infecção hospitalar, e concluiu, derradeiramente, no item 15 - “vejo que a lesão decorreu de uma complicação infecciosa que evoluiu de forma não habitual. Não apontaria culpados com as informações que tenho em mãos”.

Nesse plano, é razoavelmente incontrovertido que o autor foi de fato acometido por uma meningite bacteriana e, por indução lógica, que as consequências danosas experimentadas decorreram da exasperação incomum do próprio quadro infeccioso, e não dos procedimentos adotados (ou pela sonegação de algum outro que se impunha ou recomendava na espécie).

Anota-se que o requerente deu entrada no hospital requerido em 20/2/2000 (f. 77) e foi no mesmo dia encaminhado à internação e à execução dos procedimentos recomendados, f. 202/204, não se vislumbrando também possível letargia do estabelecimento médico a esse respeito.

Pontua-se, em acréscimo, que o só fato de não ter sido possível determinar qual profissional médico efetivamente realizou a dita punção lombar no autor, não pode induzir à incorreção do procedimento ou execução deficiente do mesmo, e, bem assim, também não pode implicar por si só a ocorrência da culpa e da causalidade nas suas acepções jurídicas.

Nesta ordem de ideias, de concluir que a obrigação de meio, consubstanciada no emprego das técnicas usuais de tratamento disponíveis na medicina e utilização do instrumental adequado, foi observada, sendo imprevisível o infortúnio noticiado.

Não se olvida da dificuldade de comprovar o erro médico, mas é certo que, à míngua de elementos técnicos que convençam o magistrado de sua ocorrência, o caso é mesmo de improcedência do pedido, conforme, aliás, já decidi em hipótese análoga. Nesse sentido ver, por exemplo, a Apelação Cível nº 1.0024.05.775970-6/001, julgada à unanimidade por esta 16ª Câmara Cível em 3/5/2017.

Assim, penso que sequer existiria necessidade de discutir a legitimidade passiva da segunda apelante, ou mesmo de investigar sua participação nos procedimentos, considerando que, quer tenha sido por ela, quer tenha sido por outro profissional, certo é que não restou evidenciado qualquer desvio da técnica médica que seria exigível na espécie, tornando por qualquer forma improcedente a pretensão inicial.

Em suma, não vislumbro, ao menos com a prova que foi produzida, substrato processual capaz de sustentar a condenação imposta pela sentença, pelo que de rigor o provimento dos dois recursos a fim de reformar integralmente o decisório de primeiro grau.

III - Conclusão.

Pelo exposto dou provimento às apelações principais, primeira e segunda, a fim de reformar integralmente a sentença e julgar improcedente o pedido inicial. Via de consequência, julgo prejudicado o apelo adesivo.

Ante o novo resultado da demanda fica o autor condenado na integralidade das custas processuais, inclusive os recursais e os pertinentes à lide secundária, bem como honorários advocatícios de sucumbência, que fixo no importe equivalente a 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, observada a gratuidade da justiça que lhe fora deferida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e RAMOM TÁCIO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À PRIMEIRA E À SEGUNDA APELAÇÕES PRINCIPAIS. JULGARAM PREJUDICADA A APELAÇÃO ADESIVA.

• • •

Apelação cível - Embargos à execução - Obrigação de fazer - Doação realizada em acordo de divórcio homologado por sentença - Validade - Registro cartorário - Dispensabilidade - Eficácia de escritura pública - Retratação da doação para beneficiar filhos nascidos após o acordo judicial - Impossibilidade

- A doação de imóvel por ocasião da partilha de bens em ação de divórcio homologado judicialmente possui eficácia idêntica à da escritura pública. Independentemente da transferência do registro, o bem imóvel não mais integra o patrimônio do doador.

- Não é dado ao doador se retratar unilateralmente do acordo judicial pela superveniência de outros filhos após a homologação do mesmo, nos termos da Súmula 305 do STF.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0220.15.002867-2/001 - Comarca de Divino - Apelante: José Carlos Pereira Santana - Apelado: Diego Gomes Pereira Santana - Relator: DES. CLARET DE MORAES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 5 de dezembro de 2017. - *Claret de Moraes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CLARET DE MORAES - Apelação interposta por José Carlos Pereira Santana contra a sentença de lavra do MM. Juiz Maurílio Cardoso Naves, da Comarca de Divino (f. 41/42), nos autos dos embargos à execução ajuizados em desfavor de Diego Gomes Pereira Santana, que julgou improcedente o pedido formulado pelo autor, ora recorrente.

O apelante, em suas razões recursais (f. 44/53), aduziu, preliminarmente, falta de interesse de agir do apelado/embargado em virtude do ajuizamento de processo autônomo de execução de título judicial, em vez de executar a obrigação de fazer em sede de cumprimento de sentença, nos próprios autos da ação de divórcio em que fora fixada.

Sustenta, ainda, litisconsórcio ativo necessário, sob a justificativa de que a ação deveria ser ajuizada pelos dois beneficiários da obrigação de fazer fixada no acordo judicial; e, não havendo a citação do segundo beneficiário para compor a lide, a relação processual estaria inquinada de nulidade.

No mérito, arguiu a necessidade de reforma da sentença para que os presentes embargos à execução sejam julgados procedentes, diante de fato superveniente impeditivo do cumprimento da obrigação de fazer

executada, qual seja o nascimento de mais dois filhos, exclusivos do apelante/embargante, após a assunção da obrigação.

Intimado, o apelado contrarrazoou o recurso (f. 58/61), pugnando pela manutenção da sentença.

É o relatório. Decido.

Recurso próprio, tempestivo, adequado e devidamente preparado (f. 54/55). Assim, presentes os pressupostos de sua admissibilidade, dele conheço.

Inicialmente, registro que a sentença recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, porquanto o exame da questão controvertida será feito à luz deste diploma legal.

A obrigação de fazer executada deriva de acordo judicial de partilha de bens celebrado entre o embargante e sua ex-cônjuge, pais dos embargados/apelados Diego Gomes e Gaberson Levy Gomes, que não integram a lide. Na mencionada partilha, ficou acordado que um imóvel objeto de meação seria transferido para os dois filhos comuns do ex-casal.

Preliminares.

Falta de interesse de agir.

O apelante sustenta preliminar de falta de interesse de agir do apelado na execução embargada, aduzindo que o cumprimento da obrigação de fazer reclamada deveria ser postulado diretamente nos autos do processo de divórcio em que ela foi fixada, em sede de cumprimento de sentença.

Ocorre que o apelado não foi parte na lide em que foi fixada a obrigação de fazer em seu favor, qual seja a ação de divórcio ajuizada por seus pais, motivo pelo qual o único instrumento processual que dispunha para pleitear o cumprimento da obrigação fixada em título executivo é a ação de execução.

Assim sendo, fica demonstrado o interesse de agir do apelado, o que impõe a rejeição da preliminar arguida.

Litisconsórcio ativo necessário.

Com relação à alegação da necessidade de constituição de litisconsórcio ativo necessário, também não merece acolhimento.

Como bem explicita o Juiz singular, o apelado não está adstrito à vontade do seu irmão, também beneficiado na obrigação de fazer estipulada no acordo judicial executado, para exercer o seu direito de ação neste caso, sob pena de se impor condição não disposta no título para fruição do direito.

Diante do exposto, rejeito a preliminar.

Mérito.

No mérito, o apelante sustenta que houve a superveniência de fato impeditivo ao cumprimento do acordo judicial celebrado na ação de divórcio, qual seja o nascimento de mais dois filhos de seu segundo casamento.

A sentença não merece ser reformada.

O acordo judicial homologado em sentença no qual se prevê a doação de imóvel para os filhos do casal não pode ser retratado por ato unilateral, sob pena de hostilizar as bases da boa-fé processual e da segurança jurídica, e possui a mesma eficácia da escritura pública.

A situação já é pacificada na jurisprudência pátria, de modo que a Súmula 305 do Supremo Tribunal Federal dispõe sobre a irretratabilidade do acordo celebrado e homologado em juízo.

Colaciono jurisprudência deste Tribunal sobre a matéria:

Apelação cível. Outorga de escritura. Homologação acordo separação judicial. Doação imóvel aos filhos do casal. Admissibilidade. - O cumprimento do acordo judicial homologado na separação judicial, referente à doação de imóvel aos filhos do casal, é medida que se impõe, não sendo cabível a retratação unilateral, nos termos da Súmula nº 305 do STF (TJMG - Apelação Cível 1.0338.12.006741-2/001, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, 18ª Câmara Cível, j. em 15/12/2015, p. em 22/1/2016).

Agravo de instrumento. Ação de separação consensual. Divórcio. Doação de imóvel prometida ao filho do casal e não realizada. Compromisso assumido em cláusula na separação. Obrigação da transferência. Nascimento de outro filho. Agravo a que se nega provimento. - Se quando da separação consensual do casal ficou estabelecido em cláusula contratual que o bem imóvel seria doado (transferido) para o filho do casal e tendo decorrido nove (09) anos sem que o agravante o transferisse, o nascimento de outro filho em data muito posterior àquela separação não serve de óbice para que a transferência seja realizada, porque como é de sabença correntia a doação de ascendente a descendente implica adiantamento do que a estes couber na herança, razão pela qual não restará qualquer prejuízo ao filho superveniente na dicção do art. 544, *caput*, do Código Civil (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0382.02.022528-2/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 5/2/2013, p. em 8/2/2013).

É sabido que a doação de imóvel é ato solene e que pressupõe a formalização em escritura pública para que seja possível a transferência do registro ao donatário, caso aceite o bem doado.

Nesse sentido, a sentença homologatória do acordo judicial em ação de divórcio, por sua vez, tem eficácia idêntica à escritura pública, dispensando a lavração do termo nesses casos, bem como o ajuizamento de execução para impor a transferência do registro do bem ao donatário, salvo se no acordo estiver estipulado que as despesas para transferência do imóvel serão de ônus do doador, o que é o caso dos autos, porquanto no texto do acordo judicial consta, expressamente, que o varão se compromete a transferir o registro dos imóveis aos filhos comuns do casal (f. 14)

Sobre o tema, leciona Maria Berenice Dias:

De forma bastante frequente, por ocasião da dissolução do casamento, convencionam cônjuges ou companheiros a doação de bens a um deles ou aos filhos. De modo geral, não se trata de singela promessa de doação, de mero ato de liberalidade gratuito. É a forma encontrada para compensar a partilha. Ainda assim, existe alguma relutância em cancelar tal possibilidade. Ora, tendo o juiz homologado cláusula de promessa de doação, acreditam as partes na higidez do acordo [...]. A recusa em adimplir o prometido é postura que afronta a ética, dando

ensejo a enriquecimento injustificado, o que não pode ser referendado pela justiça, sob pena de cair em descrédito (*Manual de direito das famílias*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 343).

Assim sendo, uma vez que a sentença homologatória do acordo judicial se equipara à escritura pública de doação, pouco importa se o registro do imóvel foi transferido.

Ademais, o nascimento de filhos em datas posteriores à da homologação do acordo não impede a transferência do bem ali disposto, uma vez que a doação do ascendente aos descendentes implica o adiantamento do que a estes couber na herança, conforme prevê o art. 544 do Código Civil, inexistindo, assim, prejuízo aos demais.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença proferida em 1º grau.

Condeno o apelante ao pagamento das custas recursais e honorários advocatícios, que ora majoro para R\$1.200,00 (um mil e duzentos reais), conforme determina o art. 85, § 11º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIÂNGELA MEYER e VICENTE DE OLIVEIRA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Ação de liquidação e cumprimento de sentença coletiva - Direito individual homogêneo - Processamento individual e coletivo - IDEC - Relação jurídica - Não associado - Legitimidade ativa.

- A liquidação de sentença coletiva que tutela direito individual homogêneo pode ser processada de forma individual ou coletiva, o que importa dizer, pela vítima ou sucessores (forma individual), ou pelo ente coletivo autor da ação.

- Nessa perspectiva jurídica, não se pode exigir do beneficiado individual que mantenha vínculo associativo com o ente coletivo autor da ação, porquanto não pode ser privado de um direito tutelado por sentença coletiva, só pelo fato de não manter relação jurídica com o ente coletivo autor da ação.

- Por isso os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília (DF).

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0621.14.003170-2/001 - Comarca de São Gotardo - Apelante: Raquel Garcia de Moraes Pessoa - Apelado: Banco do Brasil S/A - 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 DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2017. - *Saldanha da Fonseca* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SALDANHA DA FONSECA - Cuida-se de apelação interposta por Raquel Garcia de Moraes Pessoa em face da sentença de f. 107-109, proferida pelo MM. Juiz de Direito Ademir Bernardes de Araújo Filho, que, em sede de cumprimento de sentença proferida nos autos da ação civil pública ajuizada em desfavor do Banco do Brasil S/A pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa, na forma do art. 267, VI, c/c 598, do CPC/73.

Insatisfeita, a demandante resiste ao desfecho extintivo, sob alegação de que todos os poupadores e seus sucessores, de forma indistinta, são legítimos para requerer o cumprimento da sentença coletiva de que se cuida (f. 111-133).

Em contrarrazões de f. 136-165 o apelado, refutando a insurgência, bate-se pelo seu desprovimento.

Cumpridos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A apelante sustenta que a exigência de comprovação de filiação ao IDEC como elemento de legitimação ativa colide com o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 1.391.198/RS) e pelo próprio Supremo Tribunal Federal (RE nº 573.232/SC; RE nº 803.331/SC) em hipóteses desta natureza.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., na obra *Curso de direito processual civil - processo coletivo*, 8. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2013, v3. 4, p. 418-422, anotam:

A execução da sentença em ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos é regulada pelos arts. 97-100 do CDC, podendo ser promovida pelas vítimas e seus sucessores, bem como pelos legitimados em lei para promover a ação (substitutos processuais). A execução poderá ser coletiva ou individual, mediante extração de certidão de sentença. [...] Há execução individual da sentença coletiva. A sentença coletiva opera efeitos no plano individual, se for para beneficiar - extensão *in utilibus* da coisa julgada do plano coletivo para o plano individual *stricto sensu* e/ou difusas) e, no caso das ações que versem sobre direitos individuais homogêneos, a regra da coisa julgada *secundum eventum litis* (art. 103, III, CDC). Uma vez liquidada a sentença condenatória genérica - liquidação essa que tem por objetivo verificar a extensão do dano e a identidade da vítima -, poderá o prejudicado ou seus sucessores, individualmente, promover a execução da sentença (art. 97 do CDC). [...] A execução de uma sentença genérica (obrigação de pagar quantia, “responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”, art. 91 *caput* do CDC, direitos individuais homogêneos) pode ser individual, proposta pelo próprio indivíduo ou pelos legitimados extraordinários coletivos (denominada como coletiva pela lei, mas que, em verdade, é uma execução individual plúrima), ou coletiva, no caso de execução da *fluid recovery*.

Portanto, a liquidação e/ou o cumprimento de sentença coletiva que tutela direito individual homogêneo podem ser processados de forma individual ou coletiva, o que importa dizer, pela vítima ou sucessores (forma individual), ou pelo ente coletivo autor da ação. Nessa perspectiva jurídica, não se pode exigir do beneficiado individual que mantenha vínculo associativo com o ente coletivo autor da ação, porquanto não pode ser privado de um direito tutelado por sentença coletiva, só pelo fato de não manter relação jurídica com o ente coletivo autor da ação.

Na linha do exposto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu o Recurso Especial 1.391.198/RS, DJe de 2/9/2014 (recurso repetitivo (Temas: 723, 724):

Ação civil pública. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C DO CPC. Sentença proferida pelo juízo da 12ª Vara Cível da circunscrição especial judiciária de Brasília/DF na ação civil coletiva nº 1998.01.1.016798-9 (Idec x Banco do Brasil). expurgos inflacionários ocorridos em janeiro de 1989 (plano verão). Execução/liquidação individual. Foro competente e alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. observância à coisa julgada. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na Ação Civil Coletiva nº 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública nº 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF. 2. Recurso especial não provido.

Nesse contexto técnico, a sentença recorrida, porquanto equivocada ao declarar que a apelante é parte ativa ilegítima para promover a liquidação e/ou cumprimento individual da sentença coletiva proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília (DF), desafia pronta cassação.

A desafetação do rito repetitivo do Recurso Especial 1.438.263/SP, decisão de 27/9/2017, não deixa dúvida quanto à eficácia do decidido no Recurso Especial nº 1.391.198/RS.

O decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 573.232/SC não se aplica à liquidação e cumprimento da sentença coletiva em exame, isso porque no referido Recurso Extraordinário examinou-se a hipótese técnica de, na fase que é de realização do título executivo judicial, alterar esse título, para incluir pessoas que não foram inicialmente apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimento e que não autorizaram a associação a atuar como exigido no art. 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. A sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília (DF), na Ação Civil Coletiva nº 1998.01.1.016798-9, é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, para pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, ocorridos em janeiro de 1989 (plano verão).

Sem embargo, superada a ilegitimidade ativa declarada na origem (f. 107-109), e período de suspensão do processo (f. 170, TJ), cumpre observar que a sentença coletiva objeto de liquidação e cumprimento individual determinou:

Pelo exposto, julgo procedente o pedido inaugural para condenar a ré, de forma genérica, observado o art. 95, do Código do Consumidor, a incluir o índice de 48,16% (quarenta e oito inteiros e dezesseis décimos percentuais) (adequado pelo STJ (REsp 327.200-DF) para 42,72%) no cálculo do reajuste dos valores depositados nas contas de poupança com ela mantidas em janeiro de 1989, até o advento da Medida Provisória nº 32, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

Com efeito, embora a sentença coletiva condenatória deva ser compreendida genérica (art. 95, CDC), seu componente é determinado, pagamento da diferença de remuneração devida aos titulares de conta poupança junto ao Banco do Brasil no período de janeiro de 1989, tendo por base o índice devido de 42,72%, em relação ao índice aplicado a menor, diferença apurável pela técnica liquidação por cálculos aritméticos ou arbitramento, que deve contemplar a aplicação sobre a diferença devida de juros de mora (Recurso Especial nº 1361800/SP, *DJe* de 14/10/2014) e correção monetária (Recurso Especial nº 1.392.245/DF, j. em 8/4/2015).

Dessa forma, os cálculos litigiosos, impugnados ou não pelo apelado, poderão ser conferidos pelo contabilista do juízo (art. 524, § 2º, do NCPC), para que representem crédito exato a partir da não incidência de juros remuneratórios (REsp 1.392.245/DF, j. em 8/4/2015), da incidência de juros de mora de 1% ao mês (0,5% ao mês até 10/1/2003), contados da citação do devedor na fase de conhecimento da ação civil pública e da incidência de correção monetária calculada pelos índices não expurgados divulgados pela Corregedoria Geral de Justiça, a partir de janeiro de 1989.

Se assim ocorre, justifica-se a reforma postulada e, porque o feito não está em condições de imediato julgamento, seu retorno à origem para regular prosseguimento é de rigor, compreensão que não se abala por teses e preceitos em contrário alçados.

Ao abrigo de tais fundamentos, dou provimento à apelação para, em reforma, cassar a sentença recorrida e determinar o regular prosseguimento do feito.

Custas pela parte vencida, ao final.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DOMINGOS COELHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível/Reexame necessário - Mandado de segurança - Recadastramento como expositor da feira da Avenida Afonso Pena - Condicionamento a apresentação de certidão negativa de débitos - Ilegalidade

- Configura abuso de poder o condicionamento do recadastramento como expositor da feira de artesanato da Avenida Afonso Pena à apresentação da Certidão Negativa de Débitos, mormente quando tal exigência não consta do Código de Postura do Município de Belo Horizonte, que regula a atividade, o que afronta o princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica, garantido pelo art. 170 da CRFB.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.003268-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelada: Nilza Maria Noronha Ferreira - Autoridade coatora: Secretário de Administração regional municipal de Belo Horizonte, Gerente regional de feiras permanentes da Prefeitura de Belo Horizonte - Relator: DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em CONFIRMAR A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2017. - *Elias Camilo Sobrinho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de recurso de apelação contra a sentença de f. 169-175-v., que, nos autos do *mandamus* impetrado por Nilza Maria Noronha Ferreira, confirmando a liminar outrora deferida, concedeu a ordem pleiteada para determinar que a autoridade coatora “retire do edital o item que dispõe sobre a obrigação de apresentar CND - Certidão Negativa de Débitos para concessão da renovação da licença para feirantes” (f. 32).

Sem condenação em honorários, pois não cabível na espécie.

Sem custas, uma vez que a isenção conferida pelo art. 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03 se estende às autoridades coatoras.

Nas razões recursais de f. 181-183, sustenta o apelante que, ao contrário do afirmado na sentença, a exigência da apresentação da CND constitui mero recurso para que a gerência de feiras verifique se o expositor pagou unicamente o preço público pelo uso do espaço público da feira no ano anterior. Assevera que, se a apelada não comprovar o pagamento do preço público, não lhe poderá ser deferido o recadastramento.

Arremata pugnando pelo provimento do recurso.

Sem contrarrazões da apelada, apesar de regularmente intimada, conforme certificado à f. 183-v.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 189-192), opinando pelo desprovimento do recurso.

Conheço do reexame necessário, de ofício, diante do que dispõe o art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009. Conheço também do recurso voluntário, vez que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Data venia, de uma detida análise dos autos, tenho não merecer qualquer alteração o *decisum* primevo.

Insurgiu-se a impetrante contra o item do edital que prevê a necessidade de apresentação da Certidão Negativa de Débitos para o cadastramento como expositor da feira da Avenida Afonso Pena.

Há, na hipótese, clara violação ao disposto nos art. 5º, XIII, e 170, IV e parágrafo único, ambos da Constituição Federal/88. Vejamos:

Art. 5º [...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

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

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

De fato, de uma simples análise dos referidos dispositivos constitucionais, a outra conclusão não se chega senão a de constituir a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débitos para o referido cadastramento ofensa ao direito pertinente ao exercício pleno das atividades econômicas pela impetrante, como forma de coação ao recolhimento de tributos, o que é vedado a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, externada na edição das seguintes súmulas:

Súmula 70: É inadmissível a interdição do estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Nesse sentido, mostra-se abusiva e, portanto, apta a ensejar o afastamento da exigência da autoridade imitada pelo Poder Judiciário, relacionada a providências que não constam do Código de Postura do Município de Belo Horizonte, que, em seu art. 167, prevê os requisitos para o cadastramento pretendido. Do documento de licenciamento.

Art. 167. A participação em feira depende de prévio licenciamento e da expedição do respectivo documento de licenciamento.

§ 1º O documento de licenciamento para participação em feira terá validade de 1 (um) ano, podendo, a critério do Executivo, ser renovado ao final do período por igual prazo.

§ 2º Para a renovação do documento de licenciamento deverá ser encaminhado ao órgão competente requerimento instruído com cópia do documento vigente e comprovação de pagamento da última taxa devida.

Destarte, a exigência contida no referido dispositivo legal é a comprovação do pagamento da última taxa devida, qual seja, o preço público cobrado pelo uso do espaço público do ano anterior, sendo certo que a exigência de apresentação da Certidão Negativa de Débito constitui uma forma anômala de cobrança de tributo e, ao mesmo tempo, cerceando o regular exercício da atividade da impetrante.

Ora, se a Fazenda Pública detém mecanismos próprios para recebimento do crédito tributário, a utilização de expedientes como o da hipótese, como meio indireto de forçar o contribuinte ao pagamento do débito, afronta o princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica, insculpido no art. 170 da CRFB, como já visto.

Diante de tais considerações, em reexame necessário, conhecido de ofício, mantenho a sentença de primeiro grau por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e JAIR VARÃO.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO DE OFÍCIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Reexame necessário de ofício/Apeleção cível - Tributário - ICMS - Isenção - Portador de deficiência severa - Prova documental - Finalidade social do benefício - Proteção do deficiente físico - Desnecessidade de condução do veículo pelo próprio beneficiário - Deferimento do benefício - Sentença confirmada

- Faz jus ao benefício isencional do ICMS o portador de deficiência física severa que comprove documental-mente tal condição, bem como a necessidade de que terceiro por ele conduza o veículo.
- A exigência de que o veículo seja conduzido pelo próprio beneficiário é desprovida de razoabilidade, já que, se a Administração concede isenção àquele deficiente que tem condições de conduzir veículo, com mais razão deve conceder àquele que não pode dirigir.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0287.15.003905-8/002 - Comarca de Guaxupé - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelada: Neuseli do Carmo Paiva - 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 CONHECIDO DE OFÍCIO CONFIRMAR A SENTENÇA. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 28 de Novembro de 2017. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de f. 91/97, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Guaxupé, a qual, nos autos da ação ordinária nº 0287.15.003905-8, julgou procedentes os pedidos iniciais para determinar a isenção do ICMS quando da aquisição de veículo automotor pela autora em razão da sua deficiência. Em razões recursais de f. 99/103, o apelante alega que a autora não preenche os requisitos para que se obtenha o benefício pleiteado, já que não pode conduzir o veículo, e a legislação é translúcida ao determinar que a isenção seja para o motorista, não alcançando hipóteses onde o veículo não seja adaptado e/ou seja dirigido por terceiro.

Foram apresentadas contrarrazões às f. 105/108.

De ofício, conheço do reexame necessário, pois a hipótese é de sentença contrária aos interesses do Estado, não possuindo valor certo e conheço do recurso, visto que satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A Lei Estadual 15.757/05, que disciplina sobre a isenção de ICMS na compra de veículo adaptado em Minas Gerais preceitua:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a isentar do Imposto sobre as Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal

e de Comunicação - ICMS - a aquisição de automóvel de passageiros, de fabricação nacional, equipado com motor de cilindrada não superior a 1.600cm³ (mil e seiscentos centímetros cúbicos), movido a combustível de origem renovável ou sistema reversível de combustão, por pessoa portadora de deficiência física, visual, mental severa ou profunda ou autista, diretamente ou por intermédio de seu representante legal.

No caso dos autos, a exigência da autoridade coatora de que seja o impetrante o condutor do veículo sobre o qual incidirá a isenção do ICMS é mesmo impossível, visto tratar-se de enferma sem possibilidade física de guiar um veículo.

Tal exigência já foi afastada, em relação ao ICMS, pelo Convênio 38/2012, com as alterações do Convênio 135/2012, que veio a permitir, expressamente, a direção do veículo objeto da isenção por terceira pessoa (cláusula 2ª, § 3º).

Com efeito, se a lei editada foi no sentido de facilitar a locomoção da pessoa portadora de deficiência, com ela não se coaduna a exigência de que o próprio deficiente dirija o veículo destinado ao seu transporte, na medida em que cria distinção entre aqueles que são capazes de fazê-lo e os que não o são.

Neste sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e este eg. Sodalício:

Tributário. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Isenção de ICMS e IPVA. Aquisição de veículo por portadores de deficiência física ou mental. Possibilidade. Condução do veículo por terceira pessoa. Indiferença. Súmula 280/STF. Agravo não provido. 1. A verificação do preenchimento dos requisitos para a concessão da isenção nas Leis Estaduais 8.115/85 e 8.820/89 e no Decreto Estadual 37.699/97 encontra óbice na Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”. 2. “A peculiaridade de que o veículo seja conduzido por terceira pessoa, que não o portador de deficiência física, não constitui óbice razoável ao gozo da isenção preconizada pela Lei nº 8.989/95, e, logicamente, não foi o intuito da lei” (REsp 523.971/MG, Rel. Min. Frainciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 28/3/2005). 3. Agravo não provido (AgRg no AREsp 50.688/RS, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 19/4/2012).

Agravo interno. Mandado de segurança. Isenção IPVA e ICMS. Deficiente físico. Veículo conduzido por terceiro. Nulidade. Defeito em ato processual. Não ocorrência de prejuízo à parte. Princípios da isonomia e da dignidade humana. Jurisprudência dominante. Decisão mantida. I - Prevalecem os princípios da instrumentalidade, economia e celeridade processual, quando não se verifica prejuízo real à parte em decorrência de ato praticado sem a estrita observância dos preceitos legais. II - Em respeito à jurisprudência dominante, aos princípios da isonomia e da dignidade humana, impõe-se o reconhecimento da pertinência da isenção de IPVA e de ICMS na aquisição de veículo automotor para o deficiente físico, mesmo na hipótese de o veículo ser conduzido por terceiro (TJMG, Agravo Interno Cível nº 1.0686.10.001941-9/003, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 25/11/2014, p. em 28/11/2014).

Assim, entendendo preenchidos os requisitos exigidos para a aquisição de automotor com a isenção de ICMS, na forma estabelecida pela bem lançada sentença de primeiro grau.

Forte nesses fundamentos, em reexame necessário, conhecido de ofício, confirmo a sentença e julgo prejudicado o recurso voluntário.

Sem custas e honorários recursais.

DES. PEIXOTO HENRIQUES - De acordo com o Relator.

DES. OLIVEIRA FIRMO - Senhor Presidente, estou de acordo com o Relator para confirmar a sentença, em reexame necessário, e julgar prejudicada a apelação, pelas razões a seguir expostas.

É dever do Estado garantir às pessoas portadoras de deficiência física meios e condições necessários à sua efetiva inclusão social, observando, para tanto, o princípio constitucional de existência digna, desprovida de qualquer preconceito e discriminação.

1 - Lei federal nº 7.853/1989:

Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.

§ 1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.

§ 2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Como uma das vertentes da política afirmativa da inclusão de portadores de deficiência física, a eles, é concedida isenção de impostos para aquisição de veículos, a exemplo do que ocorre com tributos federais - caso do imposto sobre produtos industrializados (IPI).

Lei nº 8.989/95 - Dispõe sobre a Isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, na aquisição de automóveis para utilização no transporte autônomo de passageiros, bem como por pessoas portadoras de deficiência física, e dá outras providências.

E, ampliados os horizontes da discussão, com a análise sistemática do contexto em que se insere a isenção e a própria letra do art. 111 do CTN, sobretudo pela aplicação teleológica das regras, expressamente determinada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42 - LINDB), e pela ponderação de princípios constitucionais, em especial o da isonomia e o da dignidade da pessoa humana, conjugados com os objetivos da República, de “erradicação da marginalização” e da “promoção do bem de todos, sem preconceitos”, inegável que a regra excepcional visa tornar menos árdua a vida dos portadores de deficiência física, inserindo-os cada vez mais como iguais na sociedade através da formulação de políticas públicas de superação de obstáculos arquitetônicos, de inclusão no mercado de trabalho e de locomoção, todas contempladas como direitos humanos (Decreto nº 6.949/2009 - Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007) fundamentais, de aplicação imediata (art. 5º, §§ 1º e 2º, da CF/88).

Nesse contexto, possível a concessão de isenção para as pessoas portadoras de deficiência que não conseguem superar as suas limitações físicas - pela própria gravidade delas - com simples adaptações, sendo necessário o auxílio de terceiros para condução do veículo a ser adquirido. Esse o entendimento exarado em

julgados do STJ (STJ - REsp nº 567.873/MG - T1 - Rel. Min. Luiz Fux - j. em 10/2/2004 - pub. 25/2/2004; REsp no 52.3971/MG - T2, Rel. Min. Franciulli Netto, j. em 26/10/2004, *DJ* de 28/3/2005), bem como no julgamento do Agravo de Instrumento, sob minha Relatoria, nº 1.0480.11.017532-4/001 (j. em 26/2/2013, p. em 1º/3/2013).

É o voto.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA. PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Apelação cível - Ação civil pública - Engenho de publicidade - Fixação no centro histórico de São João del-Rei - Autorização prévia inexistente - Área tombada - Proteção do patrimônio histórico-cultural e do meio ambiente - Poluição visual - Dano ambiental e prejuízo à coletividade - Dever de reparar - Indenização devida

- A fixação de anúncios nos bens tombados ou no seu entorno sujeita-se ao controle por parte dos órgãos públicos incumbidos de zelar pela convivência entre publicidade e proteção do patrimônio histórico-cultural.

- A instalação de engenho de publicidade em imóvel tombado, em desconformidade com a legislação municipal, causa dano ambiental consistente na poluição visual de edificações com acentuado valor histórico ou artístico, bem ainda na afetação da visibilidade estética do conjunto arquitetônico situado no centro histórico do município.

- A Constituição Federal impõe o dever de reparar os danos ocasionados ao meio ambiente e à coletividade, devendo o seu causador ser condenado à reparação pelo pagamento de indenização pecuniária.

- Na fixação da indenização, além da extensão dos danos ambientais coletivos, devem ser considerados o poderio econômico do ofensor e o caráter socioeducativo da condenação, consubstanciado no princípio da prevenção.

- Sentença reformada.

- Recurso provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.15.004280-6/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Shopping das Carnes de São João del-Rei Ltda. - Relator: DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR

Acórdão

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

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2017. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de apelação da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de São João del-Rei (f. 85/86-v), que, nos autos da presente Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Shopping das Carnes de São João del-Rei Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos, para condenar o requerido a se abster de instalar toldos e/ou engenhos de publicidade em seu estabelecimento em desconformidade com o Decreto

Municipal nº 4.762/2011 e, ainda, sem prévia aprovação dos órgãos de proteção ao patrimônio cultural, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), limitada a R\$10.000,00 (dez mil reais), a ser destinada ao Fundo Municipal do Patrimônio Cultural.

Em suas razões (f. 88/94), alega o autor que a poluição visual causada pela utilização de engenho de publicidade em desacordo com a legislação causa dano ambiental, do qual decorre a obrigação de reparar, nos termos dos arts. 225, § 3º, da Constituição da República; 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81; e 9º do Decreto Municipal nº 4.762/2011. Assevera que a negativa da indenização pleiteada incentiva o descumprimento da legislação ambiental, salientando que se trata de dano ambiental presumido.

Contrarrazões às f. 100/102.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia a aferir a possibilidade de condenação do requerido ao pagamento de indenização pelos supostos danos decorrentes da instalação de engenho de publicidade, em imóvel tombado, em desconformidade com a legislação municipal.

Nos termos do art. 216, § 1º, da Constituição Federal, o Poder Público promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, dentre outras formas, pelo tombamento.

O tombamento é uma providência utilizada pelo Ente Público para intervir na propriedade privada, limitando-a, quando possuir valor histórico ou artístico, a fim de se conservar tal característica.

Em consequência, o bem fica sujeito a regras específicas de proteção.

Acerca do assunto, a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Pelo tombamento, o Poder Público protege determinados bens, que são considerados de valor histórico ou artístico, determinando sua inscrição nos chamados Livros de Tombo, para fins de sua sujeição a restrições parciais; em decorrência desta medida, o bem, ainda que pertencente a particular, passa a ser considerado bem de interesse público; daí as restrições a que se sujeita seu titular (*Direito Administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 133).

Na esfera federal, o Decreto-Lei nº 25/1937 disciplina a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, nos termos seguintes:

Art. 18 - Sem prévia autorização do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que lhe impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de ser mandada destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso multa de cinquenta por cento do valor do mesmo objeto.

Interpretando o referido dispositivo legal, observa-se que o objetivo da norma é proteger a visibilidade da coisa tombada, preservando-se a área vizinha.

Logo, a fixação de anúncios nos bens protegidos ou no seu entorno demanda o controle por parte dos órgãos públicos incumbidos de zelar pela convivência entre publicidade e proteção do patrimônio histórico-cultural.

Por sua vez, o art. 30 da Constituição Federal dispõe que a publicidade urbana de qualquer espécie também se sujeita à regulamentação e à polícia administrativa do Município, nos termos do art. 30 da CF/88:

Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e estadual no que couber;

[...]

IX - promover a proteção ao patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Nesse passo, o Decreto Municipal nº 4.762/2011 regulamentou o combate à poluição visual no Município de São João del-Rei e determinou que locais ou estabelecimentos procedessem à adequação de seus engenhos de publicidade no centro histórico desta cidade, tombado pela Lei Municipal nº 3.531/2000.

No caso concreto, demonstra o auto de constatação do Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Cultural juntado às f. 29/31 que o requerido instalou engenho de publicidade em seu estabelecimento comercial, no centro histórico do município, em desconformidade com a legislação pertinente.

Outrossim, certo que houve o reconhecimento tácito da pretensão autoral de retirada do objeto, haja vista que a situação foi regularizada pelo requerido antes da audiência especial designada no feito.

Lado outro, *data venia* ao entendimento do MM. Juiz *a quo*, a mera retirada do engenho de publicidade não obsta o acolhimento do pedido indenizatório formulado pelo Ministério Público Estadual.

Ora, a Constituição da República contempla o princípio da responsabilidade em seu art. 225, § 3º, quando prescreve: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Assim, o que pretendeu o legislador foi a imposição, para aqueles que praticam atos lesivos ao meio ambiente, da obrigação de arcar com a responsabilidade em qualquer das esferas - civil, penal ou administrativa, já que a responsabilidade ambiental é independente e simultânea em cada uma delas.

Quanto à obrigação de responder pela reparação dos danos ao meio ambiente e ao patrimônio público, equipara-se à responsabilidade civil, com a ideia de compensação do dano.

Nesse contexto, inicialmente é necessário perquirir sobre a existência do dano e sua extensão.

Conforme se extrai dos autos, constitui fato incontroverso a colocação de engenho de publicidade em imóvel localizado no Centro Histórico de São João del-Rei, em desacordo com a legislação vigente, circunstância que enseja inegável dano ambiental decorrente da poluição visual.

Dessa forma, cabível a condenação pela indenização por dano ambiental, conforme entendimento consolidado na jurisprudência deste Sodalício:

Administrativo. Ação civil pública. Retirada de toldos/engenhos de publicidade. Decreto nº 4.762/2011. Prazo para adequação. Descumprimento. Indenização. Admissibilidade. Critério de fixação. Recurso provido. 1 - O Poder Público, por meio de ato normativo, impôs obrigação a todos os responsáveis por regularizarem os imóveis situados nos limites do centro histórico ou de seu entorno até o dia 4/4/2012, já considerando o pedido de prorrogação formulado pela Associação Comercial e Industrial do Município. Demonstrado que a ré somente retirou o engenho publicitário constante da fachada da edificação após o ajuizamento da ação civil pública, cabível o pagamento de indenização. 3 - Para a fixação da indenização, deve-se levar em consideração a afetação à visibilidade estética do conjunto arquitetônico situado no centro histórico do Município, o bem-estar da população e a intensidade do dano, sem olvidar dos antecedentes quanto ao cumprimento da legislação e a situação econômica do infrator (TJMG - Apelação Cível nº 1.0625.12.005031-9/007 - Rel. Des. Edilson Fernandes - 6ª Câmara Cível - j. em 8/11/2016).

Por conseguinte, sendo incontroversa a configuração do dano ambiental decorrente da poluição visual causada pelo engenho de publicidade, adequada a condenação do recorrido à indenização pleiteada.

Nessa senda, a fixação da indenização, no caso concreto, atrela-se ao prudente critério do Juiz, sopesando-se as circunstâncias e pautando-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme determina o art. 944 e parágrafo único do Código Civil.

Ademais, a Lei Federal nº 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, estabelece os critérios para o arbitramento de indenização.

Vejamos:

Art. 6º - Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Dessa forma, ao proferir sua decisão, deve o magistrado sopesar a gravidade da culpa e o dano de forma proporcional, pautado pela razoabilidade.

Deve ser considerado, ainda, que a decisão deve servir de desestímulo a novas agressões por parte do ofensor, com fundamento no princípio da prevenção, que norteia o direito ambiental, devendo o cunho socioeducativo assumido pela indenização predominar em detrimento do fator pecuniário que envolve essas reparações.

No caso concreto, não há dúvida de que os engenhos de publicidade contribuíram com a poluição visual da cidade. Contudo, restando comprovado que as irregularidades foram sanadas antes da realização da audiência, não se mostra razoável a fixação de um valor exorbitante.

Nesse passo, considerando o dano ambiental consistente na poluição visual de edificações com acentuado valor histórico ou artístico, bem ainda a afetação à visibilidade estética do conjunto arquitetônico situado no centro histórico do município, o bem-estar da população, a intensidade do dano, a gravidade do fato e a situação econômica da apelada, entendo que o importe de R\$3.000,00 é suficiente para a reparação do dano

moral ambiental no caso concreto, sendo que o valor servirá de desestímulo à violação do direito alheio, sem que se inviabilize o funcionamento da entidade ofensora.

Com essas considerações, dou provimento à apelação, e julgo procedente o pedido inaugural, para condenar o recorrido a pagar R\$3.000,00 a título de indenização, em prol do Fundo Municipal do Patrimônio Cultural de São João del-Rei.

A quantia será corrigida monetariamente, a partir do momento da fixação, pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, com juros de mora de 1% ao mês, desde o evento danoso (maio/2014), até o efetivo pagamento.

Custas recursais pelo apelado, na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores CAETANO LEVI LOPES e HILDA TEIXEIRA DA COSTA.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível - Ação de usucapião especial urbana - Requisitos não preenchidos - Inexistência de contagem de prazo de usucapião entre cônjuges - Existência de contrato de locação - Ausência de *animus domini*

- A usucapião especial urbana, prevista no art. 183 da Constituição Federal e art. 1.240 do Código Civil, exige a comprovação de posse mansa, pacífica e ininterrupta, com *animus domini*, pelo período de 5 anos, relativa a imóvel urbano utilizado para fins de moradia, com dimensão de até 250m².

- Entre os cônjuges não correrão os prazos de usucapião na constância da sociedade conjugal, conforme determina o art. 197, I, do CPC.

- A existência de contrato de locação em vigor obsta a aquisição do imóvel por usucapião, por inexistir o chamado *animus domini*.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0452.10.004551-0/001 - Comarca de Nova Serrana - Apelante: José Vicente da Silva - Apelada: Isabel Dorotéa Barbosa - Relator: DES. CLARET DE MORAES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2017. - *Claret de Moraes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CLARET DE MORAES - Apelação interposta por José Vicente da Silva contra sentença de lavra do MM. Juiz Rômulo dos Santos Duarte, da Vara Cível da Comarca de Nova Serrana (f. 309/311-v), nos autos da ação de usucapião proposta em desfavor de Isabel Dorotea Barbosa, que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial.

O apelante, em suas razões recursais (f. 314/323), pleiteou a reforma da sentença, sustentando estarem comprovados nos autos todos os requisitos da usucapião especial urbana.

Intimada, a apelada contrarrazoou o recurso (f. 325/332), suscitando preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse recursal. No mérito, rebateu as alegações do recorrente e pugnou pela manutenção da sentença.

É o relatório, decido.

Recurso próprio, tempestivo, adequado e sem o regular preparo por litigar o recorrente sob o pálio da gratuidade da justiça (f. 311-v). Assim, presentes os pressupostos de sua admissibilidade, dele conheço.

Inicialmente, registro que a sentença recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, porquanto o exame da questão controvertida será feito à luz deste diploma legal.

Preliminares.

Impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse recursal.

A apelada suscita preliminares de falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido em razão de o apelante não possuir os requisitos necessários para usucapir o imóvel em questão.

As referidas preliminares se confundem com o mérito e como tal serão analisadas.

Mérito.

Depreende-se dos autos que o Sr. José Vicente da Silva ajuizou a presente ação de usucapião alegando que teve a posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini*, por mais de cinco anos, sobre imóvel urbano de 60 m², situado na Rua Lucy Scaldini Garcia nº 272, bairro Bela Vista, Nova Serrana/MG. Aduziu, ainda, que o local é utilizado para sua moradia e não é proprietário de nenhum outro imóvel, preenchidos, assim, todos os requisitos para a usucapião especial urbana.

Isabel Dorotea Barbosa contestou a ação, sustentando que o imóvel litigioso lhe pertence desde o ano de 2007, conforme contrato de compra e venda celebrado com a Sra. Maria Darci; que foi casada com o autor nos anos de 2006 e 2007; e que o imóvel encontra-se locado à empresa de propriedade do autor.

Noticiou ainda a existência de ação de despejo, em curso também no Juízo da Vara Cível de Nova Serrana desde 2011, que se encontra suspensa até o trânsito em julgado da presente demanda, não havendo o que se falar em posse com *animus domini*.

O douto magistrado singular, após constatar a ausência de *animus domini* e o tempo necessário para concessão da usucapião pretendida, julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial.

A sentença não merece reforma.

A usucapião especial urbana, prevista no art. 183 da Constituição Federal e no art. 1.240 do Código Civil, constitui forma originária de aquisição da propriedade em decorrência do exercício da posse durante determinado período de tempo, desde que presentes todos os requisitos legais, quais sejam: a) posse sobre imóvel urbano, com até 250m²; b) posse mansa e pacífica, de forma ininterrupta, sem oposição do proprietário do bem; c) posse justa (sem violência, clandestinidade ou precariedade); d) *animus domini*, ou seja, ânimo de ser dono do imóvel, e) imóvel utilizado para fins de moradia; f) transcurso do prazo de 5 anos; g) usucapiente não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

No presente caso, é fato incontroverso que o apelante utiliza o bem também como sua moradia, e não é proprietário de outro imóvel urbano ou rural, conforme se verifica no documento de f. 08.

Todavia, conforme bem exposto pelo magistrado singular, “a petição inicial não relata a data inicial da ocupação para moradia e nem menciona o casamento com a ré, que figura como proprietária do imóvel [...]. A omissão de fato relevante beira a má-fé e dificulta a delimitação e cumprimento do requisito temporal”.

Inicialmente, foi apresentado um contrato de compromisso de compra e venda do imóvel entre o recorrente e a Sra. Maria Darci Alves, datado em 01/02/2002 (f. 09). No entanto, o referido negócio não foi levado ao registro no Cartório de Imóveis competente; e as assinaturas contidas no documento não foram sequer autenticadas, inexistindo ainda nenhuma testemunha que ateste a realização do negócio na forma exposta.

Logo, não há como reconhecer que o apelante estaria em posse do bem desde 2002.

Ato contínuo, o apelante trouxe aos autos cópia da primeira alteração contratual da sua empresa Josep Indústria e Comércio de Calçados Ltda. - ME, a qual parece estar ali estabelecida desde agosto de 2004 (f. 28/30).

Assim, considerando a inexistência de outro documento ou testemunha que afirme a posse do apelante junto ao bem em questão antes do dia 27/08/2004, este deve ser o marco inicial para a contagem do prazo de 5 anos previsto no art. 1.240 do Código Civil.

Importante ressaltar que o prazo para pretensão aquisitiva do bem foi interrompido em razão do seu casamento com a ré (f. 105), ora apelada, em 25/2/2006, pois, conforme determina o art. 197, I, do CPC, não correrão os prazos de usucapião entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal.

Dessa forma, tal prazo foi novamente iniciado com a separação do casal, em 24/10/2007, momento em que o imóvel já era de propriedade única da recorrida, conforme averbação constante no registro do imóvel (f. 19/20).

Neste passo, teríamos que a pretensão aquisitiva do imóvel seria alcançada antes do fim de 2011.

No entanto, a ré demonstrou, em sua contestação, a existência de contrato de locação de seu imóvel com a empresa pertencente ao recorrente desde 4/12/2005, o que afasta a posse do bem usucapiendo pelo recorrente com *animus domini*, mas apenas como locatário, ou seja, através de relação jurídica com a proprietária do imóvel.

Neste sentido, já se manifestou o c. STJ:

Agravo interno nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Ação de usucapião de bem imóvel conexa com ação de despejo por falta de pagamento. Não comprovados os requisitos para a aquisição do domínio por meio de usucapião, pois não ficou evidenciado o elemento anímico em razão de relação locatícia continuada. Incidência da Súmula 7/STJ. Negativa de prestação jurisdicional não verificada. Razões recursais insuficientes. Agravo desprovido. 1 - Não assiste razão à recorrente, quando defende a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, porquanto a questão relativa à continuidade da relação locatícia foi apreciada pelo órgão julgador, com fundamentação clara, coerente e suficiente. 2 - A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem de que não houve transmudação da posse esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 3 - Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 4 - Agravo interno desprovido (AgInt nos EDcl no AREsp nº 1010381/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 17/8/2017, DJe de 30/8/2017).

Dessa forma, conclui-se que o magistrado singular agiu com acerto ao julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial, pois o recorrente não permaneceu no imóvel com *animus domini* por mais de 5 anos, conforme determina o art. 1.240 do Código Civil para a concessão da usucapião especial urbana.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Condeno o recorrente ao pagamento de custas recursais e honorários advocatícios, que ora majoro para R\$3.100,00 (três mil e cem reais), nos termos do art. 85, § 11º, do Código de Processo Civil, suspendendo a exigibilidade de tais cobranças em razão da gratuidade de justiça já deferida.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIÂNGELA MEYER e VICENTE DE OLIVEIRA SILVA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Matéria jornalística - Insinuação de que agentes públicos municipais estariam construindo suntuosa residência empregando recursos públicos desviados ou ilegalmente adquiridos - Tom irônico e sarcástico - Proteção ao erário - Sindicabilidade social - Tutela do interesse público primário - Ofensa à honra – Caracterização - Exercício abusivo do direito de informar - Suspeitas transmitidas com caráter absoluto - Atribuição à prática de atos delituosos - Ausência de amparo informativo - Lesão a direitos da personalidade - Violação da honra e imagem - Dano moral configurado

- A liberdade de expressão abrange menções e juízos de natureza desfavorável (até mesmo com caráter mordaz ou irônico), especialmente em face de agentes públicos no geral. Isso porque a sociedade civil também é titular do direito de liberdade de expressão, na condição de interessada nos assuntos de relevância pública. A imprensa ganha notória importância na tarefa de informar aos cidadãos sobre suspeitas de desvios funcionais ou atos de governo concretizados em prejuízo do interesse público.

- Torna-se imprescindível, entretanto, delimitar o gozo do direito de liberdade de expressão, de modo a afastar eventuais excessos cometidos em detrimento da honra, imagem e privacidade das pessoas. Nesse contexto, para o reconhecimento da ilicitude na conduta do veículo de comunicação, imperiosa se faz a evidência do cometimento de abuso de direito, dolo ou leviandade na publicação da matéria jornalística. Com feito, a divulgação da notícia - para se evidenciar legítima - não está atrelada à certeza cartesiana ou àquela advinda da coisa julgada formada no seio de um processo judicial, mas sim à demonstração de um grau de verossimilhança decorrente do processo de engendramento da informação.

- Entretanto, o direito de declinar críticas ou narrar acontecimentos, posto a favor dos meios de imprensa, não autoriza a veiculação de pensamento desprovido de base fática comprometida com a verdade, muito menos a expressão de conclusões absolutas quando os dados que amparam a notícia impedem se chegar a esse tipo de raciocínio, mormente quando o viés da notícia tangencia a eventual prática de condutas ilícitas.

- A existência de probabilidade e compatibilidade do entendimento arvorado pelo órgão de comunicação com os fatos, por si só, não legitima sua transmissão ao público, senão quando precedida de expressões que denotem tratar a conclusão de simples ponto de vista ou de mero questionamento, de modo a ficar claro o posicionamento da mídia acerca do ocorrido, mas sem pretensão de fulminar o estado de dúvida inerente a uma conclusão baseada em conjecturas, prevalecendo o juízo crítico exercível pelo destinatário da informação.

- Desse modo se equilibra a liberdade de expressão com o respeito aos direitos de personalidade da pessoa alvo da notícia.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0607.12.004656-2/001 - Comarca de Santos Dumont - Apelantes: Paulo Fernando Neves, Gabriela Correa de Andrade e outros - Apelados: Gilberto Freire da Paz Neto e outro,

Luiz Vieira Saúde, LS Promoção Divulgação e Artes Gráficas Ltda. representada por Luiz Vieira Saúde
- Relatora: DES.^a CLÁUDIA MAIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2017. - *Cláudia Maia* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a CLÁUDIA MAIA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Gabriela Correa de Andrade e outros contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito investido na 1^a Vara Cível da Comarca de Santos Dumont, que, nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de LS Promoção, Divulgação e Artes Gráficas Ltda. e outros, julgou procedente o pedido, condenando os réus a pagarem a cada um dos autores a quantia de R\$7.000,00.

Os autores (ora recorrentes) aduzem, em suma, que o valor compensatório é diminuto frente ao prejuízo experimentado, razão pela qual pleiteiam a majoração da indenização. Pedem, ao final, provimento do apelo e reforma parcial da sentença.

Contrarrrazões às f. 439/449, com alegações de deserção, inépcia da inicial e prática dos crimes de estelionato e falsidade.

Eis o breve relato dos autos.

Admissibilidade.

A alusão à deserção não procede, uma vez que os apelantes se encontram amparados pela gratuidade de justiça.

Presentes, pois, os requisitos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Alegação preliminar de inépcia da inicial.

A discussão encontra-se obstada pela preclusão, uma vez que o ponto em destaque já foi alvo de deliberação por ocasião da audiência de instrução, momento em que o julgador primevo declarou saneado o feito mediante a manifestação expressa da superação de eventuais nulidades (f. 310/311).

Não pode o recorrido, nesta sede, reavivar a discussão a respeito da inépcia da exordial, eis que a controvérsia já foi decidida via decisão interlocutória não recorrida, incidindo a regra prevista no art. 507, CPC.

Rejeito, destarte, a alegação.

Mérito.

Os autores ajuizaram a demanda em questão alegando que a matéria jornalística assinada pelo primeiro réu e publicada pelo segundo réu (do qual o terceiro réu é proprietário) constituiu violação ao direito de imagem, privacidade e honra, causadora de danos de ordem moral passível de indenização.

Em resumo, os autores defendem a tese de que inexistem provas nos autos suficientes para culpá-los pelas insinuações de desvio de verba pública e prática de favorecimento pessoal, pontificando, ainda, que as ilações vertidas na matéria jornalística carecem de amparo fático, sendo calcadas e imbuídas de espírito difamatório.

Pois bem. *Ab initio* importa observar que a responsabilidade civil das empresas jornalísticas não é de ordem objetiva, sendo imprescindível a demonstração de culpa. Nesse diapasão, compete ao autor a prova da ilicitude da publicação e dos danos eventualmente suportados, nos termos do art. 333, I, do CPC/73.

Calha destacar, inicialmente, que a liberdade de expressão é tutelada não só pela ordem jurídica interna, mas também por diplomas de direito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13).

A propósito do alcance do direito de liberdade de expressão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que

[...] a liberdade de expressão é um meio para a troca de ideias e informações entre pessoas; Ele inclui o direito para tentar comunicar aos outros as suas opiniões, mas também implica o direito de que todos saibam pareceres, relatórios e notícias expressas por terceiros. Para o cidadão comum é tão importante saber a opinião dos outros ou informação disponível para os outros, como o direito de transmitir o seu próprio (Caso *Ivcher Brostein vs. Peru* - sentença de 6/2/2001).

Em igual sentido, ao se debruçar sobre o caso *The Sunday Times vs. The United Kingdom*, a Corte Europeia de Direitos Humanos se posicionou no sentido de que:

Não só a mídia tem a tarefa de transmitir essas informações e ideias: o público também tem o direito de recebê-las.

Como o Tribunal já observou, o Artigo 10 (art. 10) garante não só a liberdade de imprensa de informar o público, mas também o direito do público a ser devidamente informado (Sentença de 26/4/1979).

Portanto, como visto, a liberdade de expressão encampa em seu sentido mais de uma acepção. Na forma sublinhada alhures, a sociedade civil também é titular do direito de liberdade de expressão, na condição de interessada nos assuntos de relevância pública.

Eis a razão pela qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem pontuado que:

[...] a liberdade de expressão é um elemento fundamental no qual se baseia a existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também uma condição *sine qua non* para os partidos políticos, sindicatos, sociedades científicas e culturais e, em geral, aqueles que desejam influenciar sobre a comunidade poderem desenvolver plenamente. É, em suma, condição para que a comunidade, no momento de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Por assim, pode-se dizer que uma sociedade que não está bem informada não é totalmente livre (La Colegiación Obligatoria de Periodistas. *Opinión Consultiva OC-5/85 del 13/11/1985*).

Chegamos, então, ao entendimento comumente consagrado nas Cortes internacionais de direitos humanos de que a liberdade de expressão abrange menções e juízos de natureza desfavorável, especialmente em face de agentes públicos em geral. Nesse sentido trago a lume precedente advindo da Corte Europeia de Direitos Humanos:

[...] a liberdade de expressão e de informação [...] deve estender-se não só à informação e ideias favoráveis, consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que ofendem, chocam ou inquietam. [...] Os limites de críticas aceitáveis são mais amplos em relação ao Estado que sobre um cidadão privado e até mesmo um político. Em um sistema democrático, as ações ou omissões do Estado devem estar sujeitas a um escrutínio rigoroso, não só por parte das autoridades legislativas e judiciais, mas também por parte da imprensa e da opinião pública (*Caso Castells vs. Spain*, sentença de 23/4/1992).

Nesse ínterim, surge a ideia de que

é essencial que os jornalistas que trabalham nos meios de comunicação gozem de proteção e independência para exercer as suas funções plenamente, pois são eles que mantêm a sociedade informada, requisito indispensável para que esta goze de uma plena liberdade e o debate público se fortaleça (CIDH, *Caso Herrera Ulhoa vs. Costa Rica*, sentença de 2/7/2004).

Todavia, como curial, o sistema jurídico não consagra a hipótese de direitos absolutamente exercíveis. Com efeito, se torna imprescindível delimitar o gozo do direito de liberdade de expressão, de modo a afastar eventuais abusos cometidos em detrimento da honra, imagem e privacidade das pessoas.

Como cediço, a jurisprudência, bem como a doutrina têm defendido que, nos casos de colisão de direitos fundamentais, é necessário proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto, considerando os elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.

Nesse sentido, a respeito do tema já se pronunciou o Egrégio STJ:

A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (REsp 719.592/AL; Quarta Turma; Rel. Min. Jorge Scartezzini - j. em 12/12/2005).

Ainda sobre as balizas legais a delimitar uma atuação reta dos meios de imprensa, em importante paradigma jurisprudencial emanado do Colendo STJ, restou assentado que

a liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público (REsp nº 1.297.567/RJ, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, *DJe* de 2/5/2013).

Ademais,

o direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição, destacando-se, entre essas, aquela que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal (ARE 891.647 ED, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 15/9/2015).

A partir de tais considerações, mirando o caso em tela, é patente a configuração de abuso do direito de liberdade de expressão, conforme muito bem destacado na sentença.

Mister ressaltar que o informe publicado pelo jornal requerido somente foi levado a cabo em razão da especial condição funcional que os autores ostentavam à época dos fatos, ambos integrantes da administração pública do Município de Santos Dumont.

A matéria alvo do litígio foi vazada nos seguintes termos, *in litteris*:

Há pelo menos dois anos investindo em um suntuoso imóvel na Rua Mestre Dunga, 200, no Quarto Depósito, os servidores públicos municipais Gabriela Correa de Andrade e seu companheiro Paulo dão pública demonstração de que entre os servidores públicos municipais existe sim a prosperidade. O casal adquiriu o imóvel onde reformou todo o espaço físico. Ela atualmente é chefe de divisão de arrecadação, e ele fiscal de combustível, ambos são o exemplo de que Deus realmente os olha com carinho. Ao casal que goza de simpatia de diversas autoridades podemos afirmar, quem sabe são hoje sim os servidores do ano. Para surpresa dos vizinhos, na manhã do dia 10/08, os moradores da Rua Mestre Dunga se depararam com uma verdadeira operação de guerra. Pois, no local, uma empresa de Barbacena colocou à disposição do casal um caminhão betoneira e um caminhão bomba para concretar o espaço físico de uma garagem suspensa. Olha que a obra ficou maravilhosa. Com tanta eficiência assim, o casal é o casal 20 de Santos Dumont.

Conforme é possível verificar, o veículo de comunicação, em tom irônico e sarcástico, se referiu aos autores com o claro intuito de levantar suspeitas a respeito da lisura da obra realizada na residência de ambos, ficando subentendido que a construção estava sendo financiada com recursos ilegalmente obtidos ou desviados do erário municipal.

Tal conduta foi levada a efeito sem qualquer referência à eventual fonte da informação ou de que a indagação decorreria de suspeitas ou investigações levantadas por terceiros, atraindo para o jornal a responsabilidade pela grave acusação desferida contra a pessoa dos apelantes.

Desse modo, os réus chamaram para si o ônus da insinuação desferida, devendo, portanto, arcar com as respectivas consequências. Nesse contexto, não há dúvidas de que o ato perpetrado pelo órgão de imprensa extrapolou o bom senso e a razoabilidade, constituindo verdadeiro abuso do direito de liberdade de expressão.

A questão a explicitar o abuso na atuação do jornal não diz respeito à divulgação do fato noticiado, mas sim ao lançamento de assertivas com natureza peremptória, altamente graves contra a pessoa dos autores, amparadas em mera ilação.

A conclusão adotada na matéria deriva exclusivamente do entendimento do veículo de comunicação, inexistindo amparo concreto para citado raciocínio. Além do mais, o jornal não tem a preocupação de passar ao leitor somente as descobertas fáticas desveladas a partir do trabalho de pesquisa, deixando a ele a tarefa de julgá-las. Tampouco busca transmitir seu juízo valorativo decorrente da investigação de forma cautelosa, advertindo o leitor tratar-se de hipótese ou suspeita. O que se denota é que o veículo de imprensa agiu como verdadeiro órgão de persecução estatal, chegando às suas próprias conclusões a partir de meros indícios, de forma imperativa, unilateral, expondo-as à sociedade contundentemente, com traço de definitividade e certeza.

O direito de declinar críticas ou narrar acontecimentos (até mesmo em caráter mordaz ou irônico - AI nº 690.841 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, DJ de 5/8/2011), posto a favor dos meios de imprensa, não autoriza a veiculação de pensamento desprovido de base fática comprometida com a verdade, muito menos

a expressão de conclusões absolutas quando os dados que amparam a notícia impedem se chegar a esse tipo de raciocínio, mormente quando o viés da informação tangencia a eventual prática de condutas ilícitas. A existência de probabilidade e compatibilidade do entendimento arvorado pelo órgão de comunicação com os fatos, por si só, não legitima sua transmissão ao público, senão quando precedida de expressões que denotem tratar a conclusão de simples ponto de vista ou de mero questionamento, de modo a ficar claro o posicionamento da mídia acerca do ocorrido, mas sem pretensão de fulminar o estado de dúvida inerente a uma conclusão baseada em conjecturas, prevalecendo o juízo crítico exercível pelo destinatário da informação. Desse modo se equilibra a liberdade de expressão com o respeito aos direitos de personalidade da pessoa alvo da notícia.

A propósito, consoante o magistério da doutrina especializada,

[...] a regra da veracidade não exige que os fatos ou expressões contidas na informação sejam rigorosamente verdadeiros, mas que imponha um específico dever de diligência na comprovação razoável de sua veracidade, no sentido de que a informação retamente obtida e difundida seja digna de proteção, embora sua total exatidão seja passível de controvérsia ou se incorra em erros circunstanciais que não afetem a essência do informado (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 300).

Dessa forma,

Embora se deva exigir da mídia um mínimo de diligência investigativa, isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque a recorrente, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la à morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial (REsp 984.803/ES, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, j. em 26/5/2009).

Como visto, a divulgação da notícia - para se evidenciar legítima - não está atrelada à certeza cartesiana ou àquela advinda da coisa julgada formada no seio de um processo judicial, mas sim à demonstração de um grau de plausibilidade decorrente do processo de engendramento da informação.

Assim,

o veículo de comunicação somente se exime de culpa quando buscar fontes fidedignas, exercendo atividade investigativa, ouvindo as diversas partes interessadas e afastando quaisquer dúvidas sérias quanto à verossimilhança do que divulgará (REsp 1.414.004/DF, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, *DJe* de 6/3/2014).

Por tal razão, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que “o dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa [...] deve consubstanciar-se [...] um compromisso ético com a informação verossímil”, sendo possível atuar conforme uma “margem tolerável de inexatidão”, expressando “legítimo juízo de aparência acerca dos fatos”, desde que observado “o dever de diligência mínima que lhe é imposto” (REsp 680.794/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* de 29/6/2010).

Conforme já declinado, não há subsídios presentes na matéria engendrada pelo jornal requerido hábeis a sustentar a insinuação de que os autores estavam realizando a obra mediante práticas ilegais forjadas no seio da administração pública. Outrossim, como também já anotado, a citada menção foi veiculada via mão própria (sem alusão à eventual fonte da informação), em tom de certeza cartesiana (desprovido de espírito sugestivo ou questionador), caracterizando claro abuso ao direito de manifestação do pensamento a ponto de se tornar verdadeira via de insulto à integridade moral dos autores.

Dessa forma,

Irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasem, abusiva e criminosamente, os limites razoáveis que conformam, no plano ético-jurídico, a prática da liberdade jornalística, degradando-a ao nível primário do insulto e da ofensa, não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de caráter delituoso.

A prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a veiculação de insultos ou de crimes contra a honra de terceiros, especialmente quando as expressões moralmente ofensivas - manifestadas com evidente superação dos limites da crítica e da opinião jornalísticas - transgridem valores tutelados pela própria ordem constitucional (ARE 891.647 ED, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ de 21/9/2015).

Sérgio Cavalieri Filho, em seu consagrado *Programa de responsabilidade civil*, leciona que

o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na medida em que estabeleceu que o exercício dessa liberdade deve-se fazer com observância do disposto na Constituição, consoante seu art. 220, *in fine*. Mais expressiva, ainda, é a norma contida no § 1º desse artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à ‘observância do disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’. Temos aqui verdadeira ‘reserva legal qualificada’, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos de personalidade em geral (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 129/131).

Vale esclarecer que o Superior Tribunal de Justiça repudia a aplicação da doutrina da *actual malice* (REsp nº 680.794/PR), segundo a qual o ofendido por matéria jornalística

só teria seu interesse protegido caso pudesse demonstrar que a afirmação fora feita com intenção maliciosa (*actual malice*), entendendo-se com isso conhecimento efetivo da falsidade da afirmação infamante ou, pelo menos, um desconhecimento culposo (negligente) (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Liberdade de opinião, liberdade de informação: mídia e privacidade*. RT *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – IBDC, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 24/29, abr./jul. 1998).

Importante anotar que, segundo provas produzidas nos autos, os autores não exerciam as funções públicas citadas pelo jornal (ocupando, em verdade, cargos de menor hierarquia), tampouco há no processo qualquer evidência acerca da dimensão e custo da construção citada na reportagem.

Portanto, entendo que a matéria publicada acabou por extrapolar lindes verídicos a respeito dos fatos, com expressão ofensiva de juízo de valor e insinuação de prática delituosa travestida de manifestação de pensamento, sobrepujando em sua interpretação o nível de verossimilhança razoavelmente legítimo a inferir a partir dos dados apurados, agindo sem ressalvas ou ponderações, daí redundando o excesso ilícito.

Nesse diapasão, as insinuações lançadas contra os autores acabaram por se mostrar levianas, com claro potencial infamante, atribuindo-lhes o exercício de condutas tipificáveis no âmbito penal, administrativo e civil, caracterizando-se em abuso de direito e ato violador dos direitos de personalidade dos recorrentes.

Configurado o dano, impende examinar o arbitramento da respectiva indenização. A fixação econômica do dano moral muitas vezes cria situações controvertidas na doutrina e jurisprudência, em razão de o legislador pátrio ter optado, em detrimento dos sistemas tarifados, pela adoção do sistema denominado aberto, em que tal tarefa incumbe ao juiz, tendo em vista o bom senso e determinados parâmetros de razoabilidade.

Com efeito, é imprescindível que se realize o arbitramento do dano moral com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato.

A propósito, Maria Helena Diniz ensina que:

[...] o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória. Não se pode negar sua função: penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e compensatória, sendo uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender a necessidades materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo, assim, seu sofrimento (DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 9, p. 9, jan./fev. 1996).

Nessa toada, dadas as particularidades do caso em comento (como os atributos de índole pessoal das partes envolvidas, o potencial extensivo da lesão, o grau de culpa do ofensor, a postura da vítima e o nível de agressão ao direito violado), dos fatos assentados pelos litigantes, bem como observados os princípios de moderação e da razoabilidade, majoro o valor a título de danos morais para o importe de R\$12.000,00 (doze mil reais) em prol de cada autor, a ser pago de forma solidária pelos réus (Súmula nº 221/STJ).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença, majorando a indenização por danos morais para a quantia de R\$12.000,00 (doze mil reais) em proveito de cada autor, com juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso (14/8/2011) e correção monetária desde a publicação do presente acórdão. Custas, despesas e honorários advocatícios (10% sobre o valor da condenação) pelos réus.

Finalmente, nos termos do art. 40 do CPP, voto no sentido de determinar a extração de cópia da petição inicial e dos documentos acostados às f. 59/65 e 69/78 para ulterior remessa ao MPF, por meio da Procuradoria da República no Município de Juiz de Fora/MG.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ESTEVÃO LUCCHESI e MARCO AURÉLIO FERENZINI.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais e materiais - Instituição de ensino descredenciada - Desídia demonstrada - Falha na prestação de serviços educacionais configurada - Dano material - Comprovado - Dever de indenizar - Dano moral - Valor da indenização - Majoração - Cabimento - Observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

- Para configurar a responsabilidade civil do prestador de serviço, não há que se perquirir a ocorrência de culpa, tendo em vista cuidar-se de responsabilidade objetiva.

- Há dano material se a instituição de ensino, por desídia, é descredenciada pelo Conselho Estadual de Ensino e tem suas atividades escolares canceladas, causando prejuízo aos alunos matriculados, diante da impossibilidade de ter seus diplomas emitidos e impedidos de usufruir das prerrogativas e benefícios de sua formação.

- Para arbitrar os danos morais, deve o julgador se ater aos critérios pedagógicos e compensatórios da reparação, bem como à vedação ao enriquecimento sem causa e aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0280.13.004762-2/001 - Comarca de Guanhães - Apelantes: Bruna Pereira Borges e outro, Deniziane Rosa dos Santos Souza, Daniel Pereira Borges, Maria Creuza Siqueira - Apelados: Valdeir Jesuino Theago, Marcelo Fabrício Theago, Sociedade Educacional de Guanhães Ltda. - EPP e outro - 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 PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Evandro Lopes da Costa Teixeira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Bruna Pereira Borges e outros contra a sentença de f. 130/132 que, nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais, movida em face de Sociedade Educacional de Guanhães Ltda. - EPP, julgou parcialmente procedente o pedido inicial e condenou a parte ré a pagar a cada um dos autores a quantia de R\$5.000,00, a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente, pelos índices da CGJ/TJMG, a partir da sentença, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, desde o evento danoso. Por fim, condenou a parte ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Em suas razões recursais (f. 134/142), requer a parte autora a majoração da indenização por danos morais e a condenação da parte ré pelos danos materiais correspondentes à restituição em dobro das mensalidades e

taxa de matrícula, haja vista que o descredenciamento da instituição de ensino acarretou o encerramento do curso técnico de mineração, o que demonstra o evidente prejuízo dos alunos que pagaram as mensalidades, mas não poderão ter seus diplomas emitidos.

Contrarrazões às f. 144/146.

Da incidência do novo CPC.

De início, registro que já está em vigor o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), e, considerando que a decisão foi proferida e publicada em sua vigência, é este o código a ser observado no caso.

Feito esse registro, prossigo no exame do apelo.

Juízo de admissibilidade.

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

Preliminares.

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Mérito.

O ponto central posto em discussão consiste em apurar se é devida a indenização por danos materiais diante do descredenciamento da instituição de ensino e impossibilidade de emissão dos diplomas dos alunos, ora autores, além da majoração da indenização por danos morais.

Certo é que aquele que causa dano a outrem, ainda que de natureza exclusivamente moral, comete ato ilícito e está sujeito à reparação civil, consoante os art. 186 c/c 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 cogitar do dever indenizatório.

Por outro lado, cuidando a espécie de relação de consumo, a obrigação de reparar o dano baseia-se na responsabilidade civil objetiva, de modo que não há que se perquirir a ocorrência de culpa.

É o que se extrai da leitura do art. 14 do CDC:

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

Traçadas tais premissas, verifico que se mostra devida a indenização por danos materiais, uma vez que configurados os elementos da ilicitude, consoante exposição a seguir.

É fato incontroverso nos autos que a instituição de ensino ré teve seu registro junto à Superintendência Regional de Ensino de Minas Gerais cancelado, além de ter sido decretada a cassação dos seus atos homologatórios de funcionamento conforme parecer nº 433/13 do Conselho Estadual de Educação de Minas Gerais (f. 73). Do documento mencionado, verifica-se que a ré fora descredenciada em razão da inaptidão e

falta de seriedade de seus dirigentes na gerência do estabelecimento de ensino. Consta ainda que os cursos ministrados foram declarados sem validade na sua origem, passando a ser enquadrados como cursos livres.

Diante disso, não resta dúvida sobre a culpa da parte ré e a ilicitude de sua conduta, bem como do dano causado aos seus alunos, que, devidamente matriculados no curso técnico de mineração, foram surpreendidos com o cancelamento do registro da instituição de ensino por desídia desta e, por conseguinte, com a impossibilidade de ter emitidos seus diplomas.

Ora, como sabido, o contrato de prestação de serviços educacionais traduz relação de consumo.

E, consoante dito acima, em se tratando de pessoa jurídica prestadora de serviços, é objetiva sua responsabilidade pela falha no cumprimento de suas obrigações (art. 14 do CDC).

Dessa forma, tenho como cabível o ressarcimento aos autores das mensalidades e taxas de matrícula por eles despendidas ao longo do curso técnico de mineração, o que deve ser apurado em liquidação.

A restituição deve se dar na forma simples, haja vista que a devolução em dobro, na forma prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, só é cabível quando comprovada a má-fé, o que não ocorre no caso, valendo lembrar aqui que a boa-fé se presume.

No que se refere ao valor da indenização por danos morais, tenho que o montante fixado na sentença - R\$5.000,00 - não se mostra adequado, diante da gravidade da conduta da instituição de ensino.

O valor da indenização por danos morais deve ser arbitrado com a devida observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como às peculiaridades do caso.

Ademais, cumpre enfatizar que tal indenização, além de servir para compensar os autores pelos danos causados pela impossibilidade de entrega dos diplomas, deve possuir, sem dúvida, um aspecto pedagógico, porquanto funciona como advertência para que o causador do dano não repita a conduta ilícita.

Sobre o tema:

[...] O arbitramento do valor da indenização deve levar em consideração todas as circunstâncias do caso, e atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. - A condenação por dano moral não deve ser tão ínfima que não sirva de repreensão para quem a recebe, nem tampouco demasiada que possa proporcionar o enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização, sob pena de desvirtuamento do instituto do dano moral. [...] (Apelação Cível nº 1.0024.08.160289-8/001. Rel. do Acórdão: Des.^a Márcia De Paoli Balbino. *DJe* de 18/8/2009).

Com isso, ao meu sentir, o montante fixado na sentença (R\$5.000,00), não se revela justo, razoável e proporcional às circunstâncias do fato. Não se mostra suficiente para compensar a parte autora do dano suportado e para inibir a repetição de condutas lesivas, como a retratada nos autos, de modo a contribuir para que a empresa ré aja de forma mais diligente e respeitosa.

Ora, levando-se em conta a angústia, a sensação de impotência, a patente impossibilidade de fruição das prerrogativas e benefícios profissionais buscados quando da matrícula e frequência ao curso que se viram frustrados pela desídia da instituição ré que teve seu registro cancelado, tenho que o valor adequado ao caso é de R\$10.000,00 para cada autor.

Dispositivo.

Posto isso, dou provimento parcial ao recurso para condenar a parte ré a ressarcir aos autores os valores despendidos com as mensalidades e taxa de matrícula cujos valores deverão ser apurados em liquidação, acrescido de correção monetária pelos índices da CGJMG desde a data do desembolso, e juros de mora de 1% a.m. a partir da citação. Majoro a indenização por danos morais, fixando-a em R\$10.000,00 para cada um dos autores, acrescida de correção monetária pelos índices da CGJMG a partir do acórdão, e juros de mora de 1% a.m. desde a citação.

Em razão do que restou decidido e atento ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/15, majoro os honorários advocatícios concretizando-os em 18% do valor da condenação.

Votaram de acordo com o relator os DESEMBARGADORES APARECIDA GROSSI e ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Embargos de terceiros - Não conhecimento do recurso - Rejeição - União estável da embargante com o devedor - Dívida contraída antes - Bens adquiridos durante a união estável - Penhora incidente apenas sobre a meação do devedor - Necessidade

- A reprodução na apelação das razões já deduzidas na contestação não determina a negativa de conhecimento do recurso.

Ainda que a tutela antecipada tenha caráter satisfativo e irreversível, mostra-se necessário o encerramento da prestação jurisdicional, uma vez que somente a sentença de mérito é capaz de consolidar a coisa julgada formal e material, tornando definitiva aquela medida inicialmente dotada de provisoriedade.

Mesmo se a dívida foi contraída pelo apelado devedor muito antes da sua união estável com a ora apelante, como foi, ele adquiriu bens foi na constância da união estável com ela. Por esta razão, o patrimônio por ele adquirido naquele período responderá por suas dívidas pretéritas, como decidido na sentença.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0707.12.004832-7/004 - Comarca de Varginha - 1º Apelante: Jeannot Karim Bou Karim - 2º Apelante: Patrícia Bregalda Lima, em causa própria - Apelado: Jeannot Karim Bou Karim, Patrícia Bregalda Lima, Reinaldo Azoubel Filho - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS APELOS.

Belo Horizonte, 26 de outubro de 2017. - *Alberto Henrique* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 310/320 que, nos autos dos embargos de terceiros, Patrícia Bregalda Lima move contra Jeannot Karim Bou Karim e Reinaldo Azoubel Filho, julgou parcialmente procedentes os embargos, após afastar a alegação de prescrição dos títulos, para: desconstituir a penhora sobre os valores bloqueados nas contas da embargante; para desconstituir a penhora integral do veículo Toyota Hillux, ano de 2011, placa HLT 1922; para desconstituir a penhora sobre 50% pertencente à embargante que incidiu sobre os veículos Chevrolet S10, ano 2008/2009, placa HES 1922 e veículo Astra, ano 2008, placa HHA 6676, com a condenação das partes, de forma proporcional, ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Apela Jeannot Karim Bou Karim, f. 325 e seguintes, buscando a reforma da r. sentença com alegação de que todos os bens que foram penhorados são fruto de esforços comuns do casal Patrícia Bregalda Lima e Reinaldo Azoubel Filho (aqui embargante e segundo embargado). Aduz que, embora aleguem eles terem dissolvido a união estável que mantinham, continuam juntos, inclusive trabalhando no mesmo escritório de advocacia, como comprovaram as testemunhas ouvidas nos autos.

Reitera ser falaciosa a alegação da embargante de que a união estável foi dissolvida, porque o casal é visto juntos em toda a cidade, no prédio onde residem, e que a dissolução da união estável perpetrada pelo casal ocorreu para induzir a erro o Juízo e tentar fraudar a execução.

Sobre os valores penhorados em conta da apelada afirma a apelante que não há prova nos autos de que se trata de honorários recebidos pela embargante como advogada e, portanto, verba de caráter alimentar. Afirma que a penhora que incidiu sobre veículos da apelada deve prevalecer, porque não há prova nos autos de que tais veículos são utilizados na atividade laboral da embargada.

Contrarrrazões a este apelo às f. 352 e seguintes, com alegação de inépcia do recurso por não ter a apelante cumprido o princípio da dialeticidade, repetindo apenas as teses da contestação.

Apela também Patrícia Bregalda Lima, f. 336 e seguintes, buscando a reforma da r. sentença sob alegação de que embora tenha a d. Magistrada, na sentença, determinado a penhora sobre 50% dos veículos da apelante (Astra e Caminhoneta S10), presumidamente pertencentes ao devedor, estes 50% também lhe pertencem e devem ser os dois veículos isentados da penhora. Alega que foi nesse sentido o agravo por ela interposto - acórdão f. 300/303 - em que foi revogada a indisponibilidade do patrimônio da agravante, aqui apelante. Nesse sentido, aduz que houve a preclusão sobre esta questão, não podendo mais haver nova decisão sobre o tema, mantendo-se a revogação da indisponibilidade dos seus bens.

Alega ainda que, nos autos da dissolução da união estável da apelante e do segundo embargado, que se efetivou e que foi homologada em setembro de 2009, a apelante ficou com a propriedade desses dois veículos e que a penhora que incidiu sobre estes dois veículos foi efetivada em janeiro de 2012, quase três anos após a homologação da dissolução da união estável, o que não pode prevalecer. Assim, busca a reforma da r. sentença para que seja desconstituída a penhora da outra metade dos dois veículos, na forma perpetrada na r. sentença.

Busca, ainda, a modificação do arbitramento da verba honorária sucumbencial, afirmando que deve ser aplicada ao caso a Súmula 303 do STJ, adotando-se o princípio da causalidade para que aquele que deu causa à penhora indevida seja condenado integralmente aos ônus da sucumbência.

Contrarrrazões a este apelo às f. 345 e seguintes.

É o relatório.

Voto.

Conheço do apelo, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Trata-se de embargos de terceiros aforados pela possível companheira do executado, no intuito de afastar da penhora os bens que alega serem seus, seja porque a dívida foi contraída pelo segundo embargado, quando ele era casado com terceira pessoa; seja porque efetivamente houve a união estável com o segundo embargado, que foi dissolvida judicialmente, mostrando-se ilegal a penhora que recaiu sobre valores depositados e três automóveis da embargante.

Os embargos de terceiros foram julgados parcialmente procedentes para desconstituir a penhora sobre os valores bloqueados nas contas da embargante; para desconstituir a penhora integral do veículo Toyota Hillux, ano de 2011, placa HLT 1922; para desconstituir a penhora sobre 50% pertencente à embargante que

incidiu sobre os veículos Chevrolet S10, ano 2008/2009, placa HES 1922 e veículo Astra, ano 2008, placa HHA 6676, com a condenação das partes, de forma proporcional, ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Primeiro apelo.

Aduz a apelada, em contrarrazões, que este apelo não deve ser conhecido, porque as razões se reportam aos termos da defesa, violando-se o princípio da dialeticidade, por não impugnar de forma específica os termos da sentença.

Esta alegação não prevalece, porque se extrai das razões do primeiro apelo a pretensão da recorrente de ver modificada a r. sentença. Se ela se reportou a algum tópico da sua peça de defesa, isso, por si só, não leva ao não conhecimento do apelo, porque foi demonstrado o seu inconformismo com os termos da sentença.

A propósito:

A reprodução na apelação das razões já deduzidas na contestação não determina a negativa de conhecimento do recurso, especialmente quando as razões ali esposadas são suficientes à demonstração do interesse pela reforma da sentença (STJ 3ª Turma, Resp 604.548/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi).

Pelo exposto, conheço do primeiro apelo, presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Apela Jeannot Karim Bou Karim, buscando a reforma da r. sentença com a alegação de que todos os bens que foram penhorados são fruto de esforços comuns do casal Patrícia Bregalda Lima e Reinaldo Azoubel Filho (aqui embargante e segundo embargado). Aduz que, embora aleguem terem dissolvido a união estável que mantinham, continuam juntos, inclusive trabalhando no mesmo escritório de advocacia, como comprovaram as testemunhas ouvidas nos autos. Reitera ser falaciosa a alegação da embargante de que a união estável foi dissolvida, porque o casal é visto junto em toda a cidade, no prédio onde residem, e que a dissolução da união estável, perpetrada pelo casal, ocorreu para induzir a erro o Juízo e tentar fraudar a execução.

Não há como acolher essa alegação da apelante, porque as provas documentais apresentadas nos autos comprovam que a união estável se dissolveu. No entanto, verifica-se que o casal trabalha junto, são ambos advogados num mesmo escritório e possuem um filho.

Nesse contexto, não se pode afirmar, com a certeza necessária, que a união estável entre a apelada e seu antigo companheiro se mantém, só pelo fato de terem as testemunhas afirmado que o casal é sempre visto junto na cidade.

Sobre o tema, tenho que julgou de forma acertada a douta Magistrada:

Insta destacar que o mero fato de as testemunhas terem informado, através de suas oitivas às f. 231/233, que tenham visto a embargante e o segundo embargado juntos, isso não comprova, de modo efetivo, que estes continuam em união estável. O fato de a embargante e o segundo embargado possuírem um filho sempre faz acarretar a comunicação entre eles (f. 318).

Afirma a apelante, sobre os valores penhorados em conta da apelada, que não há prova nos autos de que se trata de honorários recebidos pela embargante como advogada e, portanto, verba de caráter alimentar.

Essa questão foi assim decidida na sentença:

Quanto à alegação da embargante de impenhorabilidade dos valores penhorados em suas contas, entendo que assiste razão, vez que os valores penhorados são oriundos de honorários advocatícios, que, por terem natureza alimentar, são impenhoráveis, nos termos do art. 833, IV, do Código de Processo Civil c/c Súmula Vinculante 85 do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, se a embargante é advogada atuante naquela Comarca, com muitas ações em tramitação, como afirmado nos autos, não é difícil presumir que valores encontrados em sua conta sejam provenientes de honorários advocatícios, por ser essa a sua profissão.

Além disso, demonstrou a embargante, na inicial, f. 13, o recebimento de valores relativos a honorários de sucumbência em processos em que atuou, recebimento este contemporâneo com a data em que os valores foram penhorados em sua conta. Isto nos faz crer na veracidade das alegações no sentido de se tratar de verba de caráter alimentar, razão pela qual mantenho a r. sentença, que assim decidiu.

Afirma ainda a apelante que a penhora que incidiu sobre veículos da apelada deve prevalecer, porque não há prova nos autos de que tais veículos são utilizados na atividade laboral da embargada. Com efeito, não há prova nos autos de que os referidos veículos sejam utilizados como instrumento de trabalho pela apelada.

No entanto, essa alegação não tem força para fazer incidir a penhora sobre a meação da embargante, ora apelada, porque essa tese não foi a motivadora da exclusão da penhora sobre aquela meação. Ademais a dívida está garantida pela penhora sobre a meação do devedor, porque na r. sentença constou, *verbis*:

[...] os bens adquiridos na constância da união pela embargante e o segundo embargado são resultado de esforço comum, sendo assim, não vislumbro quaisquer irregularidades nas penhoras efetuadas sobre a meação do patrimônio constituído pelo segundo embargado e declarado no termo de dissolução consensual de sociedade de fato (f. 317).

Pelo exposto, nego provimento ao primeiro apelo para manter a r. sentença.

Segundo apelo.

Apela Patrícia Bregalda Lima, f. 336 e seguintes, buscando a reforma da r. sentença, sob a alegação de que, embora tenha a d. Magistrada, na sentença, determinado a penhora sobre 50% dos veículos da apelante (Astra e Caminhoneta S10), presumidamente pertencentes ao devedor, estes 50% do devedor também lhe pertencem e devem ser os dois veículos afastados da penhora.

Alega que foi nesse sentido o agravo por ela interposto - acórdão f. 300/303 - em que foi revogada a indisponibilidade do patrimônio da agravante, aqui apelante. Nesse sentido, aduz que houve a preclusão sobre esta questão, não podendo mais haver nova decisão sobre o tema da penhora sobre os dois veículos, porque já foi julgada, mantendo-se a revogação da indisponibilidade dos seus bens.

Vejo sem razão a segunda apelante, não havendo falar em preclusão, porque aquele agravo de instrumento, como se infere de f. 300 destes autos, foi interposto pela ora apelante contra a decisão do MM. Juiz *a quo* que indeferiu a antecipação de tutela por ela requerida.

Naquele acórdão consta que estavam presentes os requisitos para a antecipação de tutela requerida pela embargante de terceiros, ora apelante, o que levou a Turma Julgadora a reformar a decisão de primeiro

grau para revogar a ordem de indisponibilidade realizada, nos autos da execução, sobre o patrimônio da agravante.

No entanto, a apelante não tem razão porque a decisão que delibera sobre antecipação de tutela é temporária, por se tratar de medida provisória que, por sua natureza prevalece apenas até que seja proferida a decisão final de mérito, podendo ser revogada antes mesmo da sentença, se o Julgador se convencer da necessidade de sua revogação.

De toda forma, a concessão da tutela antecipada, prevista no CPC de 1973, em seu art. 273, não é definitiva, não ensejando a preclusão do tema, diante da sua provisoriedade. Assim ocorrendo, o debate poderá ser novamente travado e apreciado quando da decisão de mérito, oportunidade em que a antecipação de tutela será convalidada ou revogada, como aqui ocorreu. Isso é perfeitamente possível, não levando ao impedimento de nova discussão da matéria, como afirma a apelante.

A propósito:

Ainda que a tutela antecipada tenha caráter satisfativo e irreversível, mostra-se necessário o encerramento da prestação jurisdicional, uma vez que somente a sentença de mérito é capaz de consolidar a coisa julgada formal e material, tornando definitiva aquela medida inicialmente dotada de provisoriedade. [...] (Apelação Cível nº 1.0145.14.033999-8/001, Rel. Des. Paulo Balbino).

Alega ainda a apelante que, nos autos da dissolução de sua união estável com o segundo embargado, que se efetivou e que foi homologada em setembro de 2009, a recorrente ficou com a propriedade desses dois veículos *(Astra e S 10) e que a penhora que incidiu sobre eles foi efetivada em janeiro de 2012, quase três anos após a homologação da dissolução da união estável, o que não pode prevalecer.

Assim, busca a reforma da r. sentença para que seja desconstituída a penhora da outra metade dos dois veículos, na forma perpetrada na r. sentença, por ser apenas de sua propriedade aqueles dois veículos, nos termos da dissolução da união estável.

Vejo sem razão a apelante nessa alegação, pois esse debate está efetivamente definido, nos termos do acórdão proferido no agravo de instrumento cuja cópia se encontra às f. 149/151, interposto pela apelante contra a apelada que, este sim, fez coisa julgada, a respeito da possibilidade de a penhora recair sobre a meação do devedor, ex-companheiro da apelante, por se tratar de julgamento definitivo, e não provisório.

Daquele acórdão se extrai, no que interessa: “[...] evidente a constituição do vínculo que resultou na construção de um patrimônio comum e sobre o qual deve recair a responsabilidade pelas dívidas do agravante”.

E prosseguiu o acórdão: “[...] não há nenhuma irregularidade na penhora realizada, já que a constrição recaiu somente sobre a meação do companheiro”.

Nesse caso, mesmo se a dívida foi contraída pelo apelado devedor muito antes da sua união estável com a ora apelante, como foi, ele adquiriu bens foi na constância da união estável com ela. Por esta razão, o patrimônio por ele adquirido naquele período responderá por suas dívidas pretéritas, como decidido na sentença.

Dessa forma, correta a sentença que manteve a penhora sobre a meação (50%) referente aos veículos Astra Chevrolet, 2008, placa HHA 6676, e o veículo Chevrolet S10, ano 2008/2009, placa HES 1922, percentual este de propriedade do devedor Reinaldo Azoubel Filho.

Busca, ainda, a apelante a modificação do arbitramento da verba honorária sucumbencial, afirmando que deve ser aplicado ao caso a Súmula 303 do STJ, adotando-se o princípio da causalidade, para que aquele que deu causa à penhora indevida seja condenado integralmente aos ônus da sucumbência.

Também nesse aspecto vejo sem razão a apelante, porque a penhora sobre os dois veículos na proporção de 50% pertencente ao devedor foi mantida na r. sentença que aqui se confirma, o que me leva a manter a r. sentença também no aspecto em que reconheceu a sucumbência recíproca dos litigantes, atribuindo-lhes o pagamento dos ônus, na proporção da derrota de cada um.

Pelo exposto, nego provimento ao apelo, para manter integralmente a r. sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS APELOS.

• • •

Reexame necessário - Apelação cível - Ação de indenização - Hospital municipal - Demora na transferência e realização de cirurgia de urgência - Responsabilidade subjetiva - Negligência comprovada - Amputação em razão da demora - Danos morais e estéticos

- Aplica-se a teoria subjetiva de responsabilidade civil, quando o dano experimentado ocorre em razão da omissão do Poder Público ou de prestadoras de serviço público.

- Comprovados os danos morais e estéticos, decorrentes do evento danoso, impõe-se o ressarcimento cível em pecúnia.

- Sentença parcialmente reformada em reexame necessário. Recurso de apelação conhecido, mas não provido.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0693.12.005171-1/001 - Comarca de Três Corações - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Corações - Apelante: Município de Três Corações - Apelado: Espólio de Isabel Maria de Almeida, representado p/ inventariante Antônio Lemos de Almeida - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017. - *Albergaria Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a ALBERGARIA COSTA - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 496/501-v, que julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou o Município de Três Corações a pagar ao espólio de Isabel Maria de Almeida a quantia de R\$100.000,00 (cem mil reais), por danos morais e estéticos, corrigidos monetariamente pelos índices da CGJ/MG, a partir da publicação da sentença, acrescida de juros de mora, a partir do evento danoso, pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, na forma das Súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça e da parcial redação da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Em suas razões recursais, o Município suscitou preliminar de ausência de representação processual do espólio, eis que, após o falecimento da autora da ação, não houve ação de inventário. Defendeu a necessidade de os herdeiros integrarem a lide, sob pena de extinção do feito.

No mérito, sustentou inexistir responsabilidade civil do Município, pois que o hospital “São Sebastião”, para o qual foi levada a autora quando acidentada, é pessoa jurídica de direito privado, não integrando a Administração Municipal, com a qual mantém apenas convênio. Alegou que, para que se pudesse responsabilizá-lo, teria que haver provas de que “mantinha conhecimento do estado de saúde da autora” e ainda assim

manteve-se inerte. Aduziu que a ciência do fato se deu tão somente 13 (treze) dias depois, quando o Ministério Público ajuizou a “medida judicial de proteção”, sendo que no dia imediatamente posterior a autora foi prontamente removida para o Hospital Regional de Varginha. Destacou que o dever de indenizar “presupõe a presença de três requisitos: dano, ilicitude do ato e nexo de causalidade entre a conduta antijurídica e o prejuízo causado”, de forma que, inexistindo um deles, não há que se falar em responsabilidade civil. Ressaltou que não há nos autos prova de que houve falta do seu serviço, ou que tenha agido com negligência, e acrescentou que a prova testemunhal afirmou que a falha ocorreu no Hospital São Sebastião, que não tomou “as devidas cautelas para evitar sofrimento e consequente perda de membro por parte da autora”. Pediu a reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 523/525.

À f. 531, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela desnecessidade de intervenção no feito.

É o relatório.

Conheço do reexame necessário e do recurso de apelação, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Questões preliminares

I - Ilegitimidade ativa *ad causam*.

Em suas razões recursais, o Município suscitou preliminar de nulidade da sentença, por ausência de regularização processual do polo ativo, após o falecimento da autora.

Alegou inexistir ação de inventário e defendeu ser hipótese de litisconsórcio ativo necessário, com a indispensável inclusão na lide de todos os herdeiros da autora.

Contudo, pela certidão de óbito de f. 405, foi informado de que a autora não deixou bens a inventariar, deixando apenas filhos maiores. Com efeito, se não há bens a serem partilhados, não há a necessidade de ajuizar ação de inventário, por manifesta ausência de interesse processual. E a inexistência de inventário não impede a denominação de “espólio” para que sejam representados ativamente o viúvo e todos os herdeiros, como fizeram a partir da petição de f. 474.

Isso posto, rejeito a preliminar.

II - Ilegitimidade passiva.

Em contestação (f. 215/244), o Município alegou ser parte ilegítima para integrar o polo passivo da ação, e igualmente suscitou a ilegitimidade passiva da Secretaria de Saúde, por ausência de personalidade jurídica, pugnando, ainda, pela denúncia à lide da Fundação Hospitalar São Sebastião, do Hospital Regional Sul de Minas, da União Federal, do Estado de Minas Gerais, do Ministério Público e dos médicos Mikhail Brankinho Auad, Márcio Túlio Alex Taier e Chrystian Baroncelli.

Conforme alegado pelo Município, o Hospital de Três Corações, mantido pela Fundação Hospitalar São Sebastião, é de natureza privada. Contudo, a internação da autora naquele estabelecimento hospitalar se deu em razão de ser conveniado do SUS-Fácil, pela inexistência de atendimento hospitalar do Município.

Ao contrário do que suscitado, o Município de Três Corações é parte legítima para a lide, podendo ser responsabilizado pelo atendimento recebido pela autora naquele hospital.

A questão já foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do RE nº 855.178 RG/PE, reconhecido como de repercussão geral.

Por essas razões, rejeito a preliminar.

Questões de mérito.

O cerne da demanda reside na eventual responsabilidade do Município de Três Corações por omissão no serviço hospitalar que ocasionou a amputação de membro da autora.

Extrai-se dos autos que, após acidente doméstico, Isabel Maria de Almeida procurou socorro no Hospital São Sebastião, no Município de Três Corações, por volta das 23 horas do dia 3/12/2010, quando, atendida pelo médico e auxiliar de enfermagem e constatada a necessidade de intervenção cirúrgica, foi encaminhada para o centro cirúrgico de emergência, onde foi realizada apenas a “limpeza cirúrgica e a tração esquelética” (f. 37).

O diagnóstico recebido foi de “fratura exposta do úmero distal esquerdo”, com “lesão da artéria braquial” (f. 36), tendo sido constatada a necessidade de sua transferência para hospital onde houvesse UTI e médico “especialista em cirurgia de cotovelo e vascular” (f. 37), para a “revascularização de membro superior” (f. 38), eis que houve “ruptura de artéria”.

Registra-se que no prontuário da paciente foi destacado o “grau de priorização: sofrimento intenso” e relatada a urgência: “risco de perda do membro superior esquerdo” (f. 38), pelo médico plantonista do Hospital São Sebastião, à 01:53h da madrugada do dia 4/12/2010.

Contudo, a despeito da gravidade do estado de saúde da paciente, descrito no relatório médico, nada foi feito até o dia 16/12/2010, quando o Ministério Público do Estado de Minas Gerais apresentou pedido de “medida judicial de proteção à idosa para cumprimento de obrigação de fazer com pedido de liminar” em face do Município de Três Corações e da Secretaria Municipal de Saúde, objetivando a imediata internação da idosa em hospital da rede pública ou particular da cidade de Varginha, município mais próximo de Três Corações.

A tutela foi antecipada em 17/12/2010, para cumprimento em 24 (vinte e quatro) horas (f. 84/87).

Em 18/12/2010 a autora foi, por fim, internada no “Hospital Regional do Sul de Minas”, em Varginha (f. 143), em cujo protocolo foi ressaltado o “grande risco de cianose e necrose do membro superior esquerdo, podendo evoluir para amputação do mesmo” (f. 301).

Pelos relatos de f. 248, a autora foi levada diretamente para o CTI, por estar “sem pulso”, e após a estabilização, “foi submetida a procedimento cirúrgico, o que ocorreu sem intercorrências”, tendo “alta após 3 ou 4 dias”, mas, uma semana após, “devido à gravidade da fratura, ao quadro de diabetes, à lesão arterial, apresentou um quadro de infecção no sítio cirúrgico, o qual ameaçou novamente a sua saúde, com risco de morte, quando foi internada novamente no hospital e, em decisão conjunta da equipe ortopédica e vascular e dos familiares, para salvar a vida da paciente, optou-se por uma amputação do terço médio do úmero”, e que “quem custeou o procedimento foi o Município de Três Corações”, mas “o segundo procedimento, referente à amputação, foi feito pelo serviço público”.

No depoimento testemunhal de f. 250/251, o médico que realizou a segunda cirurgia, em Varginha, afirmou que “foi necessário amputar um membro da paciente”, em razão de “um conjunto de fatores”, “a idade avançada da paciente, o fato de ser diabética, e também o tempo que se levou para realizar a cirurgia ortopédica, isso porque fratura exposta é uma fratura contaminada por bactérias, de modo que deve ser realizada a cirurgia reparadora da forma o mais rápido possível”.

Na oitiva do médico, restou, ainda, esclarecido, que “a paciente Isabel não foi submetida à cirurgia vascular, uma vez que já haviam decorrido mais de 48 horas, e o membro se encontrava viável do ponto de vista vascular, sendo que as artérias já haviam sido ligadas e a paciente possuía uma rede arterial colateral satisfatória que supriu toda a necessidade de sangue do membro”. Entretanto, como “os tecidos possuem tempos distintos de vida sem oxigenação, sem circulação do sangue”, ou seja, “a pele e os músculos em torno de 6 (seis) a 24 (vinte e quatro) horas”, “os vasos em torno de 6 (seis) horas, e os nervos em torno de uma hora e meia”, foi necessária a amputação, eis que já decorridos cerca de 15 (quinze) dias da queda que gerou a fratura.

Diante da situação fática apresentada, a autora defendeu a negligência em seu atendimento, que, como já sabido, desde a entrada no Hospital São Sebastião em Três Corações, foi evidenciada a necessidade de transferência para hospital provido de UTI e devidamente equipado e capacitado para a realização de procedimento cirúrgico ortopédico vascular. Contudo, até a efetiva remoção da autora para o Hospital Regional de Varginha, ficou internada, por mais de 15 (quinze) dias, em leito comum, sem o atendimento que lhe era indispensável, mesmo diante da gravidade de seu quadro de saúde.

Importante notar que, em se tratando de erro ou falha na prestação dos serviços médicos em hospital conveniado da rede pública, a configuração da responsabilidade, neste caso, é subjetiva, ou seja, não prescinde da verificação de culpa ou dolo do agente, seja na modalidade de imprudência, negligência ou imperícia.

Segundo lições de Rui Stoco “[...] a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa (ou dolo)”. Adiante, acrescenta que “caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar segundo critérios ou padrões, não o faz, ou atua de modo insuficiente”.

No caso dos autos, não restam dúvidas da falha no serviço prestado, na modalidade de negligência, haja vista que a falecida deu entrada no hospital na madrugada do dia 4/12/2010, já com quadro grave e diagnóstico de fratura exposta e ruptura de artéria, com indicação de cirurgia ortopédica vascular de urgência.

Não obstante, após o primeiro atendimento no qual lhe foi ministrada a torção esquelética, a limpeza cirúrgica e medicamentos, a paciente permaneceu no hospital, desprovido de instalações e corpo clínico necessários para o seu tratamento, sobretudo para a intervenção cirúrgica.

Ao contrário, conforme consta de seu prontuário, apenas cerca de 15 (quinze) dias depois, e em razão do ajuizamento de ação específica pelo Ministério Público é que foi realizada a transferência para hospital equipado, tendo sido realizada a cirurgia a destempo.

Ora, resta evidente que a demora para a realização da cirurgia e seu encaminhamento para outro hospital, resultou no fim trágico e lamentável da amputação do braço da autora.

A essa conclusão chegam igualmente os depoimentos testemunhais já destacados. Além disso, ao hospital recai o dever de cuidado e vigilância dos pacientes ali internados, dispensando a eles os atendimentos, exames e intervenções necessários à promoção da saúde.

E, diante das circunstâncias, resta indiscutível o sofrimento e a dor experimentado pela autora e por seus familiares com a perda do membro, a justificar a reparação por danos morais.

Segundo lições de Antônio Jeová Santos,

o dano moral é aquele que, no mais íntimo de seu ser, padece quem tenha sido lastimado em suas afeições legítimas, e que se traduz em dores e padecimentos pessoais. E mais: O dano moral constitui uma lesão aos direitos extrapatrimoniais de natureza subjetiva que, sem abarcar os prejuízos que são recuperáveis por via do dano direito recaem sobre o lado íntimo da personalidade (vida, integridade física ou moral, honra, liberdade) e não existe quando se trata de um simples prejuízo patrimonial.

Quanto ao valor a ser arbitrado, sabe-se ser uma tarefa árdua. Ao mesmo tempo em que não se admite a fixação de uma quantia irrisória, que não atinja os fins almejados, tornando inócuo e vazio o instituto, é inconcebível que essa forma de indenização seja vultosa e provoque o enriquecimento sem causa da vítima.

Destarte, deve o Magistrado, ao fixar a verba indenizatória, atentar para os elementos específicos do caso e levar em conta a situação econômica das partes, a extensão, a natureza e a gravidade da lesão sofrida pelo ofendido.

Logo, entendo que pelas circunstâncias do caso concreto cabível a fixação dos danos morais e estéticos em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), valor este que atinge plenamente os fins do instituto, eis que não é tão ínfimo a ponto de não desestimular novas práticas, e tampouco configura uma forma de enriquecimento indevido do ofendido.

Assim, os juros de mora sobre o valor arbitrado a título de danos morais será atualizado pelos índices da poupança, igualmente aplicado para a correção monetária, uma única vez, a partir da data do arbitramento da indenização - Súmula nº 362 do STJ.

Por todo o exposto, reformo parcialmente a sentença, em reexame necessário, para condenar o Município de Três Corações ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de danos morais e estéticos, atualizado pelos índices da poupança, e correção monetária, pelo mesmo índice, uma única vez, a partir da data do arbitramento da indenização - Súmula nº 362 do STJ.

Condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios que fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), por entender condizente com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

Nego provimento ao recurso de apelação.

Custas recursais pelo Município, observada a Lei nº 14.939/03.

É como voto.

Votaram de acordo com a relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO SOBRINHO e JUDIMAR BIBER.

Súmula - RECURSO PROVIDO EM PARTE (REEXAME). RECURSO NÃO PROVIDO (APELAÇÃO).

• • •

Administrativo - Expedição de carteira de habilitação definitiva - Cometimento de infração de trânsito grave - Impossibilidade - Irregularidade quando da lavratura do auto de infração - Ausência de prova - Pedido desacolhido - Sentença confirmada

- Considerada grave a infração cometida pelo apelante durante o período de permissão para dirigir (art. 167, CTB) - deixar o condutor ou passageiro de usar cinto de segurança - não é possível determinar a expedição da CNH definitiva, em razão do disposto no art. 148, § 3º, CTB.

- Não há como acolher o pedido de anulação da multa, quando ausente prova a demonstrar eventual irregularidade quando da lavratura da autuação em tela.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.15.006486-9/002 - Comarca de Pouso Alegre - Apelante: Leonardo Henrique Franco - Apelado: Estado de Minas Gerais, Departamento de Trânsito de Minas Gerais - 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, 21 de novembro de 2017. - *Alberto Vilas Boas* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Conheço do recurso.

1 - A espécie em exame.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por Leonardo Henrique Franco em face do Estado de Minas Gerais e outro, objetivando seja concedida a carteira de habilitação definitiva e suspenso o lançamento, em seu prontuário, de pontuação relativa à multa por infração na condução de veículo automotor, bem como a respectiva anulação, pois não praticada a infração ali descrita.

O autor narrou, em síntese, que: a) em 26/3/2014, recebeu a permissão provisória para dirigir, com validade até 26/3/2015; b) em 20/8/2014, foi multado por deixar de usar cinto de segurança; c) apresentou defesa administrativa em face da referida autuação, a qual não foi acolhida; d) recebeu a notificação de imposição de penalidade, o que o levou a recorrer ao Jari, estando o recurso ainda pendente; e) em 26/3/2015, foi informado de que não poderia receber sua carteira de habilitação definitiva, tendo em vista a constância de multa em seu prontuário; f) a multa ainda está pendente de julgamento no Jari, e, sem o encerramento da instância administrativa, é ilegal a negativa de renovação; g) a Resolução nº 182/2005 não permite a adoção de medidas administrativas no prontuário do infrator antes de esgotada a instância administrativa; h) a multa é indevida já que o policial militar que o autuou não presenciou a suposta infração; i) após envolver-se

em acidente de trânsito, acionou por telefone a polícia militar; j) quando a polícia militar chegou ao local, o veículo estava colidido, e o condutor já não mais estava no interior do carro.

A autoridade judiciária indeferiu o pedido de tutela provisória destinada a garantir ao autor a carteira de habilitação, em decisão confirmada por esta Câmara, em sede de agravo de instrumento, havido entre as partes.

No âmbito da contestação, os réus defenderam a legalidade da autuação e de todo o procedimento administrativo, e, após regular contraditório, com a produção de prova oral, o pedido foi desacolhido, ensejando a interposição do recurso de apelação.

Atendendo à diligência de f. 133, o apelante reafirmou seu interesse no julgamento da irresignação.

2 - Mérito.

O pedido relativo à suspensão do lançamento da pontuação da multa no prontuário do autor perdeu seu objeto, pois já houve o esgotamento da instância administrativa, como reconhecido nas razões recursais.

De fato, no julgamento do agravo de instrumento, foi mantida a decisão que indeferiu a antecipação de tutela requerida pelo apelante, com os seguintes fundamentos:

Com efeito, a infração supostamente cometida pelo agravante durante o período de permissão para dirigir - deixar o condutor ou passageiro de usar cinto de segurança - é considerada grave, nos termos do art. 167 do CTB.

Não se trata, portanto, de infração meramente administrativa quando, então, mostra-se desarrazoado e desproporcional impor óbice à obtenção de CNH definitiva.

Isso porque o § 3º do art. 148 do CTB prescreve que a carteira definitiva somente será concedida ao condutor, se, ao término do período de um ano, não tenha cometido nenhuma infração de natureza grave ou gravíssima ou não seja reincidente em infração média.

Além disso, nota-se que a Resolução nº 182/2005 do Contran - que estabelece o procedimento administrativo para aplicação das penalidades de suspensão do direito de dirigir e cassação da CNH - dispõe expressamente, no parágrafo único de seu art. 1º, que suas disposições não se aplicam à Permissão para Dirigir de que trata os §§ 3º e 4º do art. 148 do CTB.

Consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o objetivo da lei é que o cidadão esteja apto ao uso do veículo, habilitado à direção segura, que não ofereça risco à sua integridade, nem à de terceiro, e que não proceda de forma danosa à sociedade (AgRg no AREsp 662189/RS, Rel.^a Min. Assusete Magalhães, j. em 5/5/2015).

Diante disso, por não se tratar de infração meramente administrativa, e tendo em vista a irrelevância do argumento fundado em eventual pendência de julgamento administrativo diante da inaplicabilidade da Resolução nº 182/2005, a decisão recorrida deve, por ora, prevalecer.

Assim, na medida em que a antecipação de tutela foi rejeitada e já houve o esgotamento da via administrativa desde 14/5/2015 (razões de apelo, f. 107), verifica-se que o primeiro pedido perdeu seu objeto.

E melhor sorte não assiste ao apelante no tocante à anulação da multa em referência, pois o único elemento de prova por ele produzido consiste no depoimento de f. 95. Esta testemunha, de forma inusitada, soube informar apenas a hora e o ano de um acidente de trânsito no qual se envolveu o autor, e não se recordava acerca do dia e mês e, ainda, apontou um veículo diverso daquele conduzido por este no momento da autuação ora em análise.

Nesse particular, confira-se um trecho do depoimento:

[...] que o depoente acha que o modelo do carro que bateu era um Gol, sendo esse o carro da moça; que o carro do requerente era uma saveiro; que o acidente ocorreu por volta das 19 horas, não se recordando o dia e mês, mas que foi em 2014.

Não há, por conseguinte, como concluir, com a certeza necessária, que a multa cuja anulação se pretende teve origem neste acidente noticiado pela testemunha, pois ao lado de não esclarecer o local do acidente, não soube o depoente informar o dia e o mês em que ocorreu.

Outrossim, verifica-se que o carro conduzido pelo apelante, quando da autuação de trânsito, era um “Fiat Strada” (f. 25) e não a Saveiro que se envolveu no acidente, como indicado na prova oral.

Por conseguinte, não elidida a presunção de veracidade que emana da autuação em questão, na qual, inclusive, constou a identificação expressa do condutor no momento em que lavrada (f. 25), fator que inviabiliza o acolhimento do pedido.

3 - Conclusão.

Fundado nessas considerações, nego provimento ao recurso.

As custas recursais serão pagas pelo autor, inclusive os honorários recursais, que arbitro em 8% do valor atualizado da causa, observada a justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BITENCOURT MARCONDES e WASHINGTON FERREIRA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

• • •

Ação de indenização - Lua de mel - Cruzeiro marítimo - Falha na prestação de serviço - Danos morais - Existência

- A responsabilidade civil do prestador de serviços é objetiva à luz do disposto no art. 14 do CDC. Existe o dever de indenizar se o prestador de serviços não comprova a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou a inexistência de defeito ou falha na prestação do serviço.

- A lua de mel é evento único e especial na estória de um casal, e assim cria profunda expectativa no íntimo dos consumidores, que esperam vivenciar momentos de elevada felicidade durante a viagem. O cancelamento da viagem turística contratada para a lua de mel do casal em decorrência de falha da fornecedora de serviço enseja inequívoca lesão a direito de personalidade.

- A indenização por danos morais deve ser fixada levando-se em consideração todas as particularidades do caso.

V.v. - O cancelamento de viagem em decorrência de caso fortuito não enseja danos morais, notadamente diante do fato de que o contrato previa a possibilidade de cancelamento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0394.11.006940-5/001 - Comarca de Manhuaçu - Apelante: MSC Cruzeiros do Brasil Ltda. - Apelados: Jean Carlos da Rocha e Luciene Pereira Rodrigues da Rocha - 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 PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO MÉDIO DO 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2017. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de ação de indenização ajuizada por Jean Carlos da Rocha e Luciene Pereira Rodrigues da Rocha contra MSC Cruzeiros do Brasil Ltda. Em sua inicial os autores disseram que, após 5 anos de namoro, em dezembro de 2009, noivaram e iniciaram o planejamento do casamento e lua de mel. Afirmaram que em 31 de agosto de 2010, para celebrar o casamento, contrataram com a demandada um cruzeiro marítimo pela costa brasileira, que deveria acontecer entre os dias 19 e 26 de dezembro do mesmo ano (8 dias e 7 noites), “com atraques nos portos das pitorescas cidades balneárias de Recife, Maceió, Salvador e Rio de Janeiro”. Esclareceram ter sido ajustado o pagamento de R\$ 4.046,80 (quatro mil e quarenta e seis reais e oitenta centavos). Asseveraram que “as surpreendentes vantagens anunciadas pela requerida, se fizeram determinantes para a contratação sobredita, sendo certo que, dentre os inúmeros diferenciais oferecidos, ficaram destacados os seguintes: luxo, sofisticação, conforto e singular hospitalidade...” Aduziram que teriam de se apresentar no porto por volta das 12 horas do dia 19 de dezembro de 2010. Disseram que “após a festa de seu casamento, que teve início às 21 horas do dia 18 de dezembro (doc. Junto nº 3) e término na

madrugada do dia 19 do mesmo mês, se dirigiram à cidade do Rio de Janeiro, para embarcarem no transatlântico e enfim gozarem a tão desejada lua de mel.” Sustentaram que, ao chegar no porto de Mauá, se depararam com um verdadeiro caos, “uma fila já formada, onde acreditam os requerentes, já se amontoavam mais de 1.500 pessoas”. Argumentaram terem permanecido na longa fila por três horas expostos ao forte sol, sem nenhuma informação ou gentileza por parte da ré. Alegaram que foram encaminhados para um saguão lotado de pessoas, no qual foram expostos “a demasiado calor e abafamento já quase insuportáveis”. Aduziram que no local não havia água, venda de alimentos e sequer assentos para todos. Disseram que, após 7 (sete) horas de espera, sentados no chão sujo por ao menos 3 (três) horas, conseguiram fazer o *check in* e embarcar no navio. Afirmaram que o ar condicionado da cabine não funcionou, tendo a ré ainda descumprido a promessa da que “seria oferecido aos passageiros, nas luxuosíssimas dependências do navio, um bufê de boas vindas das 12 horas e 30 minutos às 17 horas e 30 minutos, no 13º andar do navio.” Defenderam que, após retornar de um curso rápido de salvamento, encontraram em cima da cama um aviso informando acerca de um problema no sistema central de ar condicionado do navio. Alegaram que, segundo informação dos tripulantes, um incêndio teria danificado o ar condicionado do navio e alagado parte das dependências da tripulação, sendo absurda a opção da ré de mesmo assim fazer 3.000 (três mil pessoas) embarcarem no navio sem nenhum aviso prévio. Sustentaram que, “quando se anunciou a partida, mesmo à evidência de que não havia condições para tanto, houve grande correria, a rampa de embarque se fez lotar de passageiros desesperados, que tentavam abandonar o navio, impedir a partida do transatlântico”. Aduziram que após a chegada de jornalistas e membros da Polícia Federal, por volta das 21:00 horas, o cruzeiro foi cancelado. Disseram que o calor era tão forte que, para dormir, tiveram de levar os colchões para a varanda da cabine. Alegaram que, no dia seguinte, voltaram de táxi para sua cidade natal, pagando R\$1.100,00 (mil e cem reais). Afirmaram, ainda, que a ré levou dois meses para devolver o valor das passagens do transatlântico. Desta forma, requereram a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Manhuaçu julgou procedentes os pedidos iniciais para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária desde a sentença e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, bem como danos materiais no valor de R\$1.236,56 (mil duzentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos), com correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Em seu recurso de apelação, a ré defende a existência de caso fortuito, decorrente de uma imprevisível e inevitável pane elétrica durante a manutenção do ar condicionado. Sustenta que o navio tinha plenas condições de navegabilidade. Diz ter sido constatado que a avaria ocorreu antes e não durante o embarque dos passageiros, momento no qual a recorrente ainda acreditava ser possível sanar o problema. Aduz que em momento algum houve incêndio a bordo. Afirma que o contrato permite o cancelamento ou alteração do roteiro decorrente de eventos de força maior. Assevera que somente existe dever de indenizar, se houver a prática de ato ilícito. Diz que os autores sofreram meros aborrecimentos, sendo muito elevada a indenização arbitrada. Sustenta não ser devida a restituição do táxi e das passagens compradas para retorno ao fim do cruzeiro marítimo que não se realizou, por ausência denexo causal. Assevera que o gasto com táxi ocorreu por vontade dos consumidores, uma vez que poderiam trocar a data das passagens de ônibus já compradas. Aduz, ainda, ter sido disponibilizado transporte para rodoviária e aeroporto.

Nas contrarrazões, os autores rechaçaram os argumentos da ré e pugnaram pela manutenção da sentença.

Conheço do recurso, pois presentes seus requisitos de admissibilidade.

Como cedição, estamos diante de uma relação consumerista, motivo pelo qual, em se tratando de alegação de dano decorrente da prestação defeituosa do serviço, a lide deve ser dirimida com aplicação do disposto no art. 14 do CDC, *in verbis*:

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

§ 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.

Nessa conformidade, o fornecedor responde pelos danos causados ao consumidor independentemente de sua culpa, somente se eximindo de indenizá-lo se comprovar não ter sido o serviço defeituoso ou ser a culpa exclusivamente da vítima ou de terceiro.

Pois bem.

No caso dos autos, a falha na prestação de serviço da MSC Cruzeiros do Brasil Ltda. é inegável, pois o cruzeiro marítimo contratado pelos consumidores para a lua de mel foi cancelado por falha no sistema de ar condicionado da embarcação.

De fato, as notícias jornalísticas juntadas com a inicial não deixam dúvidas de que o serviço contratado não foi prestado pela ré.

Noutro passo, o argumento de que houve força maior ou caso fortuito é inaceitável.

Com efeito, não estamos diante de um problema impossível de ser evitado e tampouco imprevisível na atividade empresarial desenvolvida pela MSC Cruzeiros do Brasil Ltda.

De fato, ao julgar caso semelhante envolvendo o cancelamento do cruzeiro marítimo organizado pela ré, o culto Des. Flávio de Almeida pontuou:

O problema técnico no sistema central de ar condicionado do navio não é fato imprevisível na atividade exercida pela segunda apelante e, por isso, não se enquadra no conceito de caso fortuito.

Clóvis Beviláqua pontifica:

Não é, porém, a imprevisibilidade que deve principalmente caracterizar o caso fortuito, e, sim, a inevitabilidade. E porque a força maior também é inevitável, juridicamente, se assimilam estas duas causas de irresponsabilidade. Uma seca extraordinária, um incêndio, uma tempestade, uma inundação produzem danos inevitáveis. Um embargo da autoridade pública impede a saída do navio do porto, de onde ia partir, e esse impedimento tem por consequência a impossibilidade de levar a carga ao porto do destino. Os gêneros que se acham armazenados para ser entregues ao comprador são requisitados por necessidade da guerra. Nesses e em outros casos, é indiferente indagar se a impossibilidade de o devedor cumprir a obrigação procede de força maior ou caso fortuito. Por isso, o Cód. Civil reuniu os dois fatos na mesma definição: o caso fortuito ou de força maior é o fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (*apud* Otávio Luiz Rodrigues Júnior. *Revisão judicial dos contratos*: autonomia da vontade e teoria da imprevisão, São Paulo: Atlas, 2002, p. 95) (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.081686-3/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 10/9/2014, p. 17/9/2014).

Já o ilustre Des. Alexandre Santiago registrou:

[...] a apelante assevera que não há ato ilícito, pois “o lamentável cancelamento da viagem se deu em razão de uma imprevisível e inevitável pane elétrica ocorrida durante a manutenção rotineira do sistema de ar condicionado, caracterizando, destarte, caso fortuito, eximindo-a de responsabilidade”, a teor do art. 393 do Código Civil.

Entretanto, em que pese esse argumento, não pode ele prevalecer. Isso porque, dos documentos dos autos, especialmente do depoimento prestado pelo Chefe de Máquinas do navio MSC Música, Sr. Gionanni Esposito, perante a Capitania dos Portos, de f. 178/181, extrai-se:

O depoente estava na sala de controle de máquinas, quando um dos tripulantes disse ao Chefe de Máquina que a embarcação estava com um problema na sala do ar condicionado. Disse ainda que, após cinco a dez minutos, ouviu-se um alarme de alagamento que soou na Sala de Controle de Máquinas. O depoente foi verificar o que estava ocorrendo, e observou que havia muita água no compartimento, imediatamente cortou (interrompeu) a energia elétrica do compartimento do ar condicionado. Reuniu sua equipe para os procedimentos cabíveis. Após isso, verificado pelo depoente que os parafusos do flange que fica interligado ao refrigerador número três, estavam frouxos, por isso, no momento que recebe a pressão da água salgada da bomba número três para resfriar o sistema de ar condicionado, ocorreu o vazamento (*sic*).

É de se observar que o que causou o cancelamento da viagem, a pane no sistema de ar condicionado, foi ocasionada em razão de parafusos frouxos que, mesmo diante de diversas inspeções, não foram vistos. Logo, restou demonstrado nos autos que não se trata de caso fortuito ou força maior, mas de negligência da apelante na manutenção de seu navio, configurando-se, assim, o ato ilícito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.11.085228-2/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, j. em 11/9/2013, p. em 13/9/2013).

Assim, ao examinar casos semelhantes aos dos autos, este Tribunal de Justiça Mineiro já concluiu pela existência de responsabilidade da fornecedora de serviço, senão vejamos:

Direito processual civil e do consumidor. Ação ordinária. Reparação de danos. Cruzeiro marítimo. Pane do sistema de ar condicionado. Viagem cancelada. Inadimplemento contratual. Dano moral. *Quantum* majorado. Danos materiais. Primeiro recurso provido e segundo recurso não provido. - A ocorrência de problema técnico no sistema de ar condicionado de navio é fato previsível na atividade exercida pela empresa, não caracterizando hipótese de caso fortuito. - Havendo defeito na prestação do serviço de transporte marítimo contratado, é de se reconhecer o direito do consumidor à reparação pelos danos morais em razão do desconforto, angústia e frustração experimentados com o cancelamento da viagem turística no período natalino. - A reparação por dano moral deve ser arbitrada com atenção para as circunstâncias do fato, condições pessoais das partes e seguindo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.11.016554-5/002, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 25/9/2014, p. em 2/10/2014).

Ação de indenização por danos materiais e morais. Cancelamento de viagem. Ato ilícito. Valor do dano. - O cancelamento de viagem de navio, em razão de defeito no ar condicionado, proveniente de falha na manutenção, é ato ilícito indenizável. - Havendo prova nos autos dos valores despendidos com a viagem e em razão do cancelamento do cruzeiro, devem ser indenizados. - O cancelamento de viagem a ser realizada no período de Natal, bem como a falta de estrutura oferecida aos viajantes depois do cancelamento, causam dano moral. - O valor do ressarcimento por dano moral deve ser fixado conforme os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.11.085228-2/001, Rel. Des. Alexandre Santiago, 11ª Câmara Cível, j. em 11/9/2013, p. em 13/9/2013).

Direito processual civil e do consumidor. Ação ordinária. Reparação de danos. Cruzeiro marítimo. Pane do sistema de ar condicionado. Viagem cancelada. Inadimplemento contratual. Dano moral. *Quantum* majorado. Danos materiais. Primeiro recurso provido e segundo recurso não provido. - A ocorrência de problema técnico no sistema de ar condicionado de navio é fato previsível na atividade exercida pela empresa, não caracterizando hipótese de caso fortuito. - Havendo defeito na prestação do serviço de transporte marítimo contratado, é de se reconhecer o direito do consumidor à reparação pelos danos morais em razão do desconforto, angústia e frustração experimentados com o cancelamento da viagem turística no período natalino (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.081686-3/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 10/9/2014, p. em 17/9/2014).

Doutro norte, sabe-se que o dano moral tem origem na violação de direito de personalidade do ofendido. Nesse sentido é o magistério de Sérgio Cavalieri, porquanto o renomado autor define o dano moral como:

A lesão a bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima (Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. p. 74).

Chancelando a mencionada definição de dano moral, Caio Mário da Silva Pereira nos ensina que:

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos (*Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54).

Nessa quadra, confira-se trecho de judicioso artigo elaborado por Paulo Luiz Netto Lobo, no qual este demonstra a estreita relação existente entre os direitos de personalidade e a indenização por danos morais:

A interação entre danos morais e direitos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes. Ambos sofreram a resistência de grande parte da doutrina em considerá-los objetos autônomos do direito. Ambos obtiveram reconhecimento expresso na Constituição brasileira de 1988, que os tratou em conjunto, principalmente no inciso X do art. 5º, que assim dispõe:

‘X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão. Ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo nos dois últimos séculos, os direitos de personalidade restaram alheios à dogmática civilística. A recepção dos danos morais foi o elo que faltava, pois constituem a sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção.

O mencionado jurista ainda nos lembra que, para a existência de dano moral basta a lesão de direito da personalidade, não havendo necessidade de comprovação de prejuízo e tampouco de fatores psicológicos dificilmente verificáveis no caso concreto:

Do mesmo modo, os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral. [...]

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. [...] (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em: 7 dez. 2011).

Na espécie, a existência de lesão a direito de personalidade é da mais lúdima clareza.

Com efeito, a lua de mel é evento único e especial na estória de um casal, e assim cria profunda expectativa no íntimo dos consumidores, que esperam vivenciar momentos de elevada felicidade durante a viagem.

Sendo assim, o evento narrado nos autos certamente marcou de forma definitiva e sobremaneira negativa o sonho do casal.

Nesse diapasão, a sentença deve ser mantida no capítulo em que condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais, sendo no mínimo lamentável o argumento de que os consumidores “enfrentaram pequenos contratemos”.

Na mesma esteira de raciocínio, confirmam-se julgados deste Tribunal de Justiça Mineiro em casos nos quais houve falha na prestação de serviço durante a lua de mel do consumidor:

Indenização por danos morais. Denúnciação da lide. Contrato de prestação de serviços. Pacote de viagem de lua de mel. Frustração. Falha na prestação do serviço. Dano moral comprovado. Ônus sucumbenciais. [...] - A contratação de serviço não se prova apenas por meio de um pacto formal, mas, também, por meio de outros documentos, como, por exemplo, da autorização para débito em cartão, na qual conste dados como o preço do pacote, a data da contratação e que o pagamento refere-se a “pacote Lua de Mel”. - Tratando-se de contratação de um pacote de viagem de lua de mel, frustrada por falha na prestação do serviço (ausência de reserva pela agência de viagens), não há dúvida de que a situação desencadeia sérios transtornos, decepção e desgostos, a ensejar dano moral [...] (Apelação Cível nº 1.0407.09.023540-6/001, Rel. Des. Versiani Penna, 17ª Câmara Cível, j. em 2/2/2012, p. em 10/2/2012).

Indenização. Danos morais. Relação de consumo. Responsabilidade objetiva. Defeito na prestação do serviço. Frustração de lua de mel. Dano moral configurado. Valor. Extensão do dano (art. 944 do Código Civil). Juros de mora. Data da sentença. - É objetiva a responsabilidade do locador de veículo por danos decorrentes de defeito durante sua utilização, nos termos do art. 14 do CDC. - A frustração das expectativas da lua de mel por defeito no veículo locado para a data constitui dano moral a ser reparado. - [...] (Apelação Cível nº 1.0024.08.240868-3/001, Rel. Des. Gutemberg da Mota e Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 16/8/2011, p. em 30/8/2011).

Noutro passo, sabe-se que a fixação do valor de indenização por danos morais é questão tormentosa e constitui tarefa extremamente difícil imposta ao magistrado, diante do seu caráter compensatório e punitivo, bem como da falta de critérios objetos. Sobre o dano moral, Sérgio Cavalieri leciona com maestria:

Em suma, a composição do dano moral realiza-se através desse conceito - compensação - que, além de diverso do de ressarcimento, baseia-se naquilo que Ripert chamava ‘substituição do prazer que desaparece, por um novo’. Por outro lado, não se pode ignorar a necessidade de se impor uma pena ao causador

do dano moral, para não passar impune a infração e, assim, estimular novas agressões (CAVALIEIRI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. Malheiros, p. 76).

Nesse diapasão, doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que, para a fixação do valor da compensação pelos danos morais, deve-se considerar a extensão do dano experimentado pela vítima, a repercussão no meio social, a situação econômica da vítima e do agente causador do dano, para que se chegue a uma justa composição, sem olvidar a supracitada finalidade da condenação de punir o causador do dano de forma a desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes, evitando-se, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado, ou seja, inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa. Em outras palavras, o valor fixado deve observar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tal como assentado pelo STJ:

Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Civil. Indenização. Dano moral. Herdeiros. Legitimidade. *Quantum* da indenização fixado em valor exorbitante. Necessidade da redução. Respeito aos parâmetros e jurisprudência do STJ. Precedentes. [...] 2. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito (STJ, AgRg no Ag 850273/BA, Quarta Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. em 3/8/2010).

Nesse sentido é a lição de Sérgio Cavalieri, senão vejamos:

[...] não há valores fixos, nem tabelas preestabelecidas, para o arbitramento do dano moral. Esta tarefa cabe ao juiz no exame de cada caso concreto, atentando para os princípios aqui enunciados e, principalmente, para o seu bom senso prático e a justa medida das coisas (ob. cit., p. 183).

E o magistério de Maria Helena Diniz e de Caio Mário da Silva não discrepa:

[...] na ausência de um padrão ou de uma contraprestação que dê o correspondente da mágoa, o que prevalece é o critério de atribuir ao juiz o arbitramento da indenização [...] (Caio Mário. *Instituições de direito civil*. 7. ed., Forense, v. 2, p. 316).

Na reparação do dano moral, o magistrado deverá apelar para o que lhe parecer equitativo ou justo, agindo sempre com um prudente arbítrio, ouvindo as razões das partes, verificando os elementos probatórios, fixando moderadamente uma indenização. O valor do dano moral deve ser estabelecido com base em parâmetros razoáveis, não podendo ensejar uma fonte de enriquecimento nem mesmo ser irrisório ou simbólico. A reparação deve ser justa e digna. Portanto, ao fixar o *quantum* da indenização, o juiz não procederá a seu bel prazer, mas como um homem de responsabilidade, examinando as circunstâncias de cada caso, decidindo com fundamento e moderação (DINIZ, Maria Helena. *Revista Jurídica Consulex*, nº 3, de 31/3/97).

No caso em apreço, a falha na prestação de serviço frustrou por completo a lua de mel dos consumidores, momento extremamente especial na vida de todo casal que contrai núpcias.

Assim, considerando as peculiaridades do caso vertente, conclui-se que a indenização por danos morais deve ser mantida no patamar fixado pelo juízo de origem.

Sob outro enfoque, conforme nos ensina Sérgio Cavalieri, o dano material deve ser entendido como aquele que:

[...] atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro (Sérgio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 71).

Na espécie, após a falha na prestação de serviço da ré ter transformado a lua de mel dos consumidores em um verdadeiro pesadelo, estes obviamente não estavam obrigados a se valer de transporte oferecido pela ré e tampouco diligenciar para trocar ou pedir reembolso de passagens de ônibus.

Com efeito, diante da gravidade da situação narrada nos autos, a opção dos autores por se utilizar de um táxi para voltar rapidamente pra casa é perfeitamente compreensível.

Noutro passo, o argumento de que de todo modo os autores arcariam com as passagens de ônibus e de que “as passagens previamente adquiridas não foram utilizadas” certamente não são suficientes para ensejar a reforma da sentença.

Veja bem, os consumidores compraram as passagens para retornar após o cruzeiro marítimo que não se realizou por falha na prestação de serviço da demandada.

Outrossim, em momento algum os consumidores disseram que possuíam veículo na cidade do Rio de Janeiro para voltar para casa, sendo inquestionável onexo causal entre o dano material suportado e o cancelamento do cruzeiro marítimo.

Assim, deve ser ressarcido não apenas o valor do táxi efetivamente utilizado para retorno no dia seguinte, mas também as passagens que foram compradas e não utilizadas por falha da ré, como bem decidido na sentença:

Quanto aos danos materiais, os autores lograram êxito em comprovar as despesas com táxi (f. 45), no valor de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais), e despesas com 2 (duas) passagens de ônibus (f. 46), nos valores de R\$68,28 (sessenta e oito reais e vinte e oito centavos) cada, o que perfaz um prejuízo material de R\$1.236,56 (mil duzentos e trinta e seis reais e cinquenta e seis centavos) (f. 196).

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença proferida pela Dra. Daniela Bertolini Rosa Coelho.

Custas recursais e honorários de sucumbência, que majoro para 20% (vinte por cento) da condenação, pela ré.

DES. MARCO AURÉLIO FERENZINI - Assiste razão à ré/apelante quanto ao pedido de afastamento do dano moral.

Embora a contratação de viagem de lua de mel em cruzeiro marítimo ofertado pela apelante tenha sido cancelada, frustrando a viagem previamente agendada, certo é que tal possibilidade de cancelamento possui previsão contratual, conforme se infere à f. 30 (cláusula II - Cancelamento pela Empresa), não se tratando de situação inesperada.

E, como consta nos autos, o cancelamento se deu por situação imprevisível em razão de problemas técnicos no navio.

Finalmente, embora não se despreze a frustração e desapontamento dos autores, para a concessão da reparação a título de danos morais pretendida seria imprescindível a comprovação do abalo moral, consubstanciado na afronta a algum dos atributos da personalidade. Assim, não há como considerar que tal fato pudesse causar abalo na esfera moral dos autores, pois imprevistos são situações que podem ocorrer. No caso dos autos, os aborrecimentos enfrentados não ultrapassam a esfera do mero dissabor cotidiano, razão pela qual deve ser afastada a indenização extrapatrimonial arbitrada na sentença.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso para reformar em parte a sentença recorrida para excluir a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais, conforme fundamentos constantes deste voto.

Redistribuo os ônus de sucumbência, com a condenação dos autores ao pagamento de 30% (trinta por cento) das custas processuais, inclusive as recursais, e a ré/apelante ao pagamento dos 70% (setenta por cento) restantes, bem como honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, na mesma proporção estabelecida para as custas, vedada a compensação.

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Peço vênia para divergir em parte do voto do eminente Relator, conforme considerações que seguem.

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e morais, em virtude da falha na prestação de serviço da recorrente (MSC Cruzeiros do Brasil Ltda.), que cancelou o cruzeiro marítimo contratado pelos autores para a viagem de lua de mel, sob a justificativa de falha no sistema de ar condicionado da embarcação.

In casu, o dano moral sofrido pelos autores, ao verem cancelado o cruzeiro marítimo de viagem de lua de mel é inconteste, pois basta considerar o dissabor, o descontentamento, a aflição, a sensação de impotência e a frustração que suportaram os recorridos a partir do cancelamento do cruzeiro previamente contratado, sem que fosse comprovado o alegado caso fortuito, restando presente o nexo de causalidade entre o defeito do serviço prestado e o dano moral sofrido.

A respeito do tema, ensina Carlos Alberto Bittar, in Danos Morais - Critérios para a sua fixação, artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência nº 15/93, p. 293/291:

Danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado. Mas podem ambos conviver, em determinadas situações, sempre que os atos agressivos alcançam a esfera geral da vítima, como, dentre outros, nos casos de morte de parente próximo em acidente, ataque à honra alheia pela imprensa, violação à imagem em publicidade, reprodução indevida de obra intelectual alheia em atividade de fim econômico, e assim por diante. Os danos morais atingem, pois, as esferas íntima e valorativa do lesado, enquanto os materiais constituem reflexos negativos no patrimônio alheio. Mas ambos são suscetíveis de gerar reparação, na órbita civil, dentro da teoria da responsabilidade civil (artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência nº 15/93, p. 293/291).

Quanto ao valor da indenização, registro que a indenização por dano moral deve representar para a vítima uma satisfação capaz de amenizar de alguma forma o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que não signifique um enriquecimento sem causa para a vítima e produza impacto bastante no causador do mal a fim de dissuadi-lo de novo atentado.

Sobre o tema, esclarece Maria Helena Diniz em sua obra *Curso de direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 7, f. 78-79):

A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente a reparação correspondente será fixada por arbitramento (CC, art. 1553, RTJ, 69: 276, 67: 277). Arbitramento é o exame pericial tendo em vista determinar o valor do bem, ou da obrigação a ele ligada, muito comum na indenização dos danos. É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender; culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Na reparação do dano moral o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência.

A dúplici natureza da indenização por danos morais vem ressaltada na lição de Caio Mário, citado por Sérgio Cavalieri Filho:

Como tenho sustentado em minhas *Instituições de direito civil* (v. 2, nº 176), na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I - punição ao infrator por haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II - pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido 'no fato' de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo da vingança (*Programa de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108-109).

Nesta ordem de ideias, ponderados tais critérios objetivos, entendo por bem reduzir o *quantum* indenizatório para o valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), visto que tal valor atende o princípio da razoabilidade, ficando mantido o critério de atualização fixado na sentença.

Mantenho as verbas recursais tal como arbitradas no voto do Relator, visto que o arbitramento do *quantum* da indenização por dano moral, por estar vinculado ao arbítrio do julgador, sua redução não importa na sucumbência parcial do beneficiário.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o *quantum* indenizatório para R\$20.000,00 (vinte mil reais), ficando mantido o critério de atualização fixado na sentença.

Quanto ao mais, acompanho o douto Relator.

DES.^a EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Peço vênia ao eminente Desembargador Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo ilustre Vogal Des. Valdez Leite Machado, haja vista que, não obstante a demonstração da falha no serviço prestado pela apelante, e o inequívoco dano moral suportado pelos apelados, deve ser reduzido o valor fixado a título de indenização por danos morais.

DES.^a CLÁUDIA MAIA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO MÉDIO DO 2º VOGAL.

• • •

Apelação cível - Ação de reparação de danos materiais - Acidente de trânsito entre particulares – Cruzamento - Ausência de sinalização - Município de Rio Paranaíba - Responsabilidade subjetiva do ente público com culpa presumida - Inexistência - Sentença de improcedência mantida

- A despeito de ser a municipalidade revel, não se aplica ao ente público o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos alegados, uma vez que, embora de caráter patrimonial, a demanda acaba por envolver o interesse coletivo de manutenção do Erário, o que atrai a exceção contida no inciso II do art. 345 do CPC/15 (art. 320, II, do CPC/73).

- Para a configuração da responsabilidade do Estado *lato sensu*, no caso de omissão danosa, aplica-se a Teoria da Culpa do Serviço Público (também chamada de Teoria da Culpa Anônima), que exige, para a responsabilização do ente estatal, que o serviço público não haja funcionado ou que haja funcionado de forma deficiente em razão de imprudência, negligência ou imperícia do agente público, causador de um dano ao administrado, sendo certo que a culpa é presumida desde que demonstrada a omissão na prestação do serviço público.

- A ausência de placa de “Pare” no cruzamento em que ocorreu o acidente, por si só, não demonstra o fato administrativo necessário para a condenação do município apelado. Isso porque o Código de Trânsito Brasileiro prevê hipóteses em que, inexistindo sinalização, devem os condutores dos veículos respeitar a preferência estabelecida, bem como ordena que os motoristas, ao se aproximarem de um cruzamento, devem agir com prudência especial.

- Ainda que se reconheça que, de fato, quando do acidente, a preferência era da parte autora, posto que tramitava pela direita (art. 29, III, c, do CTB), isso não implica a responsabilidade do Município de Rio Paranaíba, mas, eventualmente, do motorista/proprietário do veículo que desrespeitou a preferência.

- Negar provimento ao recurso.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.14.008402-8/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: Heder Rezende Gonçalves - Apelado: Município de Rio Paranaíba - 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, 14 de dezembro de 2017. - *Teresa Cristina da Cunha Peixoto* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO - Conheço do recurso interposto, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, observado, ainda, o disposto no Enunciado nº 2 do STJ relativo à aplicação do CPC/15.

Trata-se de ação de reparação de danos materiais ajuizada por Heder Rezende Gonçalves em face do Município de Rio Paranaíba, alegando, em suma, que, no dia 21/3/2014, “aproximadamente às 12 horas, trafegava o autor com o veículo de sua propriedade, Corolla GLI de placa HKI 3775, pela Rua Celestino Barbosa, quando, no cruzamento com a rua Vereador João Mariano, teve a lateral esquerda do mesmo abalroada pelo veículo caminhão VW/13.180...”. Afiançou que “do evento resultou apenas danos materiais descritos no BOPM e nos orçamentos anexos. O requerente teve gastos na importância de R\$1.000,00 (mil reais) referentes à contratação de advogado para ingressar em juízo.” Asseverou, ainda, que “a falha de sinalização certamente foi causa adequada, suficiente e única, para o evento colisão dos veículos narrados nos autos, e nisso consiste a falha do serviço público a motivar responsabilização objetiva do Município por estar demonstrada sua culpa, sendo responsável pela manutenção e fiscalização desses equipamentos de sinalização”.

Na r. sentença de f. 118/120, o MM. Juiz de primeiro grau julgou “improcedente a demanda, para negar o pedido do autor. Custas e honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor do pedido, suspenso nos termos do art. 98 do CPC”.

Inconformada, apelou a parte autora às f. 122/128, suscitando, preliminarmente, “nulidade absoluta da sentença por ausência de fundamentação e/ou fundamentação idônea”, bem como “falta de fundamentação da sentença por não apreciação do pedido de decretação da revelia do apelado acostado às f. 49/51”. No mérito, sustentou que “o apelante trafegava pela via preferencial conforme disposto no art. 29, inciso III, alínea c do Código de Trânsito Brasileiro...”, sendo que,

por omissão do apelado Município de Rio Paranaíba, não havia a devida sinalização de trânsito no local. Ao final, mesmo com a clareza dos fatos e das provas carreadas aos autos, o MM. Juiz de 1º Grau, claramente, fez confusão ao fundamentar a sua sentença, tendo em vista que inverteu o sentido direcional dos veículos, tendo em vista que o veículo da direita é o do apelante, sendo que este foi abalroado pela esquerda, ou seja, a colisão foi na porta do apelante (condutor - motorista).

Pugnou, ao final, pelo provimento do recurso.

Conforme certidão de f. 134, transcorreu o prazo legal, e o apelado não apresentou contrarrazões.

Processo distribuído por sorteio (f. 136).

Feito o necessário relatório, esclarece-se, inicialmente, que a parte apelante suscitou a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação e/ou fundamentação idônea (f. 124/125), sob a alegação de que o Juiz de 1º grau reportou-se à regra prevista no art. 29, inciso III, alínea c, do Código de Trânsito Brasileiro e inverteu a ordem direcional dos veículos. Todavia, eventual erro sobre a apreciação dos fatos e aplicação do Direito é matéria a ser analisada no mérito, não se tratando, portanto, de questão preliminar.

Esclarece-se, ainda, que não procede a alegação da parte apelante de falta de fundamentação da sentença por não apreciação do pedido de decretação da revelia do apelado acostado às f. 49/51. (f. 125), posto que

constou expressamente da sentença o entendimento de que “não vigora a revelia contra o ente público (art. 345 do CPC)” (f. 119), razão pela qual inexistente nulidade por ausência de fundamentação.

Por oportuno, registro, de imediato, que, a despeito de ser a municipalidade revel, não se aplica ao ente público o efeito material da revelia - presunção de veracidade dos fatos alegados (art. 344 do CPC/15), uma vez que, embora de caráter patrimonial, a demanda acaba por envolver o interesse coletivo de manutenção do erário, o que atrai a exceção contida no inciso II do art. 345 do CPC/15 (art. 320, II, do CPC/73):

Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

[...]

Art. 348. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado.

Art. 349. 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.

Sobre o tema, vale colacionar o magistério de Fredie Didier Jr.:

6.2. Efeitos

A revelia é ato-fato processual que produz os seguintes efeitos: a) presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo demandante (efeito material); b) prosseguimento do processo sem intimação do réu-revel (efeito processual); c) preclusão em desfavor do réu do poder de alegar algumas matérias de defesa (efeito processual, ressalvadas aquelas previstas no art. 303 c/c art. 301, § 4º, ambos do CPC); d) possibilidade de julgamento antecipado da lide, acaso se produza o efeito substancial da revelia (art. 330, II, CPC) (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. Editora Jus Podivm, 2008. p. 495/496).

A propósito, é o entendimento pacífico do STJ:

Processual civil. Contrato administrativo. Inadimplemento. Exclusividade. Dispositivos legais tidos por violados. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Necessidade de reexame de prova. Súmula 7/STJ. Análise de cláusulas contratuais. Súmula 5 STJ. Efeitos materiais da revelia não aplicáveis à Fazenda Pública. 1. O Enunciado Administrativo 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016, dispõe: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”. 2. Na espécie, o recurso impugna *decisum* proferido na vigência do CPC de 1973, sendo exigidos, pois, os requisitos de admissibilidade na forma prevista naquele código de ritos, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do STJ. Sendo, assim, incabível a incidência do novo CPC ao caso dos

autos. 3. Não se pode conhecer da insurgência contra a ofensa aos arts. 3º e 54 da Lei nº 8.666/1993, pois os referidos dispositivos legais não foram analisados pela instância de origem. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal *a quo*, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. 4. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 535 do CPC/1973, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. 5. Ainda que seja superado tal óbice, no mérito, a irresignação não merece acolhida. Sob esse aspecto, a análise da pretensão recursal concernente à exclusividade demanda a análise de cláusulas contratuais e do contexto fático-probatório dos autos, inalcançáveis pelo STJ, ante o óbice erigido pelas Súmulas 5 e 7 desta Corte. 6. É orientação pacífica deste Superior Tribunal de Justiça segundo a qual não se aplica à Fazenda Pública o efeito material da revelia, nem é admissível, quanto aos fatos que lhe dizem respeito, a confissão, pois os bens e direitos são considerados indisponíveis (AgInt no REsp 1358556/SP, Relª Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, *DJe* de 18/11/2016; AgRg no REsp 117.0170/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, *DJe* de 9/10/2013 e AgRg nos EDcl no REsp 1.288.560/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, *DJe* de 3/8/2012). 7. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido (REsp 1666289/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 27/6/2017, *DJe* de 30/6/2017).

Superado esse ponto, revelam os autos que Heder Rezende Gonçalves ajuizou “Ação de Reparação de Danos Materiais” em face do Município de Rio Branco, tendo o MM. Juiz de primeira instância julgado improcedente o pedido inicial de condenação do réu ao pagamento da quantia de R\$6.212,15 (seis mil, duzentos e doze reais e quinze centavos), o que gerou a presente irresignação.

Nesse mister, registra-se que o tema envolvendo a responsabilidade extracontratual do Estado *lato sensu* sofreu significativa evolução ao longo da história, caminhando da total irresponsabilidade do Estado (*The King can do no wrong Le roi ne peut mal faire*) para a responsabilidade meramente objetiva, adotada pelas teorias publicistas, dentre as quais se destaca a Teoria do Risco Administrativo, consagrada no art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988:

Art.37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A redação é praticamente repetida no art. 43 do Código Civil de 2002, 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, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. Malheiros Editores, 2005, p. 631).

Não obstante, embora não ignore a existência de significativa divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, considero que a Teoria da Responsabilidade Objetiva somente é aplicável aos casos em que o dano decorre de um comportamento ativo do Estado, o que, todavia, não implica consequência prática relevante, posto que, conforme acima mencionado, na Teoria da Culpa do Serviço Público, a culpa é presumida do fato administrativo ocorrido.

Com efeito, a meu ver, no caso de omissão danosa, aplica-se a Teoria da Culpa do Serviço Público (também chamada de Teoria da Culpa Anônima), que exige, para a responsabilização do ente estatal, que o serviço público não haja funcionado ou que haja funcionado de forma deficiente em razão de imprudência, negligência ou imperícia do agente público, causador de um dano ao administrado.

Perfilha do mesmo entendimento o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello:

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 ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 942/943).

Na mesma linha, posiciona-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] para a responsabilidade decorrente de omissão, tem que haver o dever de agir por parte do Estado e a possibilidade de agir para evitar o dano. [...] A culpa está embutida na ideia de omissão. Não há como falar em responsabilidade objetiva em caso de inércia do agente público que tinha o dever de agir e não agiu, sem que para isso houvesse uma razão aceitável (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 655).

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já aplicou a responsabilidade subjetiva no caso de omissão do Poder Público, por ocasião do julgamento do Resp. 1172421/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, então vigente:

1 Responsabilidade civil. Recurso especial submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC. Acidente ferroviário. Vítima fatal. Concorrência de causas: conduta imprudente da vítima e descumprimento do dever legal de segurança e fiscalização da linha férrea. Redução da indenização por danos morais pela metade. Indenização por danos materiais. Não comprovação de dependência econômica pelos genitores. Vítima maior com quatro filhos. Súmula 7 do STJ. 1. A responsabilidade civil do Estado ou de delegatário de serviço público, no caso de conduta omissiva, só se concretiza quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa, a qual se origina, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao Poder Público de impedir a consumação do dano. Nesse segmento, para configuração do dever de reparação da concessionária em decorrência de atropelamento de transeunte em via férrea, devem ser comprovados o fato administrativo, o dano, o nexo direto de causalidade e a culpa. 2. A culpa da prestadora do serviço de transporte ferroviário configura-se, no caso de atropelamento de transeunte na via férrea, quando existente omissão ou negligência do dever de vedação física das faixas de domínio da ferrovia - com muros e cercas - bem como da sinalização e da fiscalização dessas medidas garantidoras da segurança na circulação da população. Precedentes. 3. A exemplo de outros diplomas legais anteriores, o Regulamento dos Transportes Ferroviários (Decreto nº 1.832/1996) disciplinou a segurança nos serviços ferroviários (art. 1º, inciso IV), impondo às administrações ferroviárias o cumprimento de medidas de segurança e regularidade do tráfego (art. 4º, I) bem como, nos termos do 'inciso IV do art. 54, a adoção de medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativas destinadas a prevenir acidentes'. Outrossim, atribuiu-lhes a função de vigilância, inclusive, quando necessário, em ação harmônica com as autoridades policiais (art. 55). 4. No caso sob exame, a instância ordinária consignou a concorrência de causas, uma vez que, concomitantemente à negligência da concessionária, ao não se cercar das práticas de cuidado necessário para evitar a ocorrência de sinistros, houve imprudência na conduta da vítima, que atravessou a linha férrea em local inapropriado, próximo a uma passarela, o que acarreta a redução da indenização por dano moral à metade. 5. Para efeitos do art. 543-C do CPC: no caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas, impondo a redução da indenização por dano moral pela metade, quando: (i) a concessionária do transporte ferroviário descumpra o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e (ii) a vítima adota conduta imprudente, atravessando a via férrea em local inapropriado. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1172421/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 8/8/2012, DJe de 19/9/2012).

Feitas essas considerações e voltando ao caso concreto, afere-se do boletim de ocorrência de f. 16/20:

De acordo com os dois condutores e as testemunhas, que tinham a mesma versão acerca dos fatos, o veículo VW/13.180 CNM de cor branca, Placa GZO-0572, que era conduzido pelo Sr. Paulo Aparecido, trafegava pela Rua Vereador João Mariano e, no cruzamento com a Rua Celestino Barbosa, colidiu com o veículo Toyota/Corolla de cor preta, Placa HKI-3775, que era conduzido pelo Sr. Heder Rezende, que trafegava pela Rua Celestino Barbosa. No local, não havia placa de sinalização de parada obrigatória para nenhum dos condutores, motivo pelo qual não foi lavrada nenhuma autuação de trânsito. Na Rua Celestino Barbosa, há uma placa de pare para quem trafega no sentido contrário ao que o veículo Corola trafegava, porém não havia qualquer sinalização horizontal ou vertical no sentido em que o veículo trafegava. Não houve vítimas do acidente. A colisão se deu na frente direita do veículo VW/13.180, que não teve danos aparentes e na lateral esquerda do veículo Toyota Corolla, que teve danos consistentes em amassamento das duas portas esquerdas e do para-lamas dianteiro esquerdo e quebra das janelas das portas e do retrovisor externo esquerdo.

Nesse passo, extrai-se do depoimento prestado pelo condutor do caminhão Paulo Aparecido de Souza, envolvido no acidente:

[...] que no dia 21 de março trafegava pela Rua João Mariano sentido Serra do Salitre; que estava dirigindo um caminhão, modelo 13180, placa GZO 0572; que, próximo ao Poliesportivo localizado na Rua João Mariano, o caminhão dirigido pelo depoente bateu no carro de propriedade do requerente; que a preferência era do depoente, sendo que o autor teria que ter parado; que não conseguiu parar, pois o caminhão estava carregado; que no local do acidente não há placa de pare - sinalização, nem mesmo sinalização no chão, sendo que pelo que sabe até o momento não há referida placa; que o autor da ação não reside nesta cidade e não sabia de quem era a preferência. Nada foi perguntado pelo advogado da parte requerente. Dada a palavra ao ilustre defensor do réu, às perguntas respondeu: que a via é aberta à circulação; que a preferência era do depoente; que o acidente ocorreu durante o dia; que o local não é de boa visibilidade, sendo que há uma casa na esquina que prejudica a visão de ambos os motoristas; que o requerente, condutor do veículo, estava devagar; que o autor estava aéreo, demonstrando não conhecer a cidade; que o carro dirigido pelo autor era um Corolla preto; que o requerente estava normal, lúcido, estando em baixa velocidade; que o acidente danificou as duas portas, tanto a de trás, como a da frente.

Demonstrados os fatos, dispõe o Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97):

Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

[...]

III - quando veículos, transitando por fluxos que se cruzem, se aproximarem de local não sinalizado, terá preferência de passagem:

- a) no caso de apenas um fluxo ser proveniente de rodovia, aquele que estiver circulando por ela;
- b) no caso de rotatória, aquele que estiver circulando por ela;
- c) nos demais casos, o que vier pela direita do condutor;

[...]

Art. 44. Ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência.

Com efeito, diferentemente do sustentado pela parte autora, ora apelante, a ausência de placa de “Pare” no cruzamento em que ocorreu o acidente, por si só, não demonstra o fato administrativo necessário para a condenação do município apelado.

Isso porque, conforme acima demonstrado, o Código de Trânsito Brasileiro prevê hipóteses em que, inexistindo sinalização, devem os condutores dos veículos respeitar a preferência estabelecida, bem como ordena que os motoristas, ao se aproximarem de um cruzamento, devem agir com prudência especial.

Logo, ainda que se reconheça que, de fato, quando do acidente, a preferência era da parte autora, posto que transitava pela direita (art. 29, III, c, do CTB) (vide f. 27/30), isso não implica responsabilidade do Município de Rio Paranaíba, mas, eventualmente, do motorista/proprietário do veículo que desrespeitou a preferência.

Vale asseverar que, em momento algum, o d. Sentenciante afirmou que a preferência seria do motorista do caminhão e não do autor, mas, apenas, consignou que:

[...]

O preceito legal, dispositivo de que, na ausência de sinalização adrede e quando se cruzam veículos, pertence a preferência de passagem ao autor proveniente da direita, constitui norma que tem que ser atendida e obedecida à risca, sob pena de estabelecer-se a balbúrdia, a desordem e a mais atrevida anarquia.

Desta forma resta patente que a legislação de trânsito prevê a possibilidade de cruzamento sem sinalização, ao impor a regra a ser obedecida, a qual não foi no local do sinistro.

[...]

Por esse motivo, aliás, o legislador infraconstitucional, ciente da impossibilidade fática de sinalização de todas as vias, optou por elaborar normas gerais de circulação e conduta, impondo que os condutores demonstrem prudência especial ao se aproximar de qualquer tipo de cruzamento, nos termos do art. 44 do CTB.

[...]

Portanto, coaduno do entendimento de que a simples alegação da parte autora de inexistência de placa de “Pare” não implica, por si só, a responsabilidade da municipalidade, razão pela qual de ver mantida a r. sentença apelada, que julgou improcedente o pedido inicial.

Mutatis mutandis, já decidiu recentemente esta c. 8ª Câmara Cível:

Apelação cível. Ação de reparação de danos c/c pedido de danos materiais. Responsabilidade subjetiva. Acidente de trânsito. Cruzamento sem sinalização. Manobra realizada sem a devida atenção. Responsabilidade da municipalidade não configurada. Ato ilícito praticado pelo autor. Procedência da reconvenção. Multiplicidade de orçamentos. Parâmetro. Menor valor. Recurso provido em parte. 1 - É a sinalização que define a preferência de uma via urbana. Entretanto, quando da inexistência de sinalização no local, a preferência é dada a quem trafega pela direita do condutor, conforme expressa disposição do art. 29, inciso III, alínea c, do Código de Trânsito Brasileiro. 2 - Deve ser imputada a responsabilidade pelo sinistro àquele que realiza o cruzamento de via preferencial sem a devida cautela, nos termos do art. 927 do Código Civil. 3 - Diante da existência de múltiplos orçamentos, deve ser considerado aquele de menor valor (TJMG - Apelação Cível 1.0126.14.001454-2/001, Rel. Des. Carlos Roberto de Faria, 8ª Câmara Cível, j. em 4/7/2017, p. em 20/7/2017).

Por fim, esclarece-se que, embora a publicação da sentença tenha se dado já na vigência do CPC/15, mostra-se inaplicável a fixação de honorários recursais (art. 85, § 11º), tendo em vista que a parte ré não ofertou contrarrazões ao apelo, sendo certo que a majoração da verba honorária em grau recursal destina-se, não apenas a evitar recursos protelatórios, como também a remunerar o trabalho extra exigido da advogada da parte vencedora, o que inexistiu no presente caso.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Custas *ex lege* (art. 98 e segs. do CPC/15 e Lei nº 1.060/50).

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES PAULO BALBINO e ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

• • •

Apelação cível - Ação de repetição do indébito - Portador de necessidades especiais - Veículo automotor - Isenção de IPVA - Deferimento posterior ao pagamento - Ato administrativo com natureza declaratória - Condição anterior de deficiência comprovada - Restituição devida

- O ato administrativo que defere a concessão de isenção tributária tem natureza declaratória, apenas proclamando uma situação preexistente, tendo efeito retroativo, nos termos da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça.

- Estando comprovada a situação preexistente de deficiência, ocorrendo o deferimento da isenção posteriormente ao pagamento do IPVA, faz jus o contribuinte ao ressarcimento dos valores pagos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.13.010006-1/001 - Comarca de Pará de Minas - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Carla Lamounier Silva - Relator: DES. JD. CONVOCADO ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO

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.

Notas taquigráficas

JD. CONVOCADO ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 93/95, proferida pela Juíza de direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Pará de Minas, nos autos da ação de repetição de indébito proposta por Carla Lamounier Silva.

A sentença julgou procedente o pedido inicial, condenando o réu a restituir à autora as quantias de R\$1.280,40 (mil, duzentos e oitenta reais e quarenta centavos) e de R\$1.197,35 (mil, cento e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos), relativas ao IPVA pago em 2011/2012, acrescidos de correção monetária, desde cada desembolso, de acordo com a tabela da Corregedoria-Geral de Justiça, e juros de mora, a partir da citação, de acordo com o índice previsto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Condenou o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, isentando-o do pagamento das custas processuais, na forma da lei.

O apelante alega, nas razões recursais de f. 97/102, que a autora requereu a isenção do IPVA sobre o veículo em discussão, com fundamento na deficiência física por duas vezes, através dos PTAs 16.000463809.61 e 16.000476189.88, sendo que o primeiro fora arquivado porque a parte não comprovou sua deficiência física segundo as exigências da legislação tributária e o segundo fora deferido, diante da prova apresentada da deficiência.

Sustenta que, assim que a autora apresentou os documentos exigidos pela lei e regulamentos à SEE/MG, o seu pedido fora, de plano, deferido, sendo que a efetivação se dá por despacho administrativo, após a comprovação dos requisitos legais autorizadores da isenção, e seus efeitos se produzem a partir do reconhecimento da isenção, pela autoridade administrativa, não havendo, até então, pagamento indevido do tributo eventualmente pago.

Afirma que os efeitos da isenção nascem com o deferimento pela autoridade administrativa e não retroagem, justamente por se tratar a isenção de uma regra de exclusão do crédito tributário, cuja legislação deve ser interpretada literalmente, como legalmente previsto.

Por fim, requer seja o recurso conhecido e provido, para reformar a decisão recorrida, para o fim de afastar a isenção concedida legalmente sobre os anos anteriores ao pedido administrativo, data de 15/1/2013.

Contrarrazões apresentadas às f. 105/108.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

A controvérsia no caso em apreço consiste na análise da possibilidade de retroação da isenção de IPVA deferida à autora, ora apelada, para os tributos cobrados nos anos de 2011/2012, uma vez que o deferimento da isenção no Estado de Minas Gerais ocorreu em 15/1/2013.

Pois bem.

Relativamente à isenção do IPVA, a Lei Estadual nº 14.937/2003 assim dispõe:

Art. 3º É isenta do IPVA a propriedade de:

[...]

III - veículo de pessoa portadora de deficiência física, quando adaptado por exigência do órgão de trânsito para possibilitar a sua utilização pelo proprietário.

[...]

O citado artigo exige uma interpretação à luz dos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, bem como do objetivo do legislador, quanto à isenção prevista, de facilitar a locomoção no dia a dia da pessoa portadora de deficiência.

No presente caso, da análise dos autos, depreende-se que a autora, ora apelada, realizou a compra de seu veículo, ocorrida no ano de 2007, com isenção de IPI e ICMS, em outro Estado da Federação, conforme os documentos de f. 08, tendo em vista ser portadora de necessidades especiais.

Ao transferi-lo para este Estado, requereu a isenção do IPVA, o que foi deferido em 15/1/2013 (f. 11), tendo a autora realizado o pagamento do IPVA dos anos de 2011 e 2012 (f. 09/10).

Os documentos de f. 12/15 comprovam que a autora é portadora de paralisia flácida com subluxação no ombro esquerdo, condição já existente anteriormente ao deferimento da isenção pelo Estado de Minas Gerais, ocorrida em 15/1/2013 (f. 61/63).

Assim, levando-se em conta todo o conjunto probatório, depreende-se que a autora é portadora de necessidades especiais anteriormente ao deferimento ocorrido em 15/1/2013, tendo recolhido o IPVA de 2011 e 2012 já acobertada por tal direito à isenção, pelo que faz jus à devolução dos valores pagos a este título.

Nesse sentido, cito jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Ação de repetição de indébito. Aquisição de veículo por deficiente físico. Isenção de IPVA. Lei nº 14.937/03. O deficiente físico que comprovadamente adquirir veículo com adaptação, segundo as exigências do departamento de trânsito, está isento do pagamento de IPVA, nos termos da legislação específica, motivo pelo qual, realizando o pagamento exigido, imperiosa a devida restituição (Apelação Cível nº 1.0024.07.429828-2/001, 8ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. em 13/5/2010, DJ de 13/7/2010).

Apelação. Ação declaratória cumulada com repetição de indébito. Isenção IPVA. Veículo adquirido por deficiente físico. Restituição devida. - Está isento do IPVA o deficiente físico que comprova adquirir veículo adaptado, por exigência do departamento de trânsito, segundo legislação específica (Apelação Cível nº 1.0024.12.303010-8/001, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Jair Varão, j. em 20/3/2014, DJe de 28/3/2014).

Importante ressaltar, também, que o deferimento de isenção ocorrido em 15/1/2013 tem efeito retroativo à data na qual a pessoa já reunia os pressupostos legais para o reconhecimento de tal qualidade, tendo em vista que o referido ato somente proclama uma situação preexistente, tendo apenas natureza declaratória, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

Tributário. IPVA. Isenção condicionada. Ato administrativo. Natureza declaratória. Efeitos *ex tunc*. Inexigibilidade do crédito tributário. - 1. A concessão de isenção tributária apenas proclama situação preexistente capaz de conceder ao contribuinte o benefício fiscal. 2. O ato declaratório da concessão de isenção tem efeito retroativo à data em que a pessoa reunia os pressupostos legais para o reconhecimento dessa qualidade. 3. A alegação de que o contribuinte não preenche os requisitos à concessão da isenção reveste-se de inovação recursal, bem como destoa-se de toda a lógica firmada no processo, que se funda exatamente no efeito - *ex tunc* ou *ex nunc* - em que deve ser acolhido o reconhecimento pela Administração Pública ao preenchimento dos requisitos para o gozo de benefício tributário: isenção de IPVA. Portanto, o preenchimento dos requisitos foi reconhecido pela Administração Pública. Outrossim, o acolhimento da referida tese, em detrimento do que concluiu a Corte de origem, encontra óbice na Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 145.916/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 15/5/2012, DJe 21/5/2012).

Assim, uma vez que a norma de isenção visa à inclusão social das pessoas portadoras de necessidades especiais, tendo o objetivo de facilitar a sua locomoção e, conseqüentemente, melhorar a qualidade de vida de tais indivíduos, estando comprovado que a autora já detinha a deficiência em questão mesmo antes do deferimento da isenção ocorrido no ano de 2013, tendo este apenas natureza declaratória, deve ser restituído à parte o IPVA pago nos anos de 2011 e 2012, como bem deferido em sentença.

Por fim, em observância à determinação contida no § 11 do art. 85 do NCPC, restando desprovido o recurso interposto pelo ora apelante, dever-se-ia impor a majoração do percentual da verba honorária. Porém, tendo em vista que esta já foi fixada no percentual máximo de 20% (vinte por cento), impossível a sua majoração.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALBERGARIA COSTA e ELIAS CAMILO SOBRINHO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Remessa necessária - Apelação cível - Internação compulsória - Menor - Dependência química - Necessidade de inclusão do internando na lide - Litisconsórcio passivo necessário - Sentença anulada

- Nos termos do art. 114 do CPC/15, há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

- É imprescindível a integração à lide daquele que suportará os efeitos de eventual sentença condenatória, podendo ser internado, de forma compulsória, e submetido a tratamentos médicos sem sua anuência.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0433.16.011755-5/001 - Comarca de Montes Claros - Remetente: Juiz da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Montes Claros - Apelante: Município de Montes Claros - Apelado: G.E.C.F., M.P.B.C. e outro - 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 ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E ANULAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2017. - *Wilson Benevides* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto em face da sentença de f. 52/53, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude Comarca de Montes Claros, que, nos autos da Ação de Internação Compulsória ajuizada por M.P.B.C. e G.E.C.F. contra o Município de Montes Claros, julgou procedente o pedido inicial, confirmando a medida liminar deferida, condenando o requerido a custear a internação compulsória de menor, em clínica especializada de tratamento de desintoxicação e recuperação de toxicômanos, seja na rede pública de saúde, seja em clínica particular, sob pena de multa diária no valor de R\$1.000,00 (um mil reais) limitado ao valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais).

Inconformado, o ente federativo municipal apela (f. 55/59), alega, preliminarmente, a ilegitimidade ativa dos autores para requerer a internação compulsória do infante. Suscita ainda preliminar de nulidade da sentença por ausência de integração do menor à lide.

No mérito, aduz que para fins de deferimento da medida pleiteada, faz-se imprescindível a lavratura de laudo médico circunstanciado que especifique os motivos da internação do paciente.

Sustenta que da análise do caderno processual, verifica-se que os apelados não se desincumbiram do ônus de juntar o devido laudo médico.

Diante disso, requer o conhecimento e provimento do recurso, para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais.

Ausente o preparo, em virtude da isenção legal.

Contrarrazões ofertadas às f. 61/63.

Parecer da il. Procuradoria-Geral de Justiça às f. 70/72, opinando pela cassação da sentença, por inobservância do litisconsórcio passivo necessário.

É, em síntese, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento da Remessa Necessária e do recurso voluntário.

Preliminar de ilegitimidade ativa.

O recorrente sustenta preliminarmente a ilegitimidade ativa dos apelados para pleitear a internação do paciente.

No aspecto, vale salientar que o art. 6º da Lei nº 10.216/2001 dispõe sobre os tipos de internação psiquiátrica, prevendo a voluntária, que é a que se dá com o consentimento do usuário, a involuntária, que é aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro, e a compulsória, que é aquela determinada pela Justiça.

Desta forma, a internação compulsória é determinada pelo Poder Judiciário mediante pedido de terceiro, pois se o paciente concordasse com o tratamento não seria caso de internação compulsória e sim voluntária.

Cumprido salientar que o referido artigo não especifica quem são os legitimados a requerer a internação compulsória.

Na espécie versada, observa-se que o beneficiário da medida é menor, dependente químico. Ademais, observa-se dos autos a existência de relatos de violência e agressividade do paciente contra a sua família, razão pela qual esta se encontra legitimada para propositura da presente ação, até mesmo como medida protetiva à integridade familiar e do paciente.

Nesse sentido a jurisprudência deste Eg. Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Reexame necessário conhecido de ofício. Internação compulsória. Dependente químico. Pedido formulado pela genitora. Legitimidade ativa. Saúde. Responsabilidade comum da união, dos estados e do município. Direito constitucionalmente garantido. Sentença confirmada. - Se o filho maior tornou-se momentaneamente incapaz para responder pelos próprios atos, tem legitimidade a sua genitora para requerer a sua internação. - A responsabilidade dos entes políticos com a saúde e a integridade física das pessoas é conjunta e solidária, podendo sempre a parte necessitada dirigir seu pleito ao ente da federação que melhor lhe convier. - Comprovada a necessidade de internação compulsória do dependente químico, constitui-se em dever - e, portanto, responsabilidade - do Estado *in abstracto*, a disponibilização do tratamento adequado (CF, art. 23, II), considerando-se a importância da proteção à vida e à saúde (art. 196, CF) (TJMG - Apelação Cível nº 1.0236.14.004051-0/001, Rel. Des. Elias Camilo, 3ª Câmara Cível, j. em 18/8/2016, p. em 6/9/2016).

Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Direito à saúde. Paciente dependente químico. Internação compulsória para tratamento do vício. Preliminares. Ausência de peças indispensáveis à elucidação da

controvérsia. Vício sanado. Conhecimento do recurso. Ilegitimidade ativa. Autora mãe do paciente. Polo passivo. Estado de minas gerais. Responsabilidade solidária. Liminar satisfativa. 1 - Tratando-se, a autora, de mãe do paciente, dependente químico, patente a sua legitimidade para pleitear a internação involuntária do toxicômano, dada a própria condição de saúde deste, momentaneamente impossibilitado de expressar seu consentimento. [...] (Agravo de Instrumento Cível nº 1.0153.13.009923-4/002 - Relatora: Desembargadora Áurea Brasil, Data da publicação: 7/7/2014).

De fato, não há como negar que os pais têm legítimo interesse para postular medida judicial que vise resguardar a saúde e a integridade física de seu filho.

Diante do exposto, rejeito a preliminar.

Preliminar de litisconsórcio passivo necessário.

Nos termos do art. 114 do CPC/2015, há litisconsórcio necessário quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo, senão vejamos: “Art. 114. O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes”.

O litisconsórcio necessário decorre, pois, da indispensabilidade da integração no polo passivo de uma pluralidade de sujeitos, seja por conta da própria natureza da relação jurídica, seja por imperativo legal.

Sobre o tema, são os ensinamentos de Fredie Didier Júnior:

[...] o litisconsórcio necessário está ligado mais diretamente à indispensabilidade da integração do polo passivo por todos os sujeitos, seja por conta da própria natureza desta relação jurídica (unitariedade), seja por imperativo legal. A necessidade atua, por isso, na formação do litisconsórcio e nisso, repise-se, difere da unitariedade, vez que esta pressupõe um litisconsórcio já formado. O litisconsórcio necessário revela casos de legitimação ad causam conjunta ou complexa. (...) E o art. 47 do CPC que trata mais especificamente das hipóteses em que o litisconsórcio será, ou não, necessário. Por duas razões, diz o dispositivo aludido, ter-se-á o litisconsórcio necessário: a) quando o exigir a própria natureza da relação jurídica deduzida em juízo (ou seja: quando for unitário) ou b) quando o exigir a lei, independentemente da natureza da relação jurídica deduzida em juízo (*Curso de Direito Processual Civil*, 14. ed., 2012, p. 335).

No caso em tela, pugnam os autores pela condenação do réu a proceder à internação compulsória do adolescente, seu filho. Nesse sentido, é evidente que é ele quem suportará os efeitos de eventual sentença condenatória, podendo ser internado, de forma compulsória, e submetido a tratamentos médicos sem sua anuência. Logo, sua integração à lide é imprescindível.

Deveras, contata-se ser imperativa a participação processual do menor no polo passivo da lide, na condição de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 114 do CPC/2015, sendo que a não inclusão acarretará a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste eg. Tribunal:

Reexame necessário: de ofício. Apelação cível. Medida protetiva. Internação compulsória. Dependente químico. Saúde. Preliminar de ofício: nulidade do feito. Citação: litisconsorte passivo necessário: ausência. 1 - É obrigatório o reexame necessário das sentenças ilíquidas prolatadas contra ente federados, suas

autarquias e fundações públicas (REsp 1101727/PR). 2 - É necessária a integração ao polo passivo da lide daquele cuja internação compulsória se pretende. 3 - A ausência de citação do litisconsorte passivo necessário é causa de nulidade do feito (Apelação Cível nº 1.0261.14.002322-5/001, Rel. Des. Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, j. em 23/8/2016, p. em 30/8/2016).

Reexame necessário e apelação cível. Internação compulsória de menor dependente químico. Observância da opção política brasileira de desinstitucionalização psiquiátrica. Medida de caráter excepcionalíssimo. Conflito entre os interesses do menor e seu responsável legal. Necessidade de inclusão do menor no polo passivo e nomeação de curador especial. 1 - O acesso universal e igualitário com atendimento integral à saúde esta assegurado constitucionalmente (CF, art. 196 e 198); 2 - O Brasil optou pela política de desinstitucionalização psiquiátrica, de modo que as medidas de internação compulsória somente devem ser deferidas em caráter excepcionalíssimo, sobretudo quando houver esgotamento das demais medidas de proteção; 3 - A ausência de consentimento do menor impúbere acerca da internação, sendo sua vontade manifestamente contrária a de seu representante legal, impõe a sua inclusão no polo passivo da lide, com a consequente nomeação de curador especial para defesa de seus interesses. (Apelação Cível nº 1.0520.15.000465-0/002, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, j. em 25/2/2016, p. em 2/3/2016).

Reexame necessário. Apelação cível. Direito processual. Internação compulsória. Dependência química. Lei nº 10.216/01. Necessidade de inclusão do internando no pólo passivo. Direito de defesa. Emenda da inicial. - Inexiste na Lei nº 10.216/01 qualquer previsão que imponha a interdição prévia como condição para concessão da interdição. Contudo, a ação proposta com vista a obter internação compulsória, por envolver questão afeta ao direito à liberdade, deve ser ajuizada também em face do internando (Ap. Cível/Rem. Necessária nº 1.0480.16.007905-3/001, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, j. em 10/8/2017, p. em 16/8/2017).

Reexame necessário conhecido de ofício. Apelação cível. Ação de internação compulsória. Inclusão do internando no polo passivo. Necessidade. Citação. Ausência. Sentença cassada. - Por interferir na esfera da autonomia do indivíduo, deverá este figurar no polo passivo da ação que busca a sua internação compulsória, com a sua devida citação (Apelação Cível nº 1.0153.13.004335-6/005, Rel. Des. Paulo Balbino, 8ª Câmara Cível, j. em 28/4/2017, p. em 24/5/2017).

Ademais, apesar da legitimidade ativa dos pais para propor a referida ação, as provas dos autos evidenciam que não se trata de internação voluntária, já que não há o consentimento do internando.

Com efeito, o que se percebe dos autos é que existe divergência entre os interesses do infante e de seus genitores, haja vista que estes últimos requereram a intervenção jurisdicional para que fosse possível a internação compulsória do menor. Logo, conclui-se que não era esta a sua vontade.

Destarte, deve ser observado o que preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual.

Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

De fato, sendo a vontade do adolescente manifestamente contrária a de seus representantes legais, a fim de lhe serem preservados os direitos constitucionais fundamentais e observado o devido processo legal, deve ser realizada a nomeação de curador especial para defender os seus interesses.

Por todo o exposto, acolho a preliminar de nulidade do feito, por ausência de formação de litisconsórcio passivo necessário e anulo a sentença, determinando o retorno dos autos à instância de origem para que se inclua no polo passivo da lide o menor, citando-o, e dando prosseguimento normal ao feito, nos termos da fundamentação. Fica prejudicada a apelação.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores. ALICE BIRCHAL e PEIXOTO HENRIQUES.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E ANULARAM A SENTENÇA.

• • •

Apelação cível - Impugnação ao valor da causa - Sentença proferida na égide do NCPC - Recurso autônomo - Ausência - Inconformismo - Preliminar em eventual apelação interposta na ação principal - Recurso não conhecido

- Como cediço, a partir da entrada em vigor do novo CPC, o incidente de impugnação ao valor da causa deixou de existir, devendo a parte suscitar seu inconformismo em preliminar de contestação, nos termos do que preconiza o art. 337, III, do CPC/2015.

- Além disso, de acordo com o art. 1.009, § 1º, do citado Código, as “questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

- Assim, diante da nova legislação, não cabe recurso autônomo da decisão (proferida sob a égide do CPC/2015) que julga o incidente de impugnação ao valor da causa.

Recurso não conhecido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0471.15.012837-2/001 - Comarca de Pará de Minas - Apelante: Gerson Esteves da Silva, Joelma da Silva Faria e outro - Apelada: Vera Alice Fonseca Guimarães - 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 NÃO CONHECER DO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2017. - *Marcos Lincoln* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MARCOS LINCOLN - Trata-se de recurso de apelação interposto por Joelma da Silva Faria e Gerson Esteves da Silva à sentença de f. 15, proferida nos autos do incidente de impugnação ao valor da causa aviado contra Vera Alice Fonseca Guimarães, por meio da qual o MM. Juiz *a quo* decidiu:

Diante do exposto, julgo improcedente o pedido inicial, julgando, via de consequência, extinto o incidente de impugnação ao valor da causa com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC. Eventuais custas, pelos impugnantes. Suspensa a exigibilidade, ante a concessão da gratuidade judiciária. Sem condenação a honorários advocatícios, porquanto incabível na espécie.

Nas razões recursais (f. 18/27), os apelantes sustentaram que o “montante atribuído ao valor da causa se revela exorbitante à mais salutar medida de razoabilidade/proporcionalidade”; que “a apelada lançou em demanda indenizatória o valor de R\$1.500.000,00”; que “os danos morais foram postulados em via de mera estimativa”; que a parte pediu justiça gratuita.

Ao final, pediu a reforma da sentença.

Contrarrazões às f. 30/37.

Por meio do despacho de f. 47, foi determinada a intimação da parte apelante para se manifestar sobre a inadmissibilidade do recurso, sob as penas da lei.

Sem resposta (certidão f. 47-v.).

É o relatório.

Passa-se à decisão.

Em primeiro lugar, impõe-se registrar que, em razão da vigência, a partir de 18/3/2016, do novo Código de Processo Civil, segundo a boa doutrina, à qual me filio em matéria recursal, duas são as situações para a nova lei processual: 1) rege o cabimento e a admissibilidade do recurso a lei vigente à época da prolação da decisão da qual se pretende recorrer; 2) rege o procedimento do recurso a lei vigente à época da efetiva interposição do recurso (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 228).

Isso porque o art. 14 do NCPC dispõe que: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

No caso, a sentença foi proferida em 29/4/2017 (f. 15-v.), ou seja, depois da entrada em vigor do CPC/2015, de modo que as suas disposições serão observadas, respeitando-se os atos processuais já praticados.

Feitas essas observações, passa-se ao exame do recurso.

Preliminar de não conhecimento.

Inadequação recursal.

Como cediço, na vigência do antigo CPC, a decisão que julgava o incidente de impugnação ao valor da causa desafiava o recurso de agravo de instrumento, uma vez que não colocava “termo ao processo, mas tão somente a um incidente processual” (STJ-Quinta Turma - REsp 463228/RS).

Nesse sentido, o ensinamento do doutrinador Theotonio Negrão, ao comentar o art. 261 do CPC/73, *in verbis*:

O incidente de impugnação ao valor da causa não suspende o curso da ação principal e deve ser julgado antecedentemente. Caso ocorra omissão na decisão e só depois da sentença de mérito seja descoberto o incidente, cabe o seu julgamento (RSTJ 140/206). É agravável a decisão que fixa o valor da causa, constituindo erro grosseiro a interposição de apelação (ASTJ- 2ª T. REsp 130.070-SP).

A jurisprudência do STJ era pacífica:

Processual civil. Administrativo. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Fundamentos suficientes a embasar a decisão. Impugnação ao valor da causa. Recurso cabível. Agravo de instrumento. Princípio

da fungibilidade recursal. Inaplicabilidade. Erro grosseiro. Recurso especial conhecido e improvido. - [...] 2. A decisão que resolve a impugnação ao valor da causa não põe termo ao processo, mas tão somente a um incidente processual. Dessarte, o recurso contra ela cabível é o agravo de instrumento, e não a apelação. 3. Recurso especial conhecido e improvido (STJ - Quinta Turma - REsp 463228/RS, Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. em: 5/9/2006, p. em DJ de 25/9/2006 p. 298).

Contudo, a partir da entrada em vigor do novo CPC, o incidente de impugnação ao valor da causa deixou de existir, devendo a parte suscitar seu inconformismo em preliminar de contestação, nos termos do que preconiza o art. 337, III, do CPC/2015: “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] III - incorreção do valor da causa; [...]”

Além disso, de acordo com o art. 1.009, § 1º, do citado Código, as “questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

A respeito do tema, Cássio Scarpineella Bueno, em sua obra “Novo CPC Anotado”, ensina que:

Seguindo a diretriz inaugurada pelo anteprojeto, o novo CPC eliminou a ‘impugnação ao valor da causa’, cabendo ao réu arguir o seu inconformismo quanto àquele requisito da petição inicial em preliminar de contestação (art. 337, III). [...] O dispositivo continha, no Projeto da Câmara, uma segunda parte que distinguia o momento em que a decisão do juiz, acerca do valor da causa, era proferida indicando o recurso cabível: se o pronunciamento do juiz estivesse contido na sentença, como capítulo dela, o caso seria de apelação; se proferido antes da sentença, a hipótese seria de agravo de instrumento. Na última etapa do processo legislativo, o texto foi suprimido, o que significa dizer que a decisão relativa ao valor da causa, se proferida antes da sentença não é recorrível imediatamente (ele não consta do rol do art. 1.015). Trata-se, pois, de decisão que deverá ser versada em preliminar de apelo ou em contrarrazões nos moldes do § 1º do art. 1.009. Se a decisão acerca do valor da causa for tomada na própria sentença, a hipótese é de apelação (obra citada, p. 211-212).

Assim, diante da nova legislação, não cabe recurso autônomo da decisão (proferida sob a égide do NCPC) que julga o incidente de impugnação ao valor da causa, devendo o réu, se desejar, manifestar o seu inconformismo em preliminar de eventual apelação interposta na ação principal, no caso, nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais nº 0471.15.010513-1.

Portanto, não há como conhecer do recurso de apelação.

Conclusão.

Com essas considerações, não se conhece do recurso.

Custas recursais, pela parte apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALEXANDRE SANTIAGO e ALBERTO DINIZ JUNIOR.

Súmula - NÃO CONHECERAM DO RECURSO.

• • •

Apelação Cível - Ação de indenização - Prescrição inocorrente - Exame laboratorial - Resultado equivocado - Desídia - Doença grave e transmissão vertical - Responsabilidade civil objetiva do Estado *lato sensu* - Dano moral presente - Arbitramento correto - Juros moratórios e correção monetária - Art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, na redação atual - Aplicabilidade - Recurso parcialmente provido

- A prescrição contra a Fazenda Pública é regulada pelo prazo especial de cinco anos, o que afasta a trienal prevista no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002.

- A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva e baseia-se no risco administrativo.

- Cumpre ao Estado *lato sensu* provar a ocorrência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima para afastar a sua responsabilidade pela reparação do dano.

- Inexistindo prova de qualquer uma das excludentes, deve o Estado reparar o dano moral causado em razão de exame com resultado equivocado de HIV e transmissão do vírus.

- Fixado o valor da indenização em *quantum* compatível com as circunstâncias de fato, deve a condenação ser confirmada.

- A correção monetária e os juros de mora devem ser calculados na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009.

- Apelação cível conhecida e parcialmente provida para alterar a forma de cálculo dos juros de mora e da correção monetária.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.16.012987-1/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Município de Uberlândia - Apelados: Diane Fernandes dos Santos e outro, M.F.O.S. representado p/ mãe D.F.S. - Litisconsorte: M.G.A.G. - Relator: DES. CAETANO LEVI LOPES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento à apelação.

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2017. - *Caetano Levi Lopes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CAETANO LEVI LOPES - Conheço da apelação porque presentes os requisitos de admissibilidade.

As apeladas aforaram esta ação de indenização por danos morais contra o recorrente e a litisconsorte. A primeira recorrida informou que, em meados de 2011, grávida de sua filha, segunda apelada, realizou seu

acompanhamento pré-natal junto à Unidade de Atendimento Integrado - UAI - bairro Martins. Acrescentou ter realizado exames para detecção do vírus HIV, e o primeiro teste constou resultado negativo. Afirmou que mais dois exames foram realizados em contraprova e atestaram a contaminação pelo referido vírus. Asseverou que o apelante e a litisconsorte omitiram o resultado dos derradeiros exames e arquivaram os laudos. Narrou que a omissão impediu o tratamento adequado e contaminou a segunda apelante. As apeladas entendem que o fato gerou severo abalo psicológico. Pleitearam a indenização pelo dano moral sofrido. A litisconsorte e o recorrente invocaram a prescrição e negaram a prática de conduta antijurídica. Pela r. sentença de f. 180/182, prolatada em audiência, foi pronunciada a prescrição em relação à litisconsorte e acolhida em parte a pretensão inicial.

Cumprir verificar se está consumada a prescrição, se existe dano moral a ser indenizado, se o valor respectivo está correto e se os juros de mora e correção monetária foram corretamente arbitrados.

Passo ao exame da prova.

As apeladas trouxeram, com a petição inicial, os documentos de f. 42/84. Destaco as cópias dos três exames para detecção do vírus HIV às f. 45/48 e a cópia do ofício da Secretaria Municipal de Saúde informando ter conhecimento do fato ocorrido (f. 77).

Houve produção de prova oral.

A testemunha B.C.M.L.A., no depoimento de f. 183, informou que a primeira apelada não obteve acesso aos exames de HIV realizados. Afirmou que os mencionados exames ficaram arquivados na UAI - Martins. Narrou que a gestante que recebe a medicação correta reduz em 90% a chance de contaminação do feto.

A testemunha M.A.M., no depoimento de f. 184, informou que os exames de HIV não são entregues diretamente aos pacientes. Entende que os exames da primeira recorrida ficaram arquivados no setor de Assistência Social do recorrente.

A testemunha M.G.A.G., no depoimento de f. 185, afirmou que, se a primeira apelada obtivesse acesso aos exames de HIV, poderia iniciar um tratamento do vírus e evitar a contaminação vertical. Estes os fatos.

No que respeita ao direito e em relação ao primeiro tema, o recorrente, insistiu na tese da prescrição trienal.

O instituto da prescrição é típico do direito privado, mas tem caráter de interesse público, conforme ensina Antônio Luiz da Câmara Leal, em *Da prescrição e da decadência*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 33:

Do fundamento jurídico da prescrição, por nós esclarecido, facilmente se deduz o caráter público do preceito legal que a instituiu.

[...] Embora a utilidade pública e privada sejam correlatas e coexistam em todas as normas de direito, para distinguir as de direito público das de direito privado, cumpre atender, como ensina Porchat, ao interesse que predomina, se o público, se o privado.

Ora, na prescrição, dando-se o sacrifício do interesse individual do titular do direito pelo interesse público da harmonia social, que exige a estabilidade do direito tornado incerto, é evidente que sua instituição obedeceu, direta e principalmente, à utilidade pública e que a norma que a instituiu é de ordem pública.

Assim, ao ser adotado pelo direito público, o Código Civil tem natureza supletiva para as omissões. Neste sentido, eis a lição Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 696:

Prescrição é a perda da ação pelo transcurso do prazo para seu ajuizamento ou pelo abandono da causa durante o processo (...). A prescrição das ações a favor ou contra a Fazenda Pública rege-se pelos princípios do Código Civil, salvo as peculiaridades estabelecidas em leis especiais.

A Fazenda Pública goza de prazo especial, previsto no Decreto nº 20.910, de 1932, e que é de cinco anos.

Ora, pelo princípio da especialidade, a existência de prazo especial afasta o prazo comum, previsto no § 3º, V, do art. 206 do Código Civil de 2002. E, aforada a ação dentro do quinquênio legal, não há falar em prescrição do direito de reclamar a pretensa indenização. Logo, neste ponto, a irrisignação desafia rejeição.

Quanto ao segundo tema, o Brasil adotou a teoria subjetiva da responsabilidade civil, como regra, em que a vítima deve provar a existência de uma conduta antijurídica do agente (*eventus damni*), uma lesão efetiva (dano) e a relação de causa e efeito entre uma e outra (nexo causal).

Em caráter excepcional, como no caso das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos, foi adotada a teoria objetiva ou do risco (art. 37, § 6º, da Constituição da República). Assim, para esta teoria, basta ao lesado demonstrar o nexo causal entre o fato lesivo e o dano, conforme esclarece Alexandre de Moraes, em *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 899:

Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Caio Mário da Silva Pereira, na obra *Responsabilidade civil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, após lição sobre a evolução do instituto, esclarece na p. 269:

A doutrina objetiva, ao invés de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante dos elementos tradicionais (culpa, dano, vínculo de causalidade entre uma e outro) assenta na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso. Sem cogitar da imputabilidade ou investigar a antijuridicidade do fato danoso, o que importa para assegurar o ressarcimento é a verificação se ocorreu o evento e se dele emanou o prejuízo. Em tal ocorrendo, o autor do fato causador do dano é o responsável.

Enfim, a teoria objetiva ou do risco exige, tão-somente, que a vítima prove a ocorrência de uma conduta antijurídica por parte do agente e o dano causado. Cumpre a este convencer o julgador acerca da existência de causa legal de exclusão da ilicitude ou de culpa da vítima, concorrente ou exclusiva, para eliminar ou atenuar a responsabilidade pela reparação civil.

O apelante deixou de comprovar a existência de fatores que excluiriam a sua responsabilidade.

Observe que a pretensão indenizatória decorre, exclusivamente, do arquivamento dos resultados de exames laboratoriais que constataram, durante a gravidez da primeira recorrida, que ela era portadora do vírus HIV. E a desídia em informar a paciente acerca da sua condição de saúde restou comprovada nas provas documentais e depoimentos das testemunhas.

A conduta antijurídica do recorrente está patenteada exatamente pela ausência de cuidado ou na sua negligência em não informar à primeira apelada quanto a sua contaminação pelo vírus HIV, para que ela pudesse iniciar o tratamento adequado, a fim de evitar a contaminação vertical da segunda apelada.

Portanto, é patente que as recorridas sofreram severos abalos psicológicos e sofrerão diversos constrangimentos, preocupações e sofrimentos durante a vida.

Ora, por óbvio, houve evidente dano moral às apeladas, logo, é inquestionável a existência de responsabilidade do recorrente pela lesão causada. Outra vez, o inconformismo desafia rejeição.

Quanto ao terceiro tema, a questão relativa ao valor da reparação pelo dano moral é difícil e tormentosa. Há duas correntes: uma, entendendo que a indenização é sancionatória; outra compensatória. Qualquer corrente que se adote, a reparação pelo dano moral já representa importante conquista da humanidade na atual fase histórica. Assim afirma Clayton Reis em *Avaliação do dano moral*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 129:

A adoção da compensação dos danos extrapatrimoniais, ou ainda, o estabelecimento do valor exato do *pretium doloris*, tão relegada pelos tribunais do passado, constitui uma conquista da civilização - todos os bens patrimoniais, em especial os imateriais, devem ser objeto de avaliação para efeito de ressarcimento. Mesmo porque, se a civilização contemporânea repugna a ideia de sanção de natureza eminentemente pessoal, no caso de ofensa aos direitos de natureza civil, é porque a substituiu pelo patrimônio do ofensor que haverá de ressarcir os prejuízos causados a terceiro.

Por outro lado, os extintos Tribunais de Alçada brasileiros estabeleceram critérios para quantificar a dor moral, no IX ENTA - Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada, adotando a seguinte conclusão:

III - Dano moral.

[...]

3) Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendo-se ao nexo de causalidade inscrito no art. 1.060 do Código Civil, levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

A referência é ao Código Civil de 1916, mas, neste aspecto, não houve alteração substancial.

Assim, sopesados os critérios sugeridos e levando-se em conta o dissabor padecido pelas apeladas, o *quantum debeat* arbitrado, R\$80.000,00, para a primeira recorrida e R\$160.000,00 para segunda, está correto. Outra vez, a irresignação desafia rejeição.

Quanto ao quarto tema, a sentença determinou que a correção monetária fosse calculada pelo IPCA-E e os juros moratórios arbitrados em 0,5% ao mês desde a citação. O apelante pretende seja aplicado o disposto no art. 1º-F da Lei 9.494, de 1997, na sua redação atual.

O egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Reclamações nº 16.940 - SP, 17.286 - DF, 17.674 - DF, dentre outras, determinou que até o julgamento final e modulação dos efeitos das decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.425-DF e 4.357-DF, a aplicação da sistemática anterior à declaração de inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional nº 62, de 2009. No caso da Reclamação nº 16.940 - SP determinou expressamente:

Decisão:

1. Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos do Processo 053.09.014771-8, em razão de suposto desrespeito à medida cautelar deferida nos autos das ADIs 4.357/DF e 4.425/DF (Rel. p/acórdão Min. Luiz Fux). Alega o requerente, em síntese, que: (a) o acórdão reclamado, em observância ao decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RESP 1.205.946 (sistemática de recursos repetitivos), no sentido da declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do disposto no art. 5º da Lei 11.960/09, conforme decidido pelo STF no julgamento da ADI 4.357 e ADI 4.425), entendeu ser aplicável, ao caso, “o índice da poupança (TR) para os juros de mora e o IPCA para correção monetária” (p. 2 da petição inicial eletrônica); e (b) ao assim decidir, teria desobedecido a medida cautelar deferida nos autos das ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, no sentido da manutenção da sistemática anterior de pagamentos dos precatórios, até que o STF se pronuncie conclusivamente acerca dos efeitos das decisões de mérito proferidas nos autos das ADIs. A medida liminar foi deferida (*DJ* de 10/12/2013). A autoridade reclamada prestou informações. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se no sentido da procedência da reclamação.

2. O cabimento da reclamação, instituto jurídico de natureza constitucional, deve ser aferido nos estritos limites das normas de regência, que só a concebem para preservação da competência do Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, CF/88), bem como contra atos que contrariem ou indevidamente apliquem súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, CF/88). Com efeito, não obstante a declaração de inconstitucionalidade das expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza”, contidas no § 12 do art. 100 da CF/88, bem como a declaração de inconstitucionalidade, em parte, por arrastamento do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), o Relator para acórdão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, Min. Luiz Fux, atendendo a petição apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se noticiava “a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/3/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”, em 11/4/2013, deferiu medida cautelar, determinando: *ad cautelam*, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/3/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro”. Essa medida cautelar, deferida pelo relator, foi ratificada pelo Plenário da Corte na sessão de julgamento de 24/10/2013, a significar que, enquanto não revogada, continua em vigor o sistema de pagamentos de precatórios “na forma como vinham sendo realizados”, não tendo eficácia, por enquanto, as decisões de mérito tomadas pelo STF Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425. Sobre a questão, o Procurador-Geral da República pronunciou-se no seguinte sentido: “A aplicação de sistemática diversa da prevista no artigo expungido, antes da pacificação do entendimento do Pretório Excelso quanto à eficácia do pronunciamento nas ADIs, conduz ao risco de decisões contraditórias nos diversos Tribunais, em afronta à isonomia, cujo respeito é condição inerente ao bom Direito. Nesse sentido, deve-se entender o pronunciamento do Ministro Luiz Fux como direcionado a todas as Cortes do país, inclusive ao Superior Tribunal de Justiça, e abrangendo também situações como a presente, na qual se define índice de correção dissonante da legislação ainda vigente, mesmo quando o precatório ainda não tenha sido constituído. Essa preocupação, que respaldou o pronunciamento acautelador do Ministro Luiz Fux, tem norteado diversos Ministros do Pretório Excelso no deferimento de liminares em situações análogas a essa. Confirma-se com as decisões monocrática proferidas nas Reclamações

16705, 16977, 17287, 17486 17626, 17651 e 17772. Parece razoável, portanto, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica, que continue a ser observada a redação vigente antes do julgamento das ações diretas até que a Suprema Corte defina como será a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ressaltando-se a importância de que o Supremo Tribunal Federal aprecie a questão o mais rapidamente possível”. Conclui-se, assim, que, ao aplicar índice de correção monetária nos termos do entendimento fixado no julgamento de mérito das ADIs 4.357 e 4.425, sem, contudo, considerar a suspensão da eficácia desses julgados, o acórdão reclamado descumpriu a medida cautelar. 3. Diante do exposto, julgo procedente a reclamação. Publique-se. Intime-se. Brasília, 23 de junho de 2014 (Ac. na Rcl. 16.940-SP, Relator Ministro Teori Zavascki, j. em 23.6.2014, *DJe* de 1º.7.2014).

Logo, a correção monetária e os juros de mora devem ser calculados na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009. Portanto, neste aspecto, a sentença merece pequeno reparo.

Com estes fundamentos, dou parcial provimento à apelação, reformo em parte a sentença e determino que a correção monetária e os juros de mora sejam calculados na forma exposta.

Em razão da sucumbência recursal, condeno o apelante no pagamento de honorários advocatícios, que arbitro em R\$250,00, nos termos do art. 85, do CPC de 2015.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível - Ação de alienação judicial para extinção de condomínio - Preliminar de nulidade por vício de julgamento *citra petita* - Rejeição - Imóvel residencial *pro indiviso* - Impossibilidade de divisão cômoda do bem - Comprovação - Procedência do pedido inicial

- Tendo o MM. Juiz *a quo* enfrentado todos os pontos trazidos à sua análise, inclusive no tocante ao percentual a que cada condômino faz jus na partilha de bem *pro indiviso*, não há que se falar em nulidade por vício de julgamento *citra petita*.

- Nos termos do art. 1.322 do Código Civil c/c art. 1.117 do CPC/73, é direito potestativo do condômino prover a extinção do condomínio mediante alienação judicial, desde que o bem comum seja indivisível ou que, sendo divisível, não seja possível sua divisão cômoda.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0525.13.013035-0/002 - Comarca de Pouso Alegre - Apelantes: Francisco José Lacerda, Regina Maura Lacerda de Moraes e outro, João Batista Lacerda - Apelada: Vera Lúcia Lacerda - Relator: DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR DE NULIDADE POR VÍCIO DE JULGAMENTO *CITRA PETITA* E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2017. - *Sérgio André da Fonseca Xavier* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de recurso de apelação interposto por Regina Maura Lacerda de Moraes e outros, insurgindo-se contra a r. sentença de f. 331/339, declarada às f. 351/352, que, nos autos da ação de extinção de condomínio c/c alienação judicial de bem comum contra eles ajuizada por Vera Lúcia Lacerda, julgou procedentes os pedidos iniciais para declarar a extinção do condomínio, devendo a autora Vera Lúcia Lacerda, juntamente com os réus Francisco José Lacerda e Regina Maura Lacerda de Moraes, indenizar o corréu João Batista Lacerda em 75% dos valores por ele gastos na acessão erigida de boa-fé nos fundos do terreno, os quais serão apurados em liquidação de sentença. Ficará a cargo de todos os irmãos (autora e réus) o rateio das despesas com água, energia, IPTU e outros retroativos ao óbito da genitora/usufrutuária até a efetiva alienação judicial - desde que o imóvel não tenha sido locado - com correção e juros contados de cada pagamento. Por fim, determinou-se a alienação judicial do bem, a ser promovida após a avaliação da quantia a ser indenizada a João Batista Lacerda, o qual permanecerá residindo no bem até sua efetiva venda e compensação. Houve, ainda, a condenação de João, Francisco e Regina nas custas e honorários de sucumbência, fixados em 10% do valor da causa, dispensada sua exigibilidade em face da assistência judiciária gratuita.

Em suas razões, f. 357/369, os apelantes sustentam que a posse e propriedade do imóvel dos fundos devem permanecer integralmente com João Batista Lacerda, uma vez que construído sobre 25% do bem, afirmando possível o desmembramento e a obtenção de uma nova matrícula, tanto é assim que possui entrada independente.

Caso mantida a sentença, pedem a indenização - por toda a edícula de fundos - em favor de João Batista Lacerda, e que o restante do imóvel seja partilhado em partes iguais entre os outros condôminos.

Requer, ainda, a condenação da apelada a pagar honorários de sucumbência, haja vista sua omissão em informar que a construção dos fundos era propriedade exclusiva do irmão João.

Rememora a existência, no terreno, de duas casas, uma nos fundos do terreno, construída exclusivamente por João Batista Lacerda e com a autorização da mãe, e a outra de frente, que era a casa principal, da finada genitora.

Contrasta a situação de vida da apelada com a dos demais irmãos, ora apelantes, sendo aquela detentora de um bom padrão de vida e que almeja a venda do bem comum apenas para tirar proveito econômico.

Reputam *citra petita* a sentença, haja vista não terem sido apreciadas suas teses defensivas alusivas à restituição integral em favor de João Batista Lacerda dos valores empregados na construção da edícula nos fundos do terreno e, também, quanto à condenação da apelada a custas e honorários da parte dos pedidos que não obteve êxito.

Invoca o princípio da congruência para balizar os pedidos e o respectivo julgamento.

Sob preceitos constitucionais de dignidade da pessoa humana, defende que o imóvel dos fundos fique exclusivamente com João Batista Lacerda, que o construiu sozinho, f. 73/96, e que, ainda por cima, tem que zelar pelo filho portador de neoplasia óssea. Assim, pede seja oficiado o CRI para o desmembramento do referido bem e que apenas o restante seja partilhado entre os demais condôminos.

Por fim, requer, preliminarmente, o acolhimento da preliminar de nulidade por vício de julgamento *citra petita* e, caso se chegue ao mérito, é pela improcedência do pedido ou ao menos que João Batista Lacerda fique com a casa construída em 25% do terreno, devendo ser oficiado o CRI para que proceda ao respectivo desmembramento, sendo o restante do imóvel avaliado, vendido e o valor apurado dividido entre Regina, Francisco e Vera.

Em contrarrazões, f. 374/385, a apelada bate-se pela manutenção da sentença atacada.

É o relatório.

Da preliminar de nulidade por vício de julgamento *citra petita*.

Sobre o princípio da congruência e as nulidades decorrentes da sua inobservância, eis a doutrina de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira:

Toda a atividade cognitiva do juiz tem por escopo acumular fundamento suficiente para que ele possa resolver uma demanda que lhe foi dirigida, seja ela uma demanda principal, incidente ou recursal. Daí se vê que a decisão guarda intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa. Há entre elas um nexo de referibilidade, no sentido de que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos. É por isso que já se disse que a petição inicial é um projeto da sentença que se pretende obter (*Curso de direito processual civil*. 5. ed. Editora Podivm, v. 2, p. 312).

Prosseguem:

A regra da congruência é, também, uma consequência da garantia do contraditório; a parte tem o direito de manifestar-se sobre tudo o que possa interferir no conteúdo da decisão; assim, o magistrado deve ater-se ao que foi demandado exatamente porque, em relação a isso, as partes puderam manifestar-se.

[...]

O julgamento *ultra petita* ofende os princípios do contraditório e do devido processo legal, haja vista que leva em conta fatos ou pedidos não discutidos no processo, ou ainda porque estende seus efeitos a sujeito que não pôde participar em contraditório da causa. O julgamento *citra petita* viola o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, quando se revela pela ausência de manifestação sobre o pedido ou pela ausência de deliberação quanto a determinado sujeito da relação processual, e ofende o princípio do contraditório, sob sua perspectiva substancial, nos casos em que o magistrado deixa de analisar fundamento relevante invocado pela parte. Já a decisão *extra petita* fere todos esses princípios, tendo em vista que consubstancia hipótese em que, conforme se verá a diante, o magistrado deixa de analisar algo que deveria ser apreciado e examina outra coisa no lugar (op. cit. p. 311-312).

Ao julgar procedentes os pedidos e balizar o que deve ser indenizado a João Batista Lacerda pela edícula por ele erigida nos fundos do terreno (75% do seu valor), por óbvio o MM. Juiz *a quo* enfrentou todos os pontos trazidos à sua análise, denegando-lhe a indenização integral. De igual maneira, o MM. Juiz bem definiu as custas e os honorários advocatícios de sucumbência, não havendo qualquer omissão nesse ponto.

Diante do exposto, sem mais delongas, rejeito a preliminar de nulidade por vício de julgamento *citra petita*.

Do mérito.

Ora, de início, importante rememorar que os apelantes são detentores de fração ideal do terreno, em regime *pro indiviso*, f. 67. Sendo assim, cada qual não possui sua cota parte individualizada, o que, *prima facie*, impede o pretenso desmembramento.

Ao tratar do condomínio voluntário, mais especificamente dos direitos dos condôminos, prevê o Código Civil de 2002:

Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Parágrafo único. Se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, realizar-se-á licitação entre estranhos e, antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lance, proceder-se-á à licitação entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lance, preferindo, em condições iguais, o condômino ao estranho.

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 1973, vigente ao tempo do ajuizamento da presente demanda, assim dispunha acerca das alienações judiciais:

Art. 1.117. Também serão alienados em leilão, procedendo-se como nos artigos antecedentes:

I - o imóvel que, na partilha, não couber no quinhão de um só herdeiro ou não admitir divisão cômoda, salvo se adjudicando a um ou mais herdeiros acordes;

II - a coisa comum indivisível ou que, pela divisão, se tornar imprópria ao seu destino, verificada previamente a existência de desacordo quanto à adjudicação a um dos condôminos;

III - os bens móveis e imóveis de órfãos nos casos em que a lei o permite e mediante autorização do juiz.

Interpretando-se tais dispositivos em conjunto, extrai-se ser direito potestativo do condômino prover a extinção do condomínio mediante alienação judicial, desde que o bem comum seja indivisível ou que, sendo divisível, não seja possível sua divisão cômoda.

Por meio da petição inicial, a apelada menciona a impossibilidade de desmembramento do imóvel “em razão da sua metragem” e que não possui interesse em perpetuar o condomínio.

Sendo assim, seria ônus dos apelantes demonstrarem a viabilidade e comodidade de tal desmembramento, e também que a cota do terreno por ele ocupada equivaleria aos 25% a que faz jus, o que é refutado expressamente pela parte *ex adversa*. De tais ônus os apelantes não se desincumbiram.

Por óbvio, o próprio registro do bem - *pro indiviso* - já constitui prova suficiente da impossibilidade de divisão cômoda do bem, cabendo acrescentar que as fotografias de f. 69/72 revelam um imóvel simples e de pequeno porte, o qual, *ictu oculi*, não poderia ser dividido em 4 unidades independentes e autônomas.

Logo, no ônus que lhe competia, art. 373, II, do CPC/15, os apelantes não lograram demonstrar os fatos desconstitutivos do direito autoral.

Diante disso, não restam dúvidas quanto à viabilidade da presente demanda, devendo ser mantida inalterada a sentença que julgou procedente o pedido inicial.

No mesmo sentido já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação de extinção de condomínio. Alienação judicial de coisa comum. Bem imóvel. Divisão cômoda. Impossibilidade. Venda. Necessidade. Procedência da demanda. - É possível a extinção do condomínio por vontade de um ou alguns dos condôminos, com a consequente alienação judicial do bem imóvel, quando a coisa for indivisível ou não suportar cômoda divisão, indenizando-se os outros, por força dos artigos 1.322 e seguintes do Código Civil. - Não restando comprovado nos autos a alegação de que a casa de morada edificada no lote de terreno fora construída, exclusivamente, por um dos condôminos, não se justifica o pedido de indenização pelo bem requerida por um dos condôminos (Apelação Cível nº 1.0518.09.170152-5/001, Rel. Des. Luciano Pinto, j. em 9/10/2014, *DJe* de 21/10/2014).

É de se acrescentar que o MM. Juiz *a quo*, sensível à situação do apelante João Batista Lacerda, permitiu-lhe perpetuar a moradia até a venda judicial, garantindo-lhe estar na posse dos recursos a que faz jus, quando tiver que desocupar a casa em comento, preservadas, com isso, a sua dignidade e a do seu filho doente.

Quanto às custas e honorários, foram bem definidas, e não há qualquer alteração a ser feita, senão a aplicação do art. 85, § 11, do CPC/15, sendo mínima a derrota autoral na parte em que condenada a ressarcir, juntamente com dois dos corréus, a acessão erigida de boa-fé pelo irmão João Batista.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade por vício de julgamento *citra petita* e nego provimento ao recurso.

Mantenho as custas processuais como definidas no 1º grau, custas recursais, pelos apelantes e, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 15% do valor da causa, suspensa a exigibilidade em desfavor dos apelantes por litigarem sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VASCONCELOS LINS e MOTA E SILVA.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE NULIDADE POR VÍCIO DE JULGAMENTO *CITRA PETITA* E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível/Reexame necessário - Mandado de segurança - Preliminar - Necessidade de dilação probatória - Inovação recursal - Ausência - Industrialização por encomenda entre matriz e filial - Possibilidade - Estabelecimentos autônomos

- A ausência de requerimento na instância inferior de indeferimento da inicial por necessidade de dilação probatória não pode ser considerada inovação recursal, pois se trata de condição de procedibilidade que pode ser aguida de ofício pelo Juiz e a qualquer tempo.
- Há suspensão de incidência do ICMS na industrialização por encomenda, ou seja, quando um estabelecimento (encomendante) encaminha insumos para industrialização a outro estabelecimento (industrializador), que realiza a industrialização nos termos fixados pelo estabelecimento encomendante.
- À luz do princípio da autonomia dos estabelecimentos e da legislação estadual, a matriz e a filial, em que pese possuírem a mesma titularidade, constituem estabelecimentos autônomos que podem, sim, realizar negócios jurídicos entre si, inclusive industrialização por encomenda.
- O c. STF já manifestou que não incide ICMS com a mera saída física de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular, mesmo que ocorra a sua transformação.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0699.14.013216-7/001 - Comarca de Ubá - Remetente: Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Ubá - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Comércio, Indústria e Transportes Lopas S/A - Autoridade coatora: Delegada Fiscal da Receita Estadual de Minas Gerais - Relatora: DES.^a ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO E MANTER A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Ângela de Lourdes Rodrigues* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES - Trata-se de reexame necessário e recurso voluntário interposto pelo Estado de Minas Gerais contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Ubá às f. 231/232 dos autos do mandado de segurança impetrado por Comércio, Indústria e Transporte Lopas S/A, na qual foi concedida a segurança, confirmando a liminar de f. 147/148 e determinando que a autoridade coatora suspenda a cobrança de ICMS relativo à circulação física de mercadoria entre a matriz e a filial da impetrante no município de Rodeiro.

Irresignado, o Estado de Minas Gerais, nas razões recursais de f. 238/247, alega a aplicação equivocada da Súmula 166 do STJ, uma vez que o presente caso configura remessa de bens para industrialização realizada entre matriz e filial do apelado.

Afirma que o presente caso não trata de simples deslocamento de mercadoria, razão pela qual inaplicável a Súmula 166 do STJ e ilegal a saída de mercadoria com suspensão de ICMS.

Sustenta a necessidade de realização de prova técnica no curso de um processo judicial de natureza ordinária no intuito de verificar se o contribuinte teria ou não utilizado adequadamente a regra da suspensão do ICMS.

Aduz que o feito deve ser extinto sem julgamento do mérito, diante da necessidade de dilação probatória.

No mérito, salienta que a discussão do feito ocorre diante da falta de destaque e recolhimento de ICMS incidente sobre a transferência de mercadorias para estabelecimento filial, ao abrigo indevido da suspensão do imposto prevista no item 1 do anexo III do RICMS/02, ocorridos no período de 1º/11/2011 a 31/8/2014.

Registra que o item 1 do Anexo III do RICMS/02 trata de suspensão do pagamento do ICMS no caso de saída de mercadoria ou bem, destinados a conserto, reparo ou industrialização, e que esse tipo de operação tem como fulcro a transferência da mercadoria entre o encomendante da industrialização e o encomendado, desde que tenham titularidades distintas.

Argui que, para a caracterização da operação de remessa para industrialização por encomenda, para a qual há previsão legal de suspensão do pagamento do ICMS, deve haver, como elemento essencial, a presença de terceiro, com titularidade distinta.

Pontua que não assiste razão à parte apelada quanto à alegação de inexistência de fato gerador do imposto, pois irrelevante, para efeito de tributação do ICMS, a natureza jurídica da operação de que resulte a saída de mercadoria.

Requer, preliminarmente, seja reformada a sentença para extinguir o feito sem resolução do mérito, ante a evidente necessidade de dilação probatória para a solução da lide, e, se ultrapassada a questão, requer, no mérito, seja denegada a segurança.

Intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões às f. 255/261, afirmando, inicialmente, inovação recursal e alegando preclusão quanto aos documentos juntados às f. 249/252.

No mérito, aduz que restou demonstrada a remessa para industrialização de mercadoria da matriz para a filial e o retorno de industrialização da filial para matriz, comprovando assim a inexistência de troca de titularidade da mercadoria.

Alega que a mera transferência de mercadoria da matriz para a filial e vice-versa, tratando-se da mesma pessoa jurídica, apenas com sedes diferentes, não autoriza a cobrança do imposto, por não evidenciar nenhuma operação mercantil, por não transferir a titularidade das mercadorias.

Requer, ao final, não seja conhecido o recurso de apelação interposto diante da inovação recursal apresentada e, se superada, seja, no mérito, negado provimento ao recurso. Pleiteia, ainda, o desentranhamento dos documentos de f. 249/252 diante da preclusão existente.

Remetidos os autos à PGJ, a Procuradora de Justiça opinou pela manutenção da sentença.

É o sucinto relatório.

Inicialmente, cumpre pontuar que o presente recurso será apreciado à luz do Código de Processo Civil de 2015, vigente ao tempo em que publicada a decisão recorrida, em obediência ao que restou definido por este Tribunal, nos termos do enunciado 54: “Enunciado 54 - (art. 1.046) A legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial, assim considerada sua publicação em cartório, secretaria ou inserção nos autos eletrônicos”.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária e do recurso interposto.

Da preliminar de inovação recursal arguida em contrarrazões.

A parte apelada alega, em contrarrazões, preliminar de inovação recursal quanto à alegada necessidade de dilação probatória.

Dispõe o art. 1.013, *caput*, do NCPC, na mesma linha do art. 515 do antigo CPC, que a apelação devolverá ao Tribunal a análise apenas das matérias debatidas no Juízo Primevo: “Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

No presente caso, em que pese o Estado não ter manifestado anteriormente pelo indeferimento da inicial diante da necessidade de dilação probatória, não é possível reconhecer a existência de inovação recursal, uma vez que a questão trata de condição de procedibilidade do mandado de segurança que pode ser arguida de ofício pelo Juiz.

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

Dessa feita, rejeito a preliminar arguida em contrarrazões.

Do pedido de desentranhamento de documentos.

A parte apelada, em contrarrazões, requer o desentranhamento dos documentos apresentados juntamente com o recurso de apelação, pois precluso o momento de sua juntada.

É inquestionável que há no ordenamento jurídico três modalidades de preclusão, quais sejam: temporal, lógica e consumativa. A primeira ocorre quando transcorre o prazo para a prática de determinado ato processual; a preclusão lógica trata de incompatibilidade entre atos praticados pela parte; e a última, a consumativa, consiste nos atos praticados no passado e que não podem ser realizados novamente.

O art. 434 do NCPC dispõe que: “Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações”.

Ademais, o art. 435 do NCPC prevê que “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”.

De tal modo, segundo a regra processual, a parte apelante deveria ter apresentado, juntamente com a inicial, todos os documentos pertinentes à lide, podendo trazer nova documentação apenas em casos excepcionais, conforme previsto no art. 435 do NCPC.

Dessa feita, verifica-se, *in casu*, a preclusão consumativa do direito ao ato processual de juntada de documentos, não cabendo falar em apreciação daqueles apresentados às f. 249/252.

Do reexame necessário.

Da preliminar de ausência de direito líquido e certo.

Salienta-se que, nas informações prestadas às f. 97/101, a autoridade coatora requereu a extinção do presente mandado de segurança sem resolução do mérito, por ausência de direito líquido e certo e ilegalidade ou abuso de poder.

Entretanto, considerando que a matéria trata de mérito, deixo para analisá-la juntamente com ele.

Do mérito.

Considerando a abrangência do recurso voluntário e a inexistência de outras questões a serem analisadas em razão da remessa necessária, ressalta-se que o julgamento do mérito será realizado conjuntamente.

Cumprе ressaltar, inicialmente, que o mandado de segurança é o meio constitucional hábil a proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão em virtude de ato ilegal ou com abuso de poder de autoridade, exigindo-se da parte impetrante prova pré-constituída do alegado direito líquido e certo, independentemente de dilação probatória.

No tocante ao direito líquido e certo, vale destacar os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles:

[...] quando a lei alude a direito líquido e certo está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido e certo para fins de segurança (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 13).

Por sua vez, o ato ilegal ou com abuso de poder é aquele praticado por autoridade, e que afronta diretamente a Constituição Federal ou os atos normativos primários. A lição do doutrinador continua nos seguintes termos:

O objeto do mandado de segurança será sempre a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo de direito individual ou coletivo, líquido e certo, do impetrante [...] (*Mandado de Segurança*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 32).

Verifica-se, portanto, que se faz necessário o preenchimento simultâneo desses dois requisitos, quais sejam a existência de direito líquido e certo e a configuração de ato maculado por ilegalidade ou abuso de poder, sob pena de, na falta deles, ser indeferida a inicial do *mandamus*, nos termos do art. 10º, Lei nº 12.016/2009: “Art. 10. A inicial será desde logo indeferida, por decisão motivada, quando não for o caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos legais, ou quando decorrido o prazo legal para a impetração”.

Feitas essas considerações ressalta-se que, *in casu*, o impetrante, ora apelado, afirma, na inicial, que a autoridade coatora iniciou ação fiscal nos seus estabelecimentos no intuito de verificar a regularidade da remessa de mercadorias de matriz para filial para fins de industrialização. Salienta que o presente mandado de segurança tem como objetivo coibir o ato ilegal praticado, assegurando o seu suposto direito líquido e

certo sobre a impossibilidade de a autoridade coatora exigir ICMS sobre as transferências de mercadorias entre matriz e filial durante o processo produtivo.

Primeiramente, quanto à alegada necessidade de dilação probatória, ressalta-se que não assiste razão à parte apelante, uma vez que, analisando o auto de infração juntado às f. 112/114, em especial o relatório elaborado (f. 112) e a base legal indicada (f. 113), constata-se que a autuação realizada se deu em virtude do entendimento de que o impetrante não poderia ter deixado de recolher o ICMS ao abrigo da suspensão do imposto prevista no item I do Anexo III do RICMS/02.

Não é possível vislumbrar, pelos documentos juntados pela própria autoridade coatora às f. 102/144, qualquer questionamento quanto à ausência de preenchimento das regras constantes do RICMS para reconhecimento do benefício da suspensão do ICMS.

Analisando detidamente os documentos constantes do mandado de segurança, percebe-se que a discussão referente ao lançamento realizado pelo Estado trata da impossibilidade de haver encomenda de uma industrialização entre estabelecimentos da mesma titularidade, bem como da inaplicabilidade da Súmula 166 do STJ ao presente caso.

Dessa feita, cabe reconhecer a desnecessidade de dilação probatória por entender que, nos limites da autuação fiscal, a controvérsia instaurada configura apenas questão de direito.

No tocante à existência ou não do direito líquido e certo alegado, dispõe o art. 2º, I, da Lei nº 87/96 que o ICMS incidirá sobre as “operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos similares”.

Entretanto, o art. 19, I, do RICMS/2002 prevê a suspensão de incidência do ICMS nas hipóteses previstas no Anexo III.

Art. 19. A incidência do imposto fica suspensa nas hipóteses:

I - previstas no Anexo III;

[...]

O item I do Anexo III dispõe que:

Anexo III

Da suspensão

(a que se refere o art. 19 deste Regulamento)

Item 1: Saída de mercadoria ou bem, destinados a conserto, reparo ou industrialização, total ou parcial, ressalvadas as operações, para fora do Estado, de remessa ou retorno de sucata e de produto primário de origem animal, vegetal ou mineral, casos em que a suspensão da incidência do imposto fica condicionada aos termos fixados em protocolo celebrado entre este Estado e outra unidade da Federação, observado o disposto nas notas 2 a 4, ao final deste Anexo.

Verifica-se que, nos termos dos dispositivos acima, há suspensão de incidência do ICMS na industrialização por encomenda, que ocorre quando um estabelecimento (encomendante) encaminha insumos para industrialização a outro estabelecimento (industrializador), que realiza a industrialização nos termos fixados pelo estabelecimento encomendante.

Portanto, para a ocorrência da industrialização por encomenda, é necessária a existência de dois estabelecimentos diversos e autônomos.

A Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), que 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, estabelece no art. 11, § 3º, que “estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias”.

Ademais, o inciso II do referido diploma legal destaca que “é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular”.

No mesmo sentido, o art. 23 e seguintes da Lei Estadual nº 6.763/75 prevê que:

Art. 23. Para os efeitos da legislação do imposto, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades, em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, ainda que o local pertença a terceiros.

Parágrafo único - Na impossibilidade de determinação do estabelecimento, considera-se como tal o local em que tenha sido efetuada a operação ou encontrada a mercadoria, ou o local onde tenha sido prestado o serviço ou constatada a sua prestação.

Art. 24. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, gerador, inclusive de energia, industrial, comercial e importador ou prestador de serviços de transporte e de comunicação do mesmo contribuinte.

§ 1º Equipara-se ainda, a estabelecimento autônomo:

- (a) o estabelecimento permanente ou temporário do contribuinte;
- (b) o veículo utilizado pelo contribuinte no comércio ambulante ou na captura de pescado;
- (c) a área mineira de imóvel rural que se estenda a outro Estado;
- (d) cada um dos estabelecimentos do mesmo titular.

§ 2º Todos os estabelecimentos do mesmo titular serão considerados em conjunto, para efeito de responder por débito do imposto, acréscimos de qualquer natureza e multas.

Ressalta-se que a autonomia dos estabelecimentos, matriz e filial, foi reconhecida, recentemente, por essa 8ª Câmara Cível:

Apelação cível. Mandado de segurança. ICMS. Fato gerador. Deslocamento de mercadorias da matriz (fabricante) para a filial (distribuidor) do mesmo contribuinte. Ausência de transferência de titularidade do bem. Necessidade de ato mercantil. Base de cálculo do imposto. Estabelecimentos. Fabricante e distribuidor. Equiparação. Impossibilidade. Autonomia de ambos. Utilização da base de cálculo de fabricante. Incorreção. Multas. Revalidação e isolada. Cabimento. Natureza confiscatória. Verificação parcial. Recurso provido em parte. 1- O ICMS tem como hipótese de incidência atos ou negócios jurídicos que implicam a transferência de titularidade de uma pessoa para outra de um bem com conteúdo econômico sujeito à mercancia, considerando-se ocorrido o fato gerador no momento em

que esta mercadoria sai do estabelecimento do contribuinte. 2 - Na linha da jurisprudência pacífica do STF e do STJ, não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. 3 - O fato gerador do ICMS se efetivou quando houve a transferência de titularidade das mercadorias do estabelecimento filial (distribuidor) para os contribuintes mineiros, por se tratar de verdadeiro ato mercantil, não havendo que se falar na ocorrência do fato gerador quando houve o deslocamento das mercadorias do estabelecimento matriz (fabricante) para o estabelecimento filial (distribuidor), ambos do mesmo contribuinte, diante da aplicação da Súmula nº 166 do STJ.

4 - Apesar da relação matriz (fabricante)/filial (distribuidor), não há como equipar o estabelecimento filial, onde efetivamente ocorreu o fato gerador do ICMS, com o estabelecimento matriz que fabricou as mercadorias, por considerar que os estabelecimentos são autônomos entre si, o que torna incorreta a base de cálculo utilizada para fins de substituição tributária, nos termos do art. 19, inciso I, alínea *b*, número 3, e art. 59, inciso I, ambos da parte 2 do anexo XV do RICMS, por não ser o estabelecimento filial em que ocorreu o fato gerador reconhecido como fabricante. 5 - Dando-se a exigência da multa isolada e da multa de revalidação em conformidade com a legislação tributária, ambas se mostram cabíveis, sendo certo que as referidas penalidades atendem ao caráter pedagógico, destinando a evitar que o contribuinte cometa irregularidades fiscais e deixe de recolher o tributo na forma adequada. 6 - O STF firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. 7 - Recurso de apelação provido parcialmente (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.393107-1/001, Rel.^a Des.^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª Câmara Cível, j. em 24/4/2017, p. em 25/5/2017).

No caso em questão, o Estado, ao realizar o auto de infração, o fez com base no entendimento de que para a caracterização da operação de remessa para industrialização por encomenda, para a qual há a previsão legal de suspensão do pagamento do ICMS, é necessária a presença de terceiro, com titularidade distinta, que atue na condição de contratante da industrialização ao estabelecimento destinatário da mercadoria, o que não existe entre matriz e filial.

Entretanto, ressalta-se que não lhe assiste razão, uma vez que, à luz do princípio da autonomia dos estabelecimentos e da legislação estadual, a matriz e a filial, em que pese possuírem a mesma titularidade, constituem estabelecimentos autônomos que podem, sim, realizar negócios jurídicos entre si, inclusive industrialização por encomenda.

Ademais, salienta-se que, mesmo que fosse acolhida a tese do Estado de impossibilidade de industrialização por encomenda entre estabelecimentos de mesmo titular, não seria possível reconhecer a incidência de ICMS no presente caso.

É cediço que, para a exigência do ICMS, é necessária a presença do caráter negocial, ou seja, a transferência da propriedade e a existência da mercadoria.

Afirma Roque Antônio Carrazza:

A ativação de bem próprio, isto é, a incorporação ao ativo fixo de bem fabricado pelo contribuinte ('autoconsumo'), também não tipifica o fato imponible do ICMS. É que, no caso, não há operação mercantil, pois esta, indiscutivelmente, pressupõe a existência de dois sujeitos de direito: o transmitente e o adquirente (CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 148).

No mesmo sentido já manifestou o c. STJ:

Processual civil. Tributário. ICMS. Fato gerador. Circulação de mercadoria. Transferência da propriedade. Mercancia. Equipamento locado. Troca de peças. Mera manutenção. Não incidência. Sujeito ativo. Local da saída do bem. Emissão da nota fiscal. Precedentes. Omissão inexistente. 1 - A exegese dos julgados proferidos no REsp 1125133/SP e no REsp n. 1131718/SP, ambos de relatoria do Min. Luiz Fux, submetidos ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), convergem para reiterar a jurisprudência desta Corte no sentido de que o fato gerador do ICMS requer a efetiva circulação jurídica da mercadoria, que pressupõe a ocorrência do ato de mercancia, com objetivo de lucro e a transferência da titularidade. 2 - Sopesando tais entendimentos, verifica-se que a mera reposição de peças em bem locado pelo contribuinte não representa circulação jurídica da mercadoria, porquanto não induz à transferência da propriedade ou da posse da coisa. Trata-se apenas de manutenção indispensável do bem, sem a qual o objeto de locação perde sua utilidade, constatando-se, ao fim, que a propriedade permanece incólume pelo locador. Não há, portanto, troca de titularidade a ensejar o fato gerador do ICMS. 3 - “O ICMS deve ser recolhido pela alíquota interna, no Estado onde saiu a mercadoria para o consumidor final, após a sua fatura, ainda que tenha sido negociada a venda em outro local, através da empresa filial” (AgRg no REsp 67025/MG, Rel.^a Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 23/5/2000, *DJ* de 25/9/2000, p. 83). 4 - Outros precedentes: AgRg no REsp 703232/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, j. em 17/11/2009, *DJe* de 25/11/2009; Resp 732991/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 21/9/2006, *DJ* de 5/10/2006, p. 248; AgRg no Ag 482.144/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 25/5/2004, *DJ* de 30/6/2004, p. 301. 5 - Não há violação dos arts. 128 e 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso. Recurso especial do Estado de Minas Gerais improvido. Recurso especial de IBM Brasil Indústria Máquinas e Serviços Ltda. provido (REsp 1364869/MG - Segunda Turma - Min. Humberto Martins - *DJe* de 2/5/2013).

No caso em questão, em que pese existir a mercadoria, não se constataria a transferência da propriedade, ou seja, não há transmissão de titularidade, como reconhecido, inclusive, pelo Estado.

Dessa feita, inexistindo qualquer ato de mercancia, não seria possível falar em incidência de ICMS. Para restar configurada a hipótese de incidência do imposto é necessária a ocorrência de um fato jurídico gerador de riqueza.

Quanto à manifestação de inaplicabilidade da súmula 166 do STJ por inexistência de simples circulação, ressalta-se que, também, não assiste razão ao Estado.

O c. STF já manifestou que não incide ICMS a mera saída física de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular, mesmo que ocorra a sua transformação, como ocorreu no presente caso.

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. ICMS. Transferência de bem entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Agregação de valor à mercadoria ou sua transformação. Ausência de efetiva transferência de titularidade. Inexistência de fato gerador do tributo. Agravo regimental a que se nega provimento. I - A mera saída física do bem para outro estabelecimento do mesmo titular, quando ausente efetiva transferência de sua titularidade, não configura operação de circulação sujeita à incidência do ICMS, ainda que ocorra agregação de valor à mercadoria ou sua transformação. II - Agravo regimental a que se nega provimento (RE 765.486-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, *DJe* de 4/6/2014).

Assim, diante do exposto, nego provimento ao recurso e, no reexame necessário, mantenho a sentença proferida.

Sem condenação de honorários recursais.

Votaram de acordo com o relator os Desembargadores CARLOS ROBERTO DE FARIA e GILSON SOARES LEMES.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINAR DE INOVAÇÃO RECURSAL E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, MANTENDO A SENTENÇA NO REEXAME NECESSÁRIO.

• • •

Apelação cível - Execução fiscal - Cobrança de tributo - Valor supostamente irrisório - Meios alternativos de cobrança - Previsão legal - Juízo de conveniência e oportunidade - Interesse de agir configurado - Recurso provido

- O interesse de agir do exequente decorre do não pagamento de tributos por parte do executado, independentemente do seu valor e da existência de meios alternativos à cobrança judicial.

- Ainda que haja lei autorizando o ente tributante a não propor execução fiscal, o ajuizamento ou não da ação de cobrança e/ou adoção de medida extrajudicial de cobrança do crédito se inserem no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

- É vedado ao Poder Judiciário extinguir, de ofício, ações de execução fiscal com fundamento no pequeno valor do crédito exequendo e na existência de modalidade extrajudicial de cobrança de crédito tributário.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0056.11.017062-0/002 - Comarca de Barbacena - Apelante: Serviço de Água e Saneamento - SAS nova denominação de Dmae - Depto. Mun. de Meio Ambiente, Água, Esgoto e Limpeza Urbana - Apelado: Dirce Marina de Jesus - Relator: DES. EDILSON 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2017. - *Edilson Fernandes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDILSON FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra sentença que, nos autos da execução fiscal ajuizada pelo Serviço de Água e Saneamento - SAS, em face de Dirce Marina de Jesus, julgou extinto o processo sem resolução de mérito, por inexistência de interesse de agir, com base no art. 485, inciso VI, do CPC (f. 45/46).

O apelante sustenta que o Decreto Municipal nº 7.786/2015 estabelece o valor mínimo de R\$570,00 (quinhentos e setenta reais) para propositura das ações de execução fiscal, sendo o valor da causa por ele ajuizada superior a este patamar desde a sua distribuição. Alega que a extinção do processo com base no valor irrisório não representa medida que deva ser tomada de ofício pelo juízo, podendo configurar interferência do Judiciário no Poder Executivo Municipal e violação de princípios constitucionais, como a supremacia do interesse público, da indisponibilidade do crédito tributário e do acesso à Justiça. Ressalta que o valor de 50 ORTN fixado na Lei de Execuções Fiscais serve apenas para direcionar corretamente a interposição de recursos, e não como limite mínimo para ajuizamento de ação. Pugna pelo provimento do recurso (f. 47/49-v.).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Versam os autos sobre execução fiscal na qual se visa solver crédito no valor de R\$925,27 (novecentos e vinte e cinco reais e vinte e sete centavos), apurado à época da propositura da execução (31/8/2011 - f. 02-v.), decorrente do inadimplemento de tarifa de água, esgoto, coleta de lixo e limpeza urbana, no período compreendido entre 2007 e 2011, consoante CDA às f. 03/05.

O MM. Juiz da causa julgou extinto o processo sem exame de mérito por entender faltar interesse de agir ao exequente, em análise do resultado negativo do custo-benefício dessa ação, já que

sabendo-se que o custo operacional da Prefeitura Municipal para cobrar os seus créditos tributários pela via judicial, ou seja, quanto se gasta com pessoal, material, consumo, etc., [...] salta aos olhos o evidente/eminente desinteresse público a configurar, senão, ato de gestão ineficiente e antieconômica, ferindo de morte os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (f. 45-v.).

Segundo regra de direito processual civil, há interesse de agir, quando a parte tem necessidade de ir a juízo para buscar a tutela pretendida, pelo meio adequado, e esse provimento tem o condão de trazer algo de relevo, ou seja, de viabilizar ao autor alguma utilidade do ponto de vista prático.

No caso dos autos, o interesse de agir do exequente decorre do não pagamento de tributos por parte do executado, independentemente de seu valor.

O art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 6.830/80 dispõe que:

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Ademais, os Tribunais Superiores já decidiram ser vedado ao Poder Judiciário extinguir, de ofício, ações de execução fiscal com fundamento no pequeno valor do crédito exequendo, sob pena de violação à garantia de acesso à Justiça, e porque a renúncia de receita tributária só pode ser promovida mediante lei expressa do próprio ente tributante:

Tributário. Processo civil. Execução fiscal. Município. Valor diminuto. Interesse de agir. Sentença de extinção anulada. Aplicação da orientação aos demais recursos fundados em idêntica controvérsia. - - 1. O Município é ente federado detentor de autonomia tributária, com competência legislativa plena tanto para a instituição do tributo, observado o art. 150, I, da Constituição, como para eventuais desonerações, nos termos do art. 150, § 6º, da Constituição. 2. As normas comuns a todas as esferas restringem-se aos princípios constitucionais tributários, às limitações ao poder de tributar e às normas gerais de direito tributário estabelecidas por lei complementar. 3. A Lei nº 4.468/84 do Estado de São Paulo - que autoriza a não inscrição em dívida ativa e o não ajuizamento de débitos de pequeno valor - não pode ser aplicada a Município, não servindo de fundamento para a extinção das execuções fiscais que promova, sob pena de violação à sua competência tributária. 4. Não é dado aos entes políticos valerem-se de sanções políticas contra os contribuintes inadimplentes, cabendo-lhes, isto sim, proceder ao lançamento, inscrição e cobrança judicial de seus créditos, de modo que o interesse processual para o ajuizamento de execução está presente. 5. Negar ao Município a possibilidade de executar seus créditos de pequeno valor sob o fundamento da falta de interesse econômico viola o direito de acesso à justiça. 6. Sentença de extinção anulada.

7. Orientação a ser aplicada aos recursos idênticos, conforme o disposto no art. 543-B, § 3º, do CPC (RE 591033, Rel.^a Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. em 17/11/2010, Repercussão Geral - Mérito).

Processual civil. Execução fiscal. Valor irrisório. Extinção de ofício. Impossibilidade. Existência de interesse de agir. [...] 2. 'Não incumbe ao Judiciário, mesmo por analogia a leis de outros entes tributantes, decretar, de ofício, a extinção da ação de execução fiscal, ao fundamento de que o valor da cobrança é pequeno ou irrisório, não compensando sequer as despesas da execução, porquanto o crédito tributário regularmente lançado é indisponível (art. 141, do CTN), somente podendo ser remitido à vista de lei expressa do próprio ente tributante (art. 150, § 6º, da CF e art. 172, do CTN)' (REsp 999.639/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 6.5.2008, *DJe* de 18.6.2008). 3. Recurso especial provido, em parte, para determinar o prosseguimento da execução fiscal (REsp 1319824/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 15/5/2012, *DJe* de 23/5/2012).

Além disso, ainda que haja lei autorizando o ente a não ajuizar execução fiscal, o ajuizamento ou não da ação de cobrança se insere no âmbito do juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, consoante já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Execução fiscal. Valor irrisório. Lei municipal Nº 2304/2014. Extinção de ofício. Impossibilidade. Reforma sentença (Apelação Cível 1.0184.12.003995-5/001, Rel. Des. Audebert Delage, 6ª Câmara Cível, j. em 9/6/2015, p. em 19/06/2015).

Apelação cível. Tributário. Município de Conselheiro Pena. Execução fiscal. Extinção. Valor irrisório. Impossibilidade. Indisponibilidade do crédito tributário. Arts. 3º, 141, 142 e 172 do Código Tributário Nacional. Acesso ao Judiciário. Art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1998. Lei Municipal nº 2.304/2014. Impossibilidade de extinção. - 1. Não há falar em extinção da execução por valor irrisório em virtude da indisponibilidade do crédito tributário (art. 3º, 141, 142 e 172 do CTN) e do princípio de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, inc. XXXV, da CR/88). 2. A Lei Municipal nº 2.304/2014 autoriza o arquivamento das execuções de créditos de baixa monta até atingirem o teto legal, mas não pode haver ingerência do Poder Judiciário na extinção de execuções eventualmente em curso (Apelação Cível 1.0184.12.006431-8/001, Rel. Des. Edgard Penna Amorim, 8ª Câmara Cível, j. em 30/7/2015, p. em 10/8/2015).

Apelação cível. Execução fiscal. Extinção. Valor irrisório. Impossibilidade. Valores estipulados na Lei Estadual nº 19.971/2011 e no Decreto Estadual nº 45.989/2012. Faculdade do exequente. Indisponibilidade do crédito tributário. Violação ao princípio da disponibilidade e da inafastabilidade da jurisdição. Sentença cassada. - Conquanto tenha sido editada, no âmbito do Estado de Minas Gerais, a Lei estadual 19.971/11 e seu Decreto regulamentar nº 45.989/12, que prevê um valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais, observa-se que se trata de faculdade conferida ao administrador e, não, proibição, notadamente se considerada a indisponibilidade do crédito tributário, bem como os princípios da disponibilidade e da inafastabilidade da jurisdição (Apelação Cível 1.0394.12.002304-6/001, Relator: Des. Luís Carlos Gambogi, 5ª Câmara Cível, j. em 14/5/2015, p. em 26/5/2015).

Destaco que o Projeto Execução Fiscal Eficiente, instituído pela Portaria Conjunta nº 373/PR/2VP/3VP/CGJ/2014 deste egrégio Tribunal de Justiça, tem por objetivo reduzir o acervo dos processos de execução fiscal em tramitação nas comarcas do Estado de Minas Gerais, considerando, entre outros fatores, a necessidade de se encontrar alternativas para extinguir execuções fiscais cujo custo seja superior ao valor dos créditos executados.

Contudo, ainda que desejável a adoção de meios alternativos à cobrança judicial, especialmente naquelas hipóteses em que o valor do crédito tributário é ínfimo, o Magistrado também não está autorizado a, de ofício, extinguir o processo de execução fiscal em razão da existência de medidas extrajudiciais menos onerosas, ou mais eficazes, para a satisfação do crédito.

A adoção ou não de medida extrajudicial de cobrança do crédito é decisão que compete à Administração Pública, consoante destacou o eminente Ministro Herman Benjamin no julgamento do REsp 1126515/PR:

De fato, a verificação quanto à utilidade ou necessidade do protesto da CDA, como política pública para a recuperação extrajudicial de crédito, cabe com exclusividade à Administração Pública.

Ao Poder Judiciário é reservada exclusivamente a análise da sua conformação (ou seja, da via eleita) ao ordenamento jurídico. Dito de outro modo, compete ao Estado decidir se quer protestar a CDA; ao Judiciário caberá examinar a possibilidade de tal pretensão, quanto aos aspectos constitucionais e legais.

Ao dizer que é desnecessário o protesto da CDA, sob o fundamento de que a lei prevê a utilização da Execução Fiscal, o Poder Judiciário rompe não somente com o princípio da autonomia dos poderes (art. 2º da CF/1988), como também com o princípio da imparcialidade, dado que, reitero, a ele institucionalmente não compete qualificar as políticas públicas como necessárias ou desnecessárias.

Relembramos, conforme dito anteriormente, que o protesto pode ser utilizado como meio alternativo, extrajudicial, para a recuperação do crédito. Nesse contexto, o argumento de que há lei que disciplina a cobrança judicial da dívida ativa (Lei 6.830/1980), evidentemente, é um sofisma, pois tal não implica juízo no sentido de que os entes públicos não possam, mediante lei, adotar mecanismos de cobrança extrajudicial. É indefensável, portanto, o argumento de que a disciplina legal da cobrança judicial da dívida ativa impede, em caráter permanente, a Administração Pública de instituir ou utilizar, sempre com observância do princípio da legalidade, modalidade extrajudicial para cobrar, com vistas à eficiência, seus créditos (j. em 3/12/2013, *DJe* de 16/12/2013).

Em síntese, inviável a extinção do processo, devendo ser anulada a sentença proferida no juízo de origem.

Dou provimento ao recurso para anular a sentença, determinando o regular prosseguimento da execução fiscal.

Custas, ao final, pelo vencido, na forma da lei.

DES.^a SANDRA FONSECA - Inicialmente cumpre ressaltar que venho adotando o posicionamento no sentido de que é cabível a limitação do valor objeto da cobrança judicial do crédito tributário, desde que haja previsão normativa emanada pelo próprio ente destinatário da receita, autorizando-se a cobrança por meios alternativos.

É dizer, havendo previsão legal emanada pelo ente tributante, determinando a utilização dos indicados meios de cobrança, apenas à vista da insuficiência de tais instrumentos é que se apurará a necessidade de intervenção jurisdicional.

Entretanto, na hipótese dos autos, verifica-se que o Decreto Municipal nº 7.768/2015 estabelece o valor mínimo de R\$570,00 (quinhentos e setenta reais) para o ajuizamento da Execução Fiscal, o qual é inferior

ao crédito executado, cujo montante histórico perfaz a quantia de R\$925,27 (novecentos e vinte e cinco reais e vinte e sete centavos) (f. 02).

Dessa forma, acompanho o em. Relator para dar provimento ao recurso e cassar a r. sentença, com o regular prosseguimento da execução fiscal na origem.

É como voto.

DES. CORRÊA JUNIOR - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Preliminar de ilegitimidade ativa - Acolhimento parcial - Direitos da personalidade - Pessoa falecida - Legitimação dos parentes - Inscrição do nome do morto em cadastros de inadimplentes - Dano moral reflexo - Necessidade de comprovação

- O herdeiro tem legitimidade para pleitear o recebimento de indenização de seguro prestamista quando for o beneficiário dele e, em caso de concorrência, deve indicar o número exato de beneficiários, para que receba somente a parte que lhe cabe, ou incluir os demais no polo passivo da lide.
- O parente em linha reta do falecido possui legitimidade para pleitear, em juízo, a cessação de conduta ilícita que cause danos a direito da personalidade do morto, nos termos do art. 12, parágrafo único, do Código Civil.
- O herdeiro daquele que tem seu nome inscrito em cadastros de maus pagadores possui legitimidade para pleitear indenização por danos morais decorrentes da negativação, por sofrer danos morais reflexos. Todavia, cumpre ao postulante fazer a prova de que a negativação efetivamente ocorreu.
- Apelação - Declaratória - Indenização - Ilegitimidade ativa - Reconhecimento - Ausência de interesse de agir - Não caracterização - Seguro prestamista - Falecimento - Quitação de débito - Inserção do nome em cadastros restritivos de crédito - Danos morais reflexos - Possibilidade
- Verifica-se ilegitimidade ativa, uma vez que é necessária a regularização da representação processual com a inclusão no polo ativo de todos os herdeiros do segurado falecido, ou apresentados dos sucessores nos termos do art. 792 do CC, em razão do litisconsórcio ativo necessário.
- É desnecessária a comprovação de requerimento administrativo para o recebimento do seguro. A insistente negativa do banco, mesmo com a propositura da ação judicial, no cumprimento do contrato, já denota o interesse da parte. Em se tratando de seguro prestamista, havendo falecimento do beneficiário, a dívida contraída junto ao banco é quitada.
- A cobrança indevida e insistente de débito quitado gera o dano moral reflexo.
- A indenização pelos danos morais deve ter caráter pedagógico. Não pode ser tão alta a ponto de enriquecer uma parte nem tão ínfima que não gere o receio de repetir o ato ilícito pela outra parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.15.018174-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Rita de Cássia Gomes Barreto - Apelado: Banco Santander (Brasil) S.A. - 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 ACOLHER, EM PARTE, A PRELIMINAR SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO RELATOR, REJEITAR A PRELIMINAR ARGUIDA E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O RELATOR.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017. - *Antônio Bispo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO BISPO - Rita de Cássia Gomes Barreto interpôs recurso de apelação contra a sentença, f. 110/113, proferida nos autos da ação declaratória c/c indenização interposta em face de Banco Santander S.A.

Os pedidos iniciais foram julgados parcialmente procedentes, para declarar inexistente o débito em nome de Sílvia Gomes Barreto/já falecida, em virtude do seguro prestamista firmado por esta última, determinando que o apelado se abstenha de realizar cobranças em nome desta última.

O pedido de danos morais foi julgado improcedente, sob o fundamento de que a apelante/autora recebeu, em 2013 e 2014, as notificações dos órgãos de proteção ao crédito em nome de Sílvia Gomes Barreto, já falecida; no entanto, somente informou o óbito desta última ao apelado/réu apenas em 24/3/2015, do que não há falar na ocorrência de danos desta ordem.

Em decorrência da sucumbência recíproca, as partes foram condenadas às custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$500,00 (quinhentos reais), *pro rata*. Suspensa a exigibilidade para a apelante, por estar sob o pálio da justiça gratuita.

Às f. 115/123, segue recurso da apelante, inconformada com a sentença, alegando que, apesar de o débito ter sido extinto, a cobrança realizada de forma indevida gerou dano moral à honra da falecida e da apelante.

Entende que não deveria ter sido declarada a extinção da dívida, mas a quitação total do contrato realizado por sua genitora, pois, assim, deveria ser utilizada a regra contida na cláusula 8.2.1 do contrato.

Afirma que deveria ser ressarcida pelo valor de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), de acordo com as cláusulas 8.2.1 e 8.2.2 do contrato, devido à sua ambiguidade.

Pugna, para o caso de se entender que as cláusulas acima citadas não sejam aplicadas, seja indenizada pelo valor de R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), como valor do prêmio do seguro contratado por sua genitora.

Sustenta que o dano moral foi devidamente comprovado e que o apelado deve indenizá-la no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Por fim, requer o provimento do recurso para que a sentença seja reformada, declara a extinção da dívida da sua genitora, ora falecida; que seja condenado o apelado a pagar o valor da contratação do seguro prestamista no importe de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou no valor do prêmio de R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), devendo o valor remanescente ser devolvido à apelante com a quitação do débito; e a condenação do apelado pelos danos morais. Requer a inversão do ônus de sucumbência.

Ausente preparo, justiça gratuita f. 32.

Recurso recebido nos efeitos legais, f. 124.

Contrarrrazões, f. 125/144, arguida preliminar de ausência de interesse de agir.

É o relatório.

Preliminar suscitada de ofício.

Ilegitimidade ativa.

Conforme se infere dos autos, a genitora da apelante - Sra. Sílvia Gomes Barreto - firmou contrato denominado “Crédito Consignado de Mútuo em Folha” f. 15/21 junto ao apelado, sendo contratado ainda um seguro prestamista cujo valor do prêmio era de R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), o qual tem por objeto quitação da dívida nos casos de morte natural ou acidental ou invalidez permanente total por acidente e desemprego involuntário, f. 15/22.

Em decorrência do falecimento da sua genitora em 1/5/2013, a apelante sustenta que informou ao apelado o ocorrido, tendo em vista ter recebido inúmeras cobranças realizadas em nome da sua genitora, o que, contudo, não foi obstado, já que o apelado inseriu o nome daquela nos órgãos de proteção ao crédito, conforme documentos de f. 23/24.

Sobre a legitimidade de ser parte no processo, leciona Fredie Didier:

A legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) é condição da ação que se precisa investigar no elemento subjetivo da demanda: os sujeitos. Não basta que se preencham os ‘pressupostos processuais’ subjetivos para que a parte possa atuar regularmente em juízo. É necessário, ainda, que os sujeitos da demanda estejam em determinada situação jurídica que lhes autorize a conduzir o processo em que se discuta aquela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. É a ‘pertinência subjetiva da ação’, segundo célebre definição doutrinária.

[...] Parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor ou réu) coincidente com a situação legitimadora, ‘decorrente de certa previsão legal, relativamente àquela pessoa e perante o respectivo objeto litigioso’. Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese pelo dever de indenizar (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Ed. Jus Podivm, v. 1, p. 176-177).

É certo que o seguro prestamista é um seguro de vida cuja finalidade é, no caso de falecimento do segurado, garantir a liquidação do saldo devedor do contrato de empréstimo pactuado junto à empresa estipulante.

No caso, verifica-se a necessidade de regularização da representação processual autora/apelante, bem como da inclusão, no polo ativo, de todos os herdeiros da segurada falecida, nos termos do art. 792 do CC que assim dispõe:

Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.

Assim, já que mesmo intimada, f. 148, não informou os sucessores da sua genitora, ou, se for o caso, de todos os herdeiros, pelo que suscito preliminar de ilegitimidade ativa julgando extinto o feito, nos termos do art. 267/485, VI, do CPC.

Fixo honorários sucumbenciais em R\$1.000,00 (mil reais) nos termos do art. 20/85, § 4º, do CPC, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

Custas, *ex lege*.

JD. CONVOCADO OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Preliminar de ilegitimidade ativa.

Em análise à petição inicial, observa-se que a autora, ora apelante, pede: (i) a declaração de extinção do contrato de empréstimo consignado firmado entre sua falecida mãe e a apelada, com a consequente declaração de inexistência dos débitos dele decorrentes; (ii) o recebimento do seguro prestamista previsto no contrato, com indenização quantificada em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou, em não sendo esse o caso, a devolução do valor pago a título de prêmio pela segurada, de R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), ou a utilização do valor do seguro para quitação das parcelas restantes do empréstimo, restituindo-se à apelante o valor remanescente; e (iii) o recebimento de indenização por danos morais, decorrentes da inserção do nome de sua falecida mãe em cadastros de maus pagadores.

Com efeito, em se tratando de indenização securitária, já se tem firmado o entendimento de que não há necessidade de inclusão de todos os herdeiros ou do representante do espólio no polo passivo da lide, visto que a indenização é paga diretamente ao segurado e, assim, não integra a herança.

Nesse sentido:

Apelação cível. Ação de cobrança cumulada com indenização por danos morais. Seguro prestamista. Ilegitimidade ativa. Sentença extintiva cassada. Aplicação do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil/1973. Adimplemento da indenização verificada. Improcedência dos pedidos. - Há legitimidade ativa dos herdeiros para pleitear em juízo o recebimento de indenização securitária contratada pelo *de cujus*. O seguro 'saldo protegido' ou seguro prestamista tem por objetivo garantir a quitação do saldo devedor do segurado em caso de morte, perda da capacidade física temporária ou mesmo desemprego involuntário. Isso quer dizer que o que se assegura é, nos limites contratados, a garantia de adimplemento de dívida, nas hipóteses especificadas na apólice. Cumprida a obrigação de quitação da dívida do segurado garantida pelo contrato de seguro prestamista, é improcedente a pretensão de cobrança da indenização em juízo. Inexistindo ato ilícito da parte requerida, incabível a indenização por danos morais (TJMG - Apelação Cível 1.0701.14.009769-5/001, Rel. Des. Tiago Pinto, 15ª Câmara Cível, j. em 1/6/2017, p. em 14/6/2017).

Todavia, a apelante poderia, somente, pleitear a parte que lhe cabe no recebimento das verbas e, nesse sentido, torna-se essencial a prova de que não há mais beneficiários, para que a apelante recebesse somente a parte que lhe cabe, em sendo procedente o pedido.

Todavia, o mesmo não se aplica ao pedido de indenização por danos morais. Conforme dispõe o art. 12, parágrafo único, do Código Civil, o parente em linha reta do *de cujus* possui legitimidade para pleitear medidas que visem cessar atos ilícitos que ferem direitos da personalidade do morto, como no caso dos autos, em que a recorrente pretende a declaração de inexistência de um débito, em razão da extinção do contrato pela morte, e o recebimento de indenização por danos morais decorrentes da inserção indevida do nome de sua mãe em cadastros de maus pagadores.

Assim, acolho, em parte, a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelo eminente Relator, Desembargador Antônio Bispo, para extinguir o processo, sem resolução do mérito, somente quanto aos pedidos de recebimento do seguro prestamista previsto no contrato, com indenização quantificada em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou, em não sendo esse o caso, a devolução do valor pago a título de prêmio pela segurada, de R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), ou a utilização do valor do seguro para quitação das parcelas restantes do empréstimo, restituindo-se à apelante o valor remanescente.

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Ilegitimidade ativa *ad causam*.

Estou de acordo com o voto divergente, proferido pelo em. Des. Octávio de Almeida Neves, para acolher, apenas em parte, a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada, de ofício, pelo em. Relator, Des. Antônio Bispo.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Acompanho o ilustre 1º Vogal, Des. Octávio de Almeida Neves, para também acolher, em parte, a preliminar de ilegitimidade ativa, suscitada pelo zeloso Relator, Des. Antônio Bispo.

DES. TIAGO PINTO - Preliminar de ilegitimidade ativa.

Peço vênia ao ilustre Relator para acompanhar a divergência apresentada pelo douto Primeiro Vogal.

DES. ANTÔNIO BISPO - Preliminar arguida em contrarrazões.

Ausência de interesse de agir.

O apelado arguiu preliminar de falta de interesse de agir, sob o fundamento de que a apelante não demonstrou que fez o requerimento via administrativa, entregando os documentos necessários, para a análise de possível recebimento do seguro.

É cediço que o interesse de agir nasce no momento em que se encontra presente o binômio utilidade e necessidade.

Assim explica Luiz Rodrigues Wambier:

O interesse processual está presente sempre que a parte tenha a necessidade de exercer o direito de ação (e, conseqüentemente, instaurar o processo) para alcançar o resultado que pretende, relativamente à sua pretensão e, ainda mais, sempre que aquilo que se pede no processo (pedido) seja útil sob o aspecto prático. Essa necessidade tanto pode decorrer da imposição legal (separação judicial, por ex.) quanto da negativa do réu em cumprir espontaneamente determinada obrigação ou permitir o alcance de determinado resultado) devedor que não paga o débito no vencimento).

[...]

É importante esclarecer que a presença do interesse processual não determina a procedência do pedido, mas viabiliza a apreciação do mérito, permitindo que o resultado seja útil, tanto nesse sentido quanto no sentido oposto, de improcedência. A utilidade do resultado se afere diante do tipo de providência requerida (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. 7. ed. Ed. RT, v. 1, p. 140).

Nesse sentido, não é o caso de extinção do processo fundado no art. 485, VI, CPC, uma vez que há interesse de agir da apelante em receber possível crédito referente a seguro contratado pela sua genitora.

Ademais, é desnecessário o esgotamento da via administrativa para que o consumidor procure a via judicial, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV, CF. Porquanto o

apelado insiste em negar o direito da apelante, mesmo com a propositura da presente ação, verifica-se que é necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Assim, demonstrada a necessidade e a utilidade da causa, não há falar em falta de interesse processual.

Nesses termos, rejeito a preliminar.

JD. CONVOCADO OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Preliminar de ausência de interesse de agir.

Posiciono-me de acordo com o Relator no julgamento dessa preliminar.

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - preliminar de ausência de interesse de agir.

Estou de acordo com o voto proferido pelo em. Relator, Desembargador Antônio Bispo.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Afasto a preliminar de ausência de interesse de agir, nos termos do voto apresentado pelo culto Relator, Desembargador Antônio Bispo.

DES. TIAGO PINTO - Preliminar de ausência de interesse de agir.

De acordo com o douto Relator.

DES. ANTÔNIO BISPO - Mérito.

Conheço do recurso, visto que próprio e tempestivo.

O pedido exordial funda-se na alegação da autora/apelante de que sua genitora - Sra. Sílvia Gomes Barreto - era detentora de contrato de Crédito Consignado de Mútuo em Folha, f. 15/21, firmado com o apelado.

Em decorrência do falecimento da sua genitora em 1/5/2013, a apelante sustenta que informou ao apelado o ocorrido tendo em vista ter recebido inúmeras cobranças realizadas em nome da sua genitora, o que, contudo, não foi obstado, já que o apelado inseriu o nome daquela nos órgãos de proteção ao crédito, conforme documentos de f. 23/24.

Depreende-se dos autos que o valor do contrato correspondia à quantia de R\$158.897,40 (cento e cinquenta e oito mil, oitocentos e noventa e sete reais e quarenta centavos), cláusula III das condições do contrato.

Constata-se, ainda, que foi contratado um seguro prestamista, cujo prêmio era de R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), prevendo em suas cláusulas que:

8.2 Disposições relativas ao Seguro Prestamista.

8.2.1 Na hipótese de contratação do Seguro Prestamista, conforme opção constante do preâmbulo do contrato, o segurado (cliente) terá direito à quitação do saldo devedor do empréstimo apurado na data

do sinistro, nos casos de morte natural ou acidental ou de invalidez permanente total por acidente do segurado. Grifo nosso.

8.2.2 O capital segurado corresponderá ao saldo devedor do empréstimo, apurado na data do sinistro, limitado ao valor de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

8.2.3 O estipulante e beneficiário do seguro é o Banco Santander (Brasil), CNPJ 90.400.888/0001-42.

[...]

8.2.5 Sendo feita a opção de contratação do seguro, o prêmio poderá ser deduzido do valor do empréstimo constante no preâmbulo e repassando integralmente pelo banco, na qualidade de estipulante à seguradora.

[...]

8.2.7 Na hipótese de liquidação antecipada do contrato de empréstimo, será efetuada a devolução proporcional do prêmio de seguro pago, correspondente ao período entre a data da liquidação e o período restante para o término de vigência do seguro (especificamente f. 18).

A apelante entende que, em decorrência da contratação do seguro prestamista, deveria receber o valor correspondente ao que foi segurado, qual seja: R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), haja vista que o falecimento de sua genitora quita o débito.

O art. 757 do Código Civil, norma aplicável ao caso, ao tratar do seguro, estabelece que:

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.

Em análise da cláusula 8.2 do contrato de empréstimo consignado realizado entre a genitora da apelante e o apelado, verifica-se que o seguro prestamista foi contratado para cobrir as dívidas do empréstimo para os casos ali descritos.

A referida cláusula contratual é bem clara ao designar o apelado como o beneficiário do seguro. A exceção prevista no contrato seria nos casos de pagamento antecipado do empréstimo, e assim, nesse caso, o contratante (Sra. Sílvia) teria direito a receber a diferença do prêmio do seguro.

Portanto, o débito deve ser declarado como quitado tal como constou da sentença, pelo falecimento do devedor, não havendo falar em recebimento de indenização pelo seguro, já que o beneficiário é o apelado.

A própria norma da Susep nº 302 de 2005, indicada pela apelante, determina que o valor do seguro deve ser repassado ao beneficiário, e somente se houver um saldo remanescente é que deve ser repassado a outro beneficiário ou herdeiro legítimo.

Por outro lado, no que tange ao prêmio do seguro, a cláusula contratual acima descrita, prevê que há possibilidade de se devolver o saldo remanescente, se houver quitação antecipada.

Todavia, também não se aplica ao caso, já que o contrato fora assinado em 8 de fevereiro de 2013, com previsão do primeiro desconto em abril do mesmo ano, tendo a Sra. Sílvia falecido em 1º de maio de 2013, f. 12, ou seja, não há como sustentar que houve pagamento antecipado.

Forçoso ainda mencionar que o pagamento do prêmio foi efetuado pela segurada - já falecida - para contratação do seguro, e, pela cláusula 8.2.5, pertence à seguradora, não amparando direito à apelante.

Notadamente aos danos morais, a apelante pugnou pela indenização, em detrimento da inserção do nome da mãe/falecida nos cadastros restritivos de crédito pelo apelado, mesmo já tendo sido informado do falecimento desta última, o que comprova claramente pelos documentos de f. 23/24.

É certo que os danos morais representam a dor e o abalo na estrutura psicológica de quem sofre, não sendo transmissíveis aos sucessores.

No entanto, no caso de ofensa aos direitos da personalidade de pessoa falecida, as pessoas mais próximas ao ofendido são diretamente atingidas pela conduta do ofensor, estando legitimados para pretender a reparação, nos termos do art. 12 do CC, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

É o chamado dano moral reflexo ou dano moral por ricochete, cuja reparação constitui direito da vítima lesada por via reflexa, conforme dispõe o parágrafo único do artigo acima citado.

A propósito:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. Grifo nosso.

Conforme demonstrado nos autos, a cobrança insistente do apelado de uma dívida que se encontrava quitada, em decorrência do falecimento da genitora da apelante é razão para que o apelado seja condenado ao pagamento de uma indenização, já que sua responsabilidade é objetiva, nos termos do art. 14 do CDC, legislação que também se aplica ao caso.

Assim, comprovados o dano e o nexos de causalidade, o dever de indenizar se faz necessário.

Questão bastante penosa consiste na fixação do *quantum* indenizatório. Tem-se estabelecido que a indenização seja tal que não estimule a prática de novos atos ilícitos, nem mesmo favoreça o enriquecimento indevido.

Entende-se que para a fixação do valor da indenização por danos morais, devem ser levados em consideração a capacidade econômica do agente, seu grau de culpa ou dolo, a posição social ou política do ofendido e a intensidade da dor sofrida por este.

Considerando todos esses fatores, fixo a indenização em R\$10.000,00 (dez mil reais); valor este suficiente para compensar os abalos sofridos pela apelante, sem, no entanto, ser fator de enriquecimento, servindo, ainda, como elemento de inibição para a prática de novos casos, como o ocorrido.

O valor deve ser corrigido monetariamente pelos índices da CGJMG a partir do arbitramento, mais juros de mora de 1% (um por cento) a partir da citação.

Por tais razões, suscito preliminar de ilegitimidade ativa, julgando extinto o feito, nos termos do art. 267/485, VI, do CPC. Fixo honorários sucumbenciais em R\$1.000,00 (mil reais) nos termos do art. 20/85, § 4º, do CPC, suspensão a exigibilidade nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50. Rejeito a preliminar de ausência de interesse de agir. Dou parcial provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença, condenando o apelado ao pagamento de indenização por danos morais sofridos pela apelante fixando indenização em R\$10.000,00 (dez mil reais), a serem corrigidos monetariamente pelos índices da CGJMG a partir do arbitramento, mais juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação. Nos termos do art. 21/86, parágrafo único, do CPC, inverte o ônus de sucumbência em desfavor do apelado.

Custas finais, *ex lege*.

JD. CONVOCADO OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - Do mérito.

Conforme entendimento pacífico na jurisprudência deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça, a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastros de maus pagadores é ato ilícito causador de danos morais, impondo-se a reparação civil. No caso da inscrição do nome de pessoa falecida, tem-se que a indenização é devida em razão dos danos morais reflexos, causados aos herdeiros em razão da mácula ao nome da pessoa já falecida.

Nesse sentido:

Ação declaratória de inexistência de débito *c/c* indenização por danos morais. Inscrição indevida de nome de pessoa falecida em cadastro restritivo de crédito. Ação ajuizada pelos filhos. Preservação da honra e memória do *de cuius*. Danos morais indiretos configurados. - A prerrogativa de buscar em juízo a reparação de ofensas ao nome de pessoa já falecida transmite-se ao cônjuge sobrevivente ou a qualquer parente em linha reta ou colateral, até o quarto grau (art. 12, parágrafo único, do CC). - A imagem e o bom nome da pessoa não se encerram com o óbito, caracterizando a inscrição indevida do nome de pessoa falecida, em cadastros restritivos de crédito, ofensa a direito da personalidade de terceiros, em virtude de laço de afeto ou proximidade do grau de parentesco. - O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de modo a servir como compensação à vítima e punição ao ofensor, devendo-se evitar, por outro lado, que se converta em fonte de enriquecimento sem causa (TJMG - Apelação Cível 1.0000.17.060527-3/001, Rel. Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, j. em 28/9/2017, p. em 29/9/2017).

Todavia, em que pese ser objetiva a responsabilidade do fornecedor no caso de dano decorrente de fato do serviço (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor), é dever do postulante desincumbir-se do ônus de fazer a prova do fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, do Código de Processo Civil) a menos, é claro, que se esteja diante de uma das hipóteses de inversão do ônus da prova, (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor).

No caso, a apelante poderia, facilmente, ter feito provas de que o nome de sua mãe foi, efetivamente, inserido em cadastros de inadimplentes. Todavia, às f. 23/24, constam, apenas, as comunicações de que o ato, eventualmente, poderia ser realizado. Os ofícios de f. 37/38, todavia, emitidos pelo SPC e pelo Serasa, informam que nenhuma inscrição constava em desfavor da falecida. Na resposta da CDL, inclusive, há menção expressa de que o CPF da mãe da apelante não integrava mais a rede CDL.

Inexistindo, pois, prova de que houve negatização do nome da mãe da autora, ora apelante, não há falar em indenização por danos morais, já que nenhum ato ilícito fora praticado.

Posto isso: a) acolho, em parte, a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelo Relator, para reconhecer a ilegitimidade ativa da autora para pleitear o recebimento do seguro prestamista previsto no contrato, com indenização quantificada em R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou, em não sendo esse o caso, a devolução do valor pago a título de prêmio pela segurada, de R\$4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais), ou a utilização do valor do seguro para quitação das parcelas restantes do empréstimo, restituindo-se à apelante o valor remanescente; b) acompanho o voto condutor no julgamento da preliminar de ausência de interesse de agir; e c) no mérito, nego provimento ao recurso.

Condeno a apelante ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios sucumbenciais, estes que arbitro em 11% (onze por cento) do valor da causa, já incluídos os honorários recursais previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Suspendo, todavia, a exigibilidade das verbas, porque a recorrente litiga sob o pálio da gratuidade da justiça.

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - Mérito.

Com a devida vênia ao entendimento exposto pelo em. Des. Antônio Bispo, estou de acordo com o voto divergente, proferido pelo em. Des. Octávio de Almeida Neves.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Em razão da divergência nos votos proferidos, determino o prosseguimento do julgamento nesta sessão, nos termos do § 1º do art. 942 do Código de Processo Civil.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Mérito.

No mérito, ponho-me inteiramente de acordo com o voto proferido pelo eminente 1º Vogal, Des. Octávio de Almeida Neves.

DES. TIAGO PINTO - Do mérito.

Peço vênia ao ilustre Relator para acompanhar a divergência apresentada pelo douto Primeiro Vogal.

Súmula - ACOLHERAM, EM PARTE, A PRELIMINAR SUSCITADA, DE OFÍCIO, PELO RELATOR, REJEITARAM A PRELIMINAR ARGUIDA E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO PARCIALMENTE O RELATOR.

• • •

Apelação cível - Servidor público do Município de Juiz de Fora - Auxiliar de enfermagem - Ação de cobrança - Horas extras - Demonstração do labor em regime de sobrejornada - Pagamento devido - Pedido julgado procedente - Sentença confirmada

- Comprovado que o servidor público faz jus ao trabalho extraordinário, mantém-se a condenação do Município-réu ao seu pagamento.

- A orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, quando a jornada de trabalho do servidor corresponder a 40 horas semanais, o adicional de horas extras deve ser calculado com o “divisor 200”.

- Recursos não providos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.15.018924-2/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelantes: 1ª) Rejane da Costa Strehle Almeida; 2º) Município de Juiz de Fora - Apelados: Rejane da Costa Strehle Almeida, Município de Juiz de Fora - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO ÀS APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2017. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de apelações interpostas contra a sentença de f. 252/255v, a qual julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar “o Município de Juiz de Fora no complemento das horas-extras trabalhadas, conforme se apurar nas folhas de ponto da parte autora, a partir de 17/4/2010, acrescidas do adicional de 50% para as prestadas em dias úteis e de 100% para as prestadas em domingos e feriados, tendo como base de cálculo o vencimento básico e a aplicação do divisor 200”.

Nas razões recursais de f. 263/266v, a primeira apelante sustenta que, na base de cálculo das horas-extras, devem ser incluídas as parcelas a título de adicional noturno, de periculosidade, de insalubridade e de penosidade, por tais verbas não se enquadrarem no conceito de acréscimos posteriores previsto no inciso XIV do art. 37 da Constituição Federal. Pede a aplicação do divisor 172.

O segundo recorrente argumenta que a jornada de revezamento não gera direito ao recebimento de horas-extras, devendo-se operar a compensação. Menciona a orientação jurisprudencial em abono à sua tese (f. 271/276).

Contrarrazões às f. 269/270 e 277/278v.

Atendidos os requisitos legais, conheço dos recursos.

Extrai-se dos elementos dos autos que se trata de ação ordinária promovida por Rejane Costa Estrehle Almeida, que, na condição de servidora pública no exercício do cargo de Auxiliar de Enfermagem II, postula a condenação do Município de Juiz de Fora ao pagamento de horas-extras (f. 06).

Pois bem.

Tenho que o direito está assegurado no texto constitucional - CF, arts. 7º, XVI, c/c 39, § 3º.

A remuneração também pela prestação de serviço extraordinário se encontra prevista no Estatuto do Servidor do Município de Juiz de Fora, nos seguintes termos:

Art. 76 - O serviço extraordinário terá remuneração superior em 50% (cinquenta por cento) à do serviço normal, quando prestado em dias úteis e em 100% (cem por cento) quando prestado em domingos e feriados.

§ 1º - A pedido do servidor, o pagamento das horas extras pode ser substituído por concessão de folgas compensatórias das horas-extras trabalhadas.

§ 2º - O valor total mensal das horas-extras não pode exceder a 50% (cinquenta por cento) do vencimento do servidor.

§ 3º - É vedada a prestação de mais de 50 (cinquenta) horas-extras por mês.

§ 4º Considera-se serviço extraordinário as horas trabalhadas além da jornada normal do servidor.

Art. 77 - Somente será autorizada a prestação de serviço extraordinário para atendimento de situações excepcionais e transitórias, por imperiosa necessidade, para execução de tarefas cujo adiamento ou interrupção importe em prejuízo manifesto para o serviço.

Art. 78 - O serviço extraordinário somente será prestado mediante autorização do Secretário Municipal de Administração, por solicitação do titular da unidade administrativa de lotação do servidor.

Parágrafo único - Excetuam-se do disposto no *caput*, as situações de emergência.

Art. 79 - Não poderá receber adicional por serviço extraordinário o ocupante de cargo em comissão ou função gratificada.

In casu, a requerente se desincumbiu do ônus de comprovar a prestação de serviço extraordinário além do limite de trabalho de 172 horas mensais, motivo pelo qual faz jus à respectiva verba.

Conforme bem observado pela sentenciante, “as folhas de ponto juntadas pelo requerido às f. 178/242 demonstram que a autora realizou plantões que excederam 172 horas mensais, chegando a laborar em 15/16 plantões por mês (f. 254).

Logo, demonstrado que a autora faz jus ao trabalho extraordinário, mantém-se a condenação do réu ao seu pagamento.

Quanto ao divisor de horas para o cálculo do adicional, menciono a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, no sentido de que deve ser calculado com base em 200 horas mensais (f. 255):

Administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Servidor público. Vigilante. Jornada especial de trabalho. Serviço que exige atividade contínua. Possibilidade de adoção de regime de turno ininterrupto de revezamento. Art. 2º do Decreto 1.590/95. Precedentes desta corte: AgRg no Resp 1.132.421/RS, Rel. Min. Ericson Maranhão, *DJe* de 3/2/2016 e RESP 1.019.492/RS, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 21/2/2011. Agravo regimental de Paulo César Pereira desprovido. 1. Nos termos do art. 19 da Lei 8.112/90, a jornada máxima de trabalho dos Servidores Públicos Federais corresponde a 40 horas semanais. Nesse contexto, na esteira da jurisprudência consolidada desta Corte, o divisor adotado no cálculo do adicional decorrente do serviço extraordinário é de 200 horas mensais. 2. No caso em tela o número de horas trabalhadas pelo recorrente ao longo do mês é inferior ao divisor de 200 horas mensais, motivo pelo qual não faz jus ao recebimento das horas extras pleiteadas. 3. Agravo Regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1227587/RS, Rel. o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, *DJe* de 12/8/2016).

Registro, finalmente, que “o adicional noturno e o adicional de penosidade compõem a remuneração do servidor, todavia não integram o vencimento base, razão pela qual não devem fazer parte da base de cálculo para outros adicionais ou para o cálculo das horas-extras, visto serem verbas de caráter eventual, sob pena de incidir na vedação prevista no art. 37, XIV, da Constituição da República”, conforme bem salientou o em. Desembargador Edilson Fernandes (TJMG, Apelação Cível nº 1.0145.15.011831-6/001).

A propósito:

Apelação cível. Ação de cobrança. Servidor municipal. Adicional de horas-extras. Divisor 200. Precedentes do STJ. Base de cálculo. Vencimento básico. Adicional noturno. Sentença citra petita. Artigo 1.013, § 3º, III, do Código de Processo Civil. Causa madura. Trabalho noturno. Ausência de comprovação. Improcedência. Consectários legais. Matéria de ordem pública. Correção monetária. Artigo 1º-F da Lei 9.494 de 1997 (redação conferida pela Lei 11.960 de 2009). Juros de mora. Termo inicial. Citação. Sentença reformada de ofício. Recursos aos quais se nega provimento.

[...]

2. A base de cálculo do adicional de horas extras é o vencimento básico do cargo, observada a vedação do artigo 37, XIV, da Constituição da República.

[...] (Apelação Cível nº 1.0145.15.018916-8/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, *DJe* de de 17/10/2017).

Nego provimento às apelações.

Nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios da sucumbência para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e SANDRA FONSECA.

Súmula - Negaram provimento às apelações.

• • •

Apelação cível - Processo civil - Fazenda pública - Termo inicial para interposição de recurso de apelação - Intimação pessoal - Recurso tempestivo - Preliminar de cerceamento de defesa - Alegações finais - Prejuízo não demonstrado - Prêmio da loteria do Estado de Minas Gerais - "Torpedo Minas Legal" - Participação via mensagem de celular - Consumidores que exigem cupom fiscal - Envio dos dados - Validação e obtenção regular do código de participação no sorteio - Erro no CNPJ inicialmente digitado - Irrelevância - Discrepância já solucionada pelo sistema - Negativa de pagamento do prêmio - Impossibilidade - Formalismo imotivado e ofensa à boa-fé objetiva - Recurso desprovido

- Conforme regra estabelecida pelo § 1º do art. 183 do CPC/2015, o termo inicial do prazo recursal para a Administração Pública tem início com a intimação pessoal de seu representante processual, e não com a publicação da sentença no Diário do Judiciário.

- Inexiste cerceamento de defesa passível de autorizar o reconhecimento da nulidade da sentença pela ausência de alegações finais se ausente prejuízo, na medida em que, em razão da persistência do mesmo quadro fático jurídico, a manifestação estaria adstrita à reiteração de alegações enfrentadas pelo juízo sentenciante;

- Gerado o código de participação no sorteio de loteria "Torpedo Minas Legal", com base na validação dos dados enviados pelo consumidor, que exigiu o cupom fiscal ao realizar sua compra, deve ser realizado o pagamento do prêmio àquele que foi sorteado;

- A negativa de pagamento do prêmio, sob o argumento de discrepância entre o número do CNPJ inicialmente indicado pelo participante sorteado e aquele constante do cupom fiscal, mormente quando a questão já foi solucionada pelo próprio sistema da Loteria do Estado de Minas Gerais, implica em formalismo imotivado, na medida em que atingida a finalidade perseguida pela Administração Pública e, ainda, gera a ofensa à boa fé objetiva, na vertente que veda o comportamento contraditório à expectativa legitimamente despertada no administrado que recebeu o código de participação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0672.12.019131-3/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante: Loteria do Estado de Minas Gerais - Apelado: Antônio Carlos Martins - Relator: DES. RENATO DRESCH

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - Renato Dresch - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de apelação cível interposta nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada perante o Juízo da Vara de Fazenda e Autarquias da Comarca de Sete Lagoas, por Antônio Carlos Martins em face de Loteria do Estado de Minas Gerais, na qual alega que encaminhou à ré, por meio de mensagem SMS, os dados do cupom fiscal que lhe propiciou ser contemplado no sorteio do concurso Torpedo Minas Legal - TML, muito embora tenha, por erro de digitação, informado o número errado do CNPJ do estabelecimento comercial participante, vindo posteriormente a sanar tal equívoco quando da entrega do cupom original. Afirma que, ainda assim, o prêmio lhe foi negado sob a justificativa de divergência no CNPJ, motivo pelo qual pretende receber judicialmente o valor correspondente ao prêmio de R\$39.000,00, brutos.

Citada, a ré contestou às f. 42/55, sem arguição de preliminares e ou prejudiciais.

O Juiz Bruno Henrique Tenório Taveira, por sentença de f. 81/83, publicada na vigência do CPC/15, julgou procedente o pedido inicial, para condenar a ré ao pagamento da quantia líquida de R\$30.000,00, correspondente ao valor bruto de R\$39.000,00, descontados R\$9.000,00, relativos ao Imposto de Renda, sendo, ainda, condenada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$1.000,00.

Inconformada, a requerida apelou, pelas razões de f. 86/92, arguindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, por não lhe ter sido oportunizada, em momento anterior à prolação da sentença, a apresentação de alegações finais. No mérito, assinala o descumprimento dos requisitos legais pelo autor no tocante à participação no sorteio do prêmio de loteria no qual foi contemplado, na medida em que, desrespeitando o regulamento conjunto da Secretaria do Estado da Fazenda e da Loteria do Estado de Minas Gerais, foi enviado o número de CNPJ diverso daquele pertencente ao estabelecimento emissor do cupom fiscal que lhe habilitou a participar do concurso. Requer a reforma da sentença proferida para que seja julgado improcedente o pedido autoral.

Contrarrrazões às f. 111/113, arguindo, preliminarmente, o não conhecimento do recurso.

É o relatório.

Da intempestividade do recurso.

O autor aduz, em suas contrarrrazões, a intempestividade do recurso apresentado pela ré, em decorrência da inobservância do prazo legal para interposição do apelo, na medida em que a sentença foi publicada em 24 de março de 2017 e o recurso foi interposto apenas em 17 de julho de 2017.

Não obstante a veracidade das datas apontadas pela parte apelada, cumpre assinalar que somente em 12 de junho de 2017 foi certificada a carga dos autos, em momento posterior à prolação da sentença, para a Fazenda Pública estadual (f. 85-v).

Assim, considerando a prerrogativa da Fazenda Pública Estadual, conceito no qual está enquadrada a autarquia estadual apelante, de que a intimação seja pessoal, fazendo-se por carga, remessa ou meio eletrônico, a teor do que prevê o § 1º do art. 183 do CPC, somente em 12 de junho de 2017 teve início o prazo recursal.

Por isso, diante da contagem do prazo em dobro estabelecida pelo *caput* do art. 183, se afigura tempestivo o recurso interposto em 17 de julho de 2017.

Com tais considerações, rejeito a preliminar de intempestividade e conhecimento do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Nesse contexto, imperioso salientar que se trata de sentença publicada na vigência do CPC/15, motivo pelo qual a controvérsia será analisada com base nos dispositivos do referido diploma legal.

Do cerceamento de defesa.

A apelante assinala a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, na medida em que não lhe foi oportunizada a apresentação de alegações finais.

Contudo, mormente quando considerada que a prova que instruiu o presente feito é documental, de produção da própria autarquia estadual, inexistindo qualquer desdobramento passível de inovar o quadro fático jurídico já estabelecido desde a citação, não há qualquer prejuízo resultante da ausência de alegações finais.

Conforme evidenciam as próprias razões recursais, a matéria veiculada em alegações finais estaria adstrita ao preenchimento, ou não, dos requisitos regulamentares que autorizam o autor a participar do sorteio no qual foi contemplado, principalmente quando considerado o envio do número equivocado do CNPJ do estabelecimento emissor do cupom fiscal.

Não obstante, referida matéria foi devidamente enfrentada pela sentença proferida, razão pela qual, apenas pelo fato de não ter sido a matéria reiterada em alegações finais, não vislumbro prejuízo no tocante ao exercício do direito de defesa pela autarquia estadual passível de ensejar a invalidade da sentença.

Portanto, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Do mérito.

A matéria devolvida a este Tribunal pelo recurso de apelação está adstrita ao preenchimento dos requisitos regulamentares relativos à participação da parte autora no sorteio “Torpedo Minas Legal”, organizado pela Loteria do Estado de Minas Gerais e pela Secretaria de Estado da Fazenda, em decorrência do envio do número do CNPJ diverso daquele constante do cupom fiscal apresentado pela parte autora para o recebimento do prêmio de loteria no valor bruto de R\$39.000,00.

O sistema público de prêmio Torpedo Minas Legal - TML - foi instituído pelo Decreto Estadual nº 45.759/2011 e regulamentado pela Resolução Conjunta SEF/LEMG nº 4.414/2012, tratando-se, em última análise, de um incentivo para a exigência do cupom fiscal pelos consumidores, como forma de viabilizar e facilitar o recolhimento do ICMS.

Conforme estabelecido pelo art. 2º c/c art. 6º e 8º da Resolução Conjunta, o consumidor deverá enviar os dados do cupom fiscal relativo à aquisição de mercadoria no mercado varejista, como consumidor final, por meio de aparelho celular via SMS para o número 97531.

A partir daí, com base nos dados do cupom fiscal enviados pelo consumidor participante, será emitido um código de participação por meio do qual será possível a participação no sorteio referente à loteria “Torpedo Minas Legal” (art. 14 da Resolução Conjunta EFMG e LEMG nº 4.414 de 2 de abril de 2012).

No tocante à validação, vale conferir o disposto no art. 3º da Resolução Conjunta EFMG e LEMG nº 4.414 de 2 de abril de 2012:

“Art. 3º. É considerado válido para participar dos sorteios o cupom fiscal emitido por Emissor de Cupom Fiscal (ECF), autorizado e numerado por Contador de Ordem de Operação (COO), decorrente de operação de circulação de mercadoria, por contribuinte, realizada por estabelecimentos inscritos no Estado de Minas Gerais.

§ 1º os cupons fiscais serão válidos para entrada no sistema de sorteio no prazo máximo de 90 (noventa) dias após a sua emissão.

§ 2º Não serão considerados para fins do TML:

I - os cupons fiscais decorrentes de operação de fornecimento de energia elétrica e gás canalizado ou de prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação e aquele emitido por estabelecimento optante pelo Simples Nacional não enquadrado no *caput* deste artigo;

II - os demais documentos fiscais constantes do Regulamento do ICMS que não sejam identificados no *caput* deste artigo.

III - serão excluídos os Códigos de Participação enviados do mesmo aparelho celular, de um mesmo contribuinte mineiro, detentor do mesmo CNPJ, que ultrapassem a quantidade de 180 (cento e oitenta) SMS expedidos, no período do sorteio, ou seja, 90 (noventa) dias;

IV - serão excluídos os Códigos de Participação enviados do aparelho celular de qualquer contribuinte mineiro, que ultrapassem a quantidade de 900 (novecentos) SMS expedidos, no período do sorteio, ou seja, 03 (três) meses; § 3º para fins de consideração de um mesmo celular, serão analisados o grupo de celulares pertencentes a uma mesma pessoa física, ou seja, por inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda - CPF/MF;

Conforme evidencia o documento de f. 25, no sorteio de nº 121, realizado em 30 de março de 2012, o autor Antônio Carlos Martins, que concorria regularmente, por meio do código de participação AA186154, foi contemplado com o prêmio bruto de R\$39.000,00.

Ocorre que o CNPJ do cupom fiscal apresentado pelo autor, para exigir o pagamento do prêmio pela Loteria do Estado de Minas Gerais, difere daquele indicado pelo serviço de mensagem curta de seu aparelho de telefone celular.

O CNPJ digitado pelo consumidor ao alimentar o sistema da Loteria Mineira com os dados referentes à aquisição de mercadorias, das quais exigiu o cupom fiscal, foi o de número 22.400.535.0001/92.

O estabelecimento identificado pelo referido número de CNPJ é uma padaria onde o autor, ora apelado, adquiriu produtos no dia 10 de dezembro de 2012, exigindo regularmente os cupons fiscais (f. 24).

Não obstante, o cupom fiscal no valor de R\$60,00 não se refere à aquisição de mercadorias junto à padaria, mas sim à gasolina comprada junto ao “estabelecimento emissor” Irmãos Silva S.A., em Sete Lagoas (f. 23), na data de 10 de dezembro de 2012, cujo número de CNPJ é 21.012.190/0022-61.

A despeito do CNPJ digitado equivocadamente, foi gerado o código de participação AA186154, participando o requerente de forma regular do sorteio semanal do “Torpedo Minas Legal”, tendo, ademais, sido sorteado o seu código de participação.

Além disso, em momento posterior, a própria Loteria Mineira fez constar em seu sistema (f. 68) o CNPJ do estabelecimento que emitiu o cupom fiscal relativo à compra no valor de R\$60,00, na data de 10 de dezembro de 2012, qual seja o de número 21.012.190/0022-61, referente ao estabelecimento fiscal “Irmãos Silva S.A.”, em Sete Lagoas.

Imprescindível, ainda, ter em consideração o disposto no art. 14 do Regulamento Conjunto, segundo o qual a emissão do Código de Participação dos sorteios está condicionada à validação pela SEF do número de inscrição do CNPJ do estabelecimento emissor do cupom fiscal, “sendo considerados passíveis de sorteio apenas os cupons fiscais emitidos por estabelecimentos contribuintes ativos do ICMS no Estado de Minas Gerais” (f. 15).

Assim, ao digitar o CNPJ equivocado, o requerente correu o risco de não obter o Código de Participação, na medida em que poderia se tratar de “estabelecimento emissor” que não figura como contribuinte ativo do ICMS no Estado de Minas Gerais.

Contudo, tendo obtido o respectivo código, mormente porque tanto o CNPJ do cupom fiscal como aquele originariamente digitado dizem respeito a estabelecimentos que se afiguram como contribuintes ativos do ICMS junto ao Estado de Minas Gerais, negar o pagamento do prêmio com base no referido argumento implica formalismo imotivado.

Isso porque a finalidade objetivada pela Administração Pública foi atingida, na medida em que o consumidor participante exigiu regularmente o cupom fiscal junto a estabelecimento que figura como contribuinte ativo do ICMS no Estado de Minas Gerais.

Além disso, atingida a finalidade perseguida e obtido o código de participação no sorteio, a negativa do prêmio, em decorrência da verificação de erro de digitação posteriormente constatado, implica inequívoca ofensa à boa-fé objetiva, na vertente que veda o *venire contra factum proprium*, porquanto o comportamento contraditório da Administração frustra a legítima expectativa despertada no requerente, que cumpriu todos os requisitos necessários à regular participação no sorteio do prêmio semanal do “Torpedo Minas Legal”, conforme atestado pelo próprio código de participação.

Desse modo, deve ser acolhida a pretensão autoral, tal qual reconhecido pela sentença, impondo-se o desprovimento do recurso de apelação.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso, a fim de manter incólume a sentença impugnada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Majoro os honorários de sucumbência para R\$1.150,00, a título de honorários recursais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por dano moral e material - Acidente de trânsito - Abalroamento em cruzamento - Semáforo - Luzes apagadas - Responsabilidade civil - Desídia da Administração Pública - Não comprovação - Culpa exclusiva do condutor - Inobservância do dever de cuidado e prudência - Inteligência do art. 44 do CTB - Indenização indevida - Sentença mantida - Recurso não provido.

- Para caracterizar a responsabilidade civil do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Carta Magna, afigura-se suficiente à caracterização do dever de indenizar a comprovação do evento danoso e da relação de causalidade entre o ato praticado pelo ente estatal e o sofrimento suportado.

- Todavia, em se tratando de condutas omissivas, a responsabilidade estatal rege-se pela teoria subjetiva, a qual exige a demonstração da culpa do serviço público (*faute du service*), somente sendo cabível a responsabilização do Estado pela omissão que lhe é imputada quando o serviço público não foi prestado, ou foi prestado a destempo ou de maneira insatisfatória.

- No caso concreto, embora a prova testemunhal ressalte que o semáforo estava sem funcionamento no momento do acidente, era dever do condutor, ao aproximar-se do cruzamento, demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma a deter seu veículo com segurança para dar passagem a veículos que tenham o direito de preferência, nos termos do art. 44 do Código de Trânsito Brasileiro.

- Comprovada a culpa exclusiva da parte autora, por inobservância dos princípios básicos da direção defensiva e da legislação de trânsito, revela-se indevida a indenização pretendida.

- Sentença mantida.

- Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0479.13.019568-4/001 - Comarca de Passos - Apelante: Paulo Roberto Pereira Sampaio - Apelado: Município de Passos - 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 NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2017. - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de apelação da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Passos (f. 126/130), que, nos autos da Ação Indenizatória ajuizada por Paulo Roberto Pereira Sampaio contra o Município de Passos, julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou o requerente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade, nos termos do art. 98 do CPC/15.

Em suas razões (f. 134/141), sustenta o autor que, embora o MM. Juiz tenha reconhecido a existência de defeito no semáforo, ao interpretar a responsabilidade pelo acidente, transferiu ao recorrente a culpa exclusiva pelo acidente, ao entender que o ora recorrente não agiu com cautela ao adentrar o cruzamento; que o abalroamento ocorreu, exclusivamente, em decorrência de defeito no semáforo; que o local onde ocorreu o acidente em questão possui fluxo de veículos em três sentidos, dos quais um deles não apresenta amplo campo de visão, em razão de um imóvel situado na esquina que prejudica a visibilidade dos condutores; que o acervo fotográfico corrobora as alegações do recorrente, por justificar que, sem o devido funcionamento do semáforo, o risco de acidente era iminente, diante do campo de visão; que as testemunhas informaram que o semáforo estava queimado; que, de fato, é necessário que os condutores utilizem a direção defensiva; contudo, quando ocorrem situações em que as condições da via dificultam a direção defensiva, não se pode transferir ao condutor a culpa exclusiva; e que o semáforo foi instalado no referido cruzamento devido à sua indispensabilidade; assim, o município deve ser responsabilizado por incidentes causados no local em caso de falha no funcionamento do equipamento.

Contrarrazões às f. 143/150.

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia a aferir se o abalroamento havido entre o veículo do autor e o da Sra. Zilda Maria Duarte Silva é decorrente da suposta omissão do Município de Passos. Em caso positivo, se o recorrente faz jus à indenização por dano moral e material.

No arcabouço legal sobre a responsabilidade civil, destacam-se os seguintes artigos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A responsabilidade civil se caracteriza pela necessária convergência de três elementos, os chamados integrantes da teoria da culpa: o dano, o ato ilícito culpável que lhe seja a causa, e o nexo causal entre ambos.

Em se tratando do Estado, entretanto, desenvolveu-se a teoria do risco, a fundamentar a responsabilidade do ente público em situações diversas daquela vislumbrada na regra geral.

Segundo tal teoria, é prescindível o elemento subjetivo para ensejar a responsabilização do ente estatal, bastando a ocorrência do dano ao particular, devido a uma ação do Estado. Os elementos de prova, portanto, se limitam a demonstrar a existência de dano e o nexo de causalidade entre ele e uma ação do Poder Público.

Com efeito, o desenvolvimento da teoria administrativa da responsabilidade civil decorreu da própria evolução da participação do Estado na sociedade, que se traduz numa intervenção cada vez mais frequente em diversas áreas da sociedade.

A propósito, o magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior (*Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 452).

É de se registrar, todavia, que a responsabilidade civil do Estado nem sempre será pautada pela teoria do risco administrativo.

Em verdade, consoante o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, sufragado pelo Supremo Tribunal Federal (RE 179147, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 12/12/1997, DJ 27/2/1998), em se tratando de condutas omissivas, a responsabilidade estatal rege-se pela teoria subjetiva, a qual exige a demonstração da culpa do causador do dano.

Contudo, o conceito civilista de culpa nem sempre se mostra suficiente no âmbito publicístico. Em razão disso, a discussão da culpa do agente público cedeu lugar à culpa do próprio serviço público, a qual ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Daí a expressão *faute du service*, cunhada pela doutrina francesa.

Nesse sentido, já decidiu o STF que:

Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses (RE nº 179.147, Rel. Min. Carlos Velloso, j. em 12/12/1997).

Ante tais premissas, conclui-se que o ente público somente pode ser responsabilizado civilmente pela omissão que lhe é imputada quando o serviço público não foi prestado, ou foi prestado a destempo ou de maneira insatisfatória.

Cumprido, portanto, perquirir se tais requisitos se fazem presentes no caso em apreço.

No caso em análise, o autor afirmou que o abalroamento ocorreu em razão de o semáforo situado no cruzamento, entre as ruas Barão de Passos e Gonçalves Dias, estar com a lâmpada queimada, bem ainda que, no local onde os veículos se chocaram, o campo de visão do motorista era reduzido.

Porém, depreende-se do acervo fotográfico, notadamente da foto acostada a f. 109, que bastaria o autor deslocar-se até a faixa de pedestres, sem adentrar a Rua Gonçalves Dias, para obter completa visão da via pela qual trafegava o veículo da Sra. Zilda.

Além disso, nota-se que as vias são largas, o que facilita a visualização do motorista e reduz o risco de colisões.

Destarte, é evidente que, ao atravessar o cruzamento, o recorrente não observou o dever de cuidado e as regras de direção defensiva previstas no Código de Trânsito Brasileiro.

A regra esculpida no art. 44 do CTB é exemplo da referida conduta recomendada ao condutor:

Art. 44. Ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, o condutor do veículo deve demonstrar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma que possa deter seu veículo com segurança para dar passagem a pedestre e a veículos que tenham o direito de preferência.

Nesse passo, não obstante o apelante ter comprovado, sobretudo por meio de prova testemunhal (f. 101/102), que o semáforo estava sem funcionamento naquele momento, caberia ao recorrente dirigir defensivamente, não sendo plausível a afirmação de que conduzia seu veículo com a cautela adequada às circunstâncias, haja vista ter sido o acidente o desfecho de seu comportamento.

Nesse sentido, já decidiu este TJMG:

Apelação cível. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Intempérie. Semáforo inoperante. Culpa exclusiva da vítima. Reparação indevida. Recurso não provido. 1. Quem é apontado como agente do ato ilícito pode oferecer defesa e indicar causa de exclusão legal ou culpa da vítima. 2. Comprovada a culpa exclusiva da vítima em acidente automobilístico por inobservância dos princípios básicos da direção defensiva e da legislação de trânsito em situação de intempérie, revela-se indevida a indenização pretendida. 3. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial (TJMG - Apelação Cível nº 1.0701.13.038837-7/001 - Rel. Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, j. em 28/3/2016).

Direito civil. Código de Trânsito Brasileiro. Apelação cível. Ação de responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Indenização por dano moral e material. Abaloamento. Responsabilidade subjetiva. Cruzamento sinalizado. Semáforo. Inobservância do dever de cuidado e prudência especial. 1. A responsabilidade civil subjetiva, incidente no caso de pretensão indenizatória decorrente de acidente de trânsito, é disciplinada matricialmente nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Presentes a antijuricidade da conduta do agente, o dano à pessoa ou coisa da vítima e a relação de causalidade entre uma e outra, resta configurada a responsabilidade civil, a qual impõe ao causador dos prejuízos o dever de reparação. 2. É obrigação do condutor do veículo ou motocicleta, ao aproximar-se de qualquer tipo de cruzamento, observar prudência especial, transitando em velocidade moderada, de forma a impedir possíveis colisões (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.10.074537-2/001 - Rel. Des. Otávio Portes, 16ª Câmara Cível, j. em 7/8/2013).

Por conseguinte, forçoso concluir que restou comprovada a culpa exclusiva do apelante pela ocorrência do evento danoso, visto que, embora tenha verificado que as luzes do semáforo estavam apagadas, imprudentemente, ingressou no cruzamento, sem observar atentamente o fluxo de veículos.

Assim, não há falar em indenização por dano material ou moral, devendo ser mantida a sentença que julgou improcedentes os pedidos.

Com essas considerações, nego provimento à apelação.

Diante da sucumbência recursal experimentada exclusivamente pelo recorrente, majoro os honorários advocatícios devidos pelo apelante em 1%, consolidando-os em 11% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Custas recursais pelo apelante, observada a assistência judiciária gratuita.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e AFRÂNIO VILELA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível - Ação de cumprimento de preceito legal c/c perdas e danos - Direitos autorais - Cobrança pelo Ecad - Prescrição trienal - Aplicação - Aparelhos de TV em quartos de hotel - Transmissão/reprodução de obra literária, artística ou científica - Pagamento devido - Honorários advocatícios - Majoração

- O prazo prescricional para cobrança de direitos autorais é de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do CCB.

- O hotel, que disponibiliza quartos aos seus hóspedes com aparelhos de TV e rádio, deve pagar a contribuição autoral prevista na Lei 9.619/1998.

- De acordo com a lei processual, em especial o art. 85, § 2º, do CPC, a fixação dos honorários deve se dar no patamar de 10% a 20% sobre o valor da condenação, observado o tempo de duração da causa, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, devendo ser majorado o *quantum* fixado, caso se mostre reduzido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.13.020253-5/002 - Comarca de Uberlândia - 1º Apelante: Uberpalace Hotel Ltda - 2º Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad - Apelados: Uberpalace Hotel Ltda., Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad - Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2017. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad, ajuizou ação de cumprimento de preceito legal c/c perdas e danos contra Uberpalace Hotel Ltda.

Narrou o autor, em apertada síntese, que o requerido se utiliza de forma habitual de obras musicais, litero-musicais e fonogramas, através de equipamentos fonomecânicos em seus aposentos, sem autorização e sem retribuir previamente pela veiculação das obras.

A sentença de f. 250/253-v julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, condenando o réu ao pagamento de indenização por perdas e danos consistente no valor das mensalidades cobradas pelo Ecad entre março de 2010 até março de 2013 e determinando que o requerido se abstenha de disponibilizar aparelhos de rádio e televisão em favor de seus hóspedes, enquanto não obtiver autorização prévia do autor.

Inconformado, o réu apelou às f. 257/269, buscando a reforma da sentença ao fundamento de que não disponibiliza televisão ou caixa de som em espaço aberto ao público, mas apenas nos quartos individuais, ficando a critério do hóspede acionar seu funcionamento. Ponderou também que o pagamento dos direitos autorais é feito diretamente à empresa de televisão por assinatura, e, eventualmente, caso mantida a condenação, deve ser considerada a taxa de ocupação de 65%, e não de 70% conforme apontado pela apelada.

Preparo regular à f. 267.

Igualmente inconformado, o Ecad apelou às f. 269/281, pretendendo seja afastada a prescrição reconhecida na sentença, com a ulterior condenação do réu no pagamento dos direitos autorais desde fevereiro de 2008. Pediu seja elevada a verba honorária para 20% sobre o valor da condenação.

Preparo regular à f. 282.

Contrarrazões às f. 288/297 e às f. 299/313. O réu suscitou preliminar de inépcia da inicial/carência de ação/ilegitimidade passiva. O autor pediu pelo não provimento do recurso.

À f. 328, a apelante Uberpalace Hotel Ltda. informou a desistência do apelo quanto à taxa de ocupação a ser considerada em caso de manutenção da condenação.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos dos recursos, recebo-os.

A preliminar aventada pelo réu à f. 298 foi levantada em contestação, motivo pelo qual desnecessária a intimação do autor para se manifestar, porquanto não se trata de hipótese de decisão surpresa. Lado outro, analisando atentamente as razões recursais oferecidas pelo recorrente, à símile do que compreendeu o Magistrado de origem, trata-se de fundamentação que se confunde com o mérito, o qual será apreciado a seguir.

Passo à análise dos apelos, fazendo-o em conjunto em razão da prejudicialidade das matérias neles suscitadas.

Conforme visto, trata-se de ação de cumprimento de preceito legal c/c perdas e danos na qual o autor alega que o réu disponibiliza para seus hóspedes em seus dormitórios aparelhos de televisão e rádio sem autorização, e sem o prévio recolhimento dos direitos autorais.

O pedido foi julgado parcialmente procedente pelo Juízo de origem, que reconheceu a prescrição em parte, e condenou o réu ao pagamento das mensalidades entre o período de março de 2010 a março de 2013, determinando ao réu que se abstenha de disponibilizar em suas dependências o uso de rádio e televisão, enquanto não tiver autorização da autora.

Quanto à prescrição, assim dispõe o Código Civil:

Art. 206. Prescreve:

[...]

§ 3º Em três anos:

[...].

V - a pretensão de reparação civil

[...];

Vale ressaltar a definição de prescrição, no dizer de Humberto Theodoro Júnior:

A prescrição é sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto na lei, aquilo que os romanos chamavam de *actio*, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o seu direito subjetivo. Não há, contudo, perda da ação no sentido processual, pois, diante dela, haverá julgamento de mérito, de improcedência do pedido, conforme a sistemática do Código (*Curso de Direito Processual Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 323).

Tenho que assiste razão ao réu/apelado, neste tópico.

Na inicial, o autor/apelante cobra o ressarcimento das perdas e danos provocados por suposto descumprimento da Lei nº 9.610/1998, no importe de R\$20.859,00, a título de direitos autorais referentes à execução musical empreendida pelo réu no período de fevereiro de 2008 a março de 2013.

O STJ já firmou entendimento de que o prazo prescricional aplicável à proteção de direitos autorais é de três anos:

Recurso especial. Direito autoral. Violação. Ecad. Pretensão fundada em responsabilidade civil. Prescrição trienal. Art. 206, § 3º, V, do Código Civil. - A cobrança em juízo dos direitos decorrentes da execução de obras musicais sem prévia e expressa autorização do autor envolve pretensão de reparação civil, a atrair a aplicação do prazo de prescrição de 3 (três) anos de que trata o art. 206, § 3º, V, do Código Civil, observadas as regras de transição previstas no art. 2.028 do mesmo diploma legal, não importando se proveniente de relações contratuais ou extracontratuais. Recurso especial não provido (REsp 1474832/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 13/12/2016, *DJe* de 3/3/2017).

Civil e processo civil. Direito autoral. Prescrição. *Dies a quo*. Prazo. Novo Código Civil. Regra de transição do art. 2.028. Contagem. [...]. O CC/02 não prevê um prazo prescricional específico para a violação de direitos do autor, de sorte que, com o seu advento, a matéria passou a ser regulada pelo art. 206, § 3º, V, que fixa um prazo prescricional de 03 anos para a pretensão de reparação civil, dispositivo de caráter amplo, em que se inclui a reparação de danos patrimoniais suportados pelo autor de obra intelectual [...] (REsp 1168336/RJ, Rel.ª Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, j. em 22/3/2011, *DJe* de 16/9/2011).

Também nesses termos:

Apelação cível. Arrecadação de direitos autorais. Ecad. Setor hoteleiro. Obrigação reconhecida. Prazo prescricional. Ônus da prova [...] Destaca-se que o prazo prescricional para cobrança de direitos autorais é de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.13.031795-2/002, Relator Des. Rogério Medeiros, 13ª Câmara Cível, j. em 16/2/2017, p. em 24/2/2017).

Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação de cobrança. Ecad. Cobrança de direitos autorais. Prazo prescricional trienal. Ilícito extracontratual. Precedentes. Súmula 83/STJ. Agravo interno desprovido. - O entendimento desta Corte é de que, nas hipóteses de disponibilidade de equipamentos de rádio e televisão em quartos de hotéis, o prazo prescricional para a cobrança de direitos autorais é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 934.833/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 21/2/2017, *DJe* de 7/3/2017).

Apelação cível. Ação ordinária. Cobrança de direitos autorais. Ecad. Prescrição parcial. Hotel. Cobrança das mensalidades. Cabimento. - O prazo prescricional para cobrança de direitos autorais é de 3 anos, nos termos do art. 206, § 3º, inciso V, do CCB [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0647.13.001543-9/001, Rel. Des. Cabral da Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 17/3/2015, p. em 31/3/2015).

A presente ação foi ajuizada em 25/3/2013 (f. 02-v), e, sendo o prazo prescricional de três anos aplicável ao caso, resta evidente a prescrição parcial do direito do autor/apelante de cobrar as contraprestações relativas aos meses anteriores a março de 2010.

Posto isto, deve ser mantida a prescrição parcial reconhecida na sentença.

Superada a prejudicial, no mérito, deve ser mantida a condenação do Uberpalace Hotel Ltda., conforme passo a expor.

Quanto à propriedade musical, litero-musical e de fonograma, dispõe o art. 5º, XXVII, da CF que:

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:

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

[...]

A Lei 9.610/1998 estabelece parâmetros de proteção aos direitos autorais sobre as seguintes obras:

Título II - Das Obras Intelectuais

Capítulo I - Das Obras Protegidas

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas;

II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza;

III - as obras dramáticas e dramático-musicais;

IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma;

V - as composições musicais, tenham ou não letra;

VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas;

VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia;

VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética;

IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza;

X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência;

XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;

XII - os programas de computador;

XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

§ 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

§ 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras.

§ 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial.

Os artigos 29 e 68 da Lei 9.610/1998 dispõem que os locais de frequência coletiva somente podem exhibir as obras protegidas pelos direitos autorais - literárias, artísticas ou científicas - com prévia autorização.

Dentre os locais de frequência coletiva o legislador previu os hotéis, conforme dispõe o art. 68, § 3º, do mencionado diploma legal, sendo que a inexistência de prévia autorização implica em interrupção e/ou suspensão da transmissão, de forma imediata (art. 105 da mesma Lei).

Portanto, a legislação em vigor é expressa quanto à necessidade de autorização e de recolhimento prévio dos direitos autorais.

Isso porque a obra musical e fonográfica é protegida, já que é caracterizada como bem de propriedade do autor, que lhe garante direitos quando de sua exibição. Assim, apenas o autor e seu representante podem autorizar o uso da obra. Se a divulgação é feita com finalidade comercial, sem prévia autorização, essa circunstância demonstra, por si só, o prejuízo, uma vez que ao autor cabe participar dos proveitos econômicos decorrentes da divulgação comercial de seu trabalho intelectual.

A Lei 9.610/1998 que consolida a legislação sobre direitos autorais define que as associações de titulares de direitos autorais devem manter um único escritório central para arrecadação e distribuição dos direitos relativos à execução pública das obras musicais, conforme previsão do art. 99, razão pela qual o autor Ecad, ora apelante, exerce a prerrogativa exclusiva de arrecadar e distribuir a receita aferida a título de direitos autorais.

No caso, o Ecad, ora apelante, sustenta que o réu reproduz obras literárias, artísticas e científicas aos seus clientes, eis que disponibiliza nos quartos dos hóspedes aparelhos de rádio de TV. O réu, ao seu turno, confessou haver televisores nos quartos, e ao apresentar defesa de mérito sustenta que já paga pelos serviços através da televisão por assinatura, alegando, ainda, que seus quartos são considerados locais de frequência individual.

Ocorre que as Súmulas 63 e 261 do STJ já pacificaram a questão, no sentido de que os hotéis devem arcar com as contribuições ao Ecad, por disponibilizar em suas dependências - saguão, bares, restaurantes, locais de eventos e quartos - aparelhos de rádio e TV que reproduzem obras protegidas pelos direitos autorais, independentemente de comprovada auferição de lucros com isto. A propósito:

“Súmula 63. São devidos direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas em estabelecimentos comerciais.”

“Súmula 261. A cobrança de direitos autorais pela retransmissão radiofônica de músicas, em estabelecimentos hoteleiros, deve ser feita conforme a taxa média de utilização do equipamento, apurada em liquidação.”

Nessa linha:

Agravo interno no recurso especial. Direitos autorais. Lei nº 9.610/98. Ecad. Aparelhos de rádio e televisão disponibilizados em quartos de hotel. Cobrança devida. Bis in idem. Inovação recursal. Agravo não provido. - Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a disponibilidade de rádio e televisão em quartos de hotel é fato gerador da arrecadação de direitos autorais. Precedentes. [...] (AgInt no REsp 1565552/PR, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 7/2/2017, DJe de 16/2/2017).

Recurso especial. Direito civil. Direitos autorais. Disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores. Quarto de hospital. Instituição filantrópica. Cobrança. Possibilidade. Lei nº 9.610/1998. - À luz das disposições insertas na Lei nº 9.610/1998 e consoante a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, a simples disponibilização de aparelhos radiofônicos e televisores em quartos de hotéis, motéis, clínicas e hospitais autoriza a cobrança, pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad, dos direitos autorais de todos os titulares filiados às associações que o integram. Para fins de reconhecimento da possibilidade de cobrança é irrelevante que a execução não autorizada de obras musicais e audiovisuais em locais de frequência coletiva tenha propósito lucrativo. Por isso, nem mesmo as instituições hospitalares de natureza filantrópica se eximem da obrigação de remunerar os titulares dos direitos autorais em casos tais. Recurso especial provido (REsp 1380341/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 8/9/2015, DJe 1º/10/2015).

Logo, considerando a necessidade de observância da jurisprudência dos tribunais superiores (art. 927 do CPC), deve ser acolhido o pedido inicial de condenação do hotel réu/apelado ao pagamento das contribuições por direitos autorais, conforme acertadamente procedido pelo Magistrado *a quo*.

Quanto aos honorários advocatícios, sabe-se que a norma do art. 86 do atual CPC dispõe que os honorários devem ser distribuídos proporcionalmente entre vencedor e vencido, ressalvada a hipótese de sucumbência mínima de um dos litigantes, competindo ao outro o pagamento integral das despesas.

No caso dos autos, depreende-se que o autor, na petição inicial, pediu a condenação do réu em perdas e danos, o que foi parcialmente acolhido, em razão da prescrição, e a obrigação de não fazer, sagrando-se vencedor quase integralmente, motivo pelo qual, diante de sua sucumbência mínima, compete ao apelado o pagamento das despesas processuais.

Quanto à fixação, insta salientar que entendo que o patrocínio profissional deve encontrar remuneração condizente com a nobre e elevada atividade exercida pelo advogado, devendo o Juiz arbitrá-la de acordo

com a complexidade da causa, o conteúdo do trabalho jurídico apresentado e a maior ou menor atuação no processo.

De acordo com a lei processual, em especial o art. 85, § 2º, do CPC, a fixação dos honorários deve se dar no patamar de 10% a 20% sobre o valor da condenação, perfazendo patamar mínimo e máximo civilizatório a remunerar, de forma justa, o profissional da advocacia.

Diante do exposto, considerando o zelo profissional do procurador, o tempo de duração, a complexidade e importância da causa - que contou com dilação probatória, entendo por bem em redimensionar a verba honorária para 12% sobre o valor da condenação, o que consiste em quantia razoável, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto.

Assim sendo, deve ser reformada a sentença apenas para redimensionar a verba honorária.

Com essas considerações, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo, redimensionando os honorários a serem pagos pelo réu para 12% sobre o valor da condenação.

Custas recursais à proporção de 80% para o réu e 20% para o autor, observada a sucumbência recíproca nesta Instância.

A sentença é de outubro de 2016, motivo pelo qual redimensiono os honorários recursais a serem pagos pelo réu ao patrono do autor para 15% sobre o valor da condenação (art. 85, § 11º, do atual CPC).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores JULIANA CAMPOS HORTA e SALDANHA DA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.

• • •

Apelação - Revisão de contrato - Arrendamento mercantil - Capitalização de juros - Ausência de previsão expressa - Comissão de permanência - Abusividade - Tarifa de cadastro - Legitimidade - Repetição em dobro

- No contrato de arrendamento mercantil, não há previsão de cobrança de juros capitalizados, próprio dos contratos de financiamento, mas sim a estipulação de remuneração devida pelo arrendatário, em decorrência da locação do bem.

- “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” (Súmula 472/STJ).

- Nos termos da jurisprudência que se formou no Superior Tribunal de Justiça, a partir do julgamento do Recurso Especial nº 1.251.331/RS, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, mostra-se devida a cobrança da Tarifa de Cadastro nos contratos firmados após 30/4/2008.

- A repetição em dobro pressupõe a existência de pagamento indevido e a prova da má-fé na cobrança, o que não é a hipótese dos autos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0245.12.024713-6/001 - Comarca de Santa Luzia - Apelantes: 1º) Banco Itauleasing S.A. - 2ª) Simone Batista da Silva - Apelados: Banco Itauleasing S.A., Simone Batista da Silva - Relator: DES. JOSÉ ARTHUR FILHO

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 PARCIAL AO 1º RECURSO E NEGAR PROVIMENTO AO 2º RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de julho de 2017. - *José Arthur Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - Trata-se de recursos interpostos contra a sentença de f. 93/101 que, nos autos da ação revisional, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para limitar a cobrança dos encargos da inadimplência à taxa de 3,66%, vedada a sua cumulação com quaisquer outros encargos e condenar o requerido à devolução dos valores cobrados a título de TAC, emissão de boleto e comissão de permanência, com o acréscimo de juros e correção monetária.

O *decisum* condenou as partes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais), na proporção de 70% para a autora e 30% para a ré, suspensa a exigibilidade em relação à autora.

O Banco Itauleasing S.A. interpôs o recurso de f. 103/109, alegando, em síntese, que o STJ, através da edição das Súmulas 565 e 566, consolidou entendimento pela legalidade da cobrança das Tarifas de Emissão de Carnê, de Cadastro e de Abertura de Crédito.

Destaca que a cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito e de Emissão de Carnê está prevista no contrato assinado entre as partes, e seu valor foi expressamente indicado no ajuste, não havendo se falar em ilegalidade do referido encargo.

Aduz, ainda, que, no contrato em litígio, não foi pactuada a comissão de permanência, incidindo, para o período da mora, apenas os encargos previstos no ajuste.

Requer, ao final, o provimento do recurso com o reconhecimento da improcedência dos pedidos formulados na inicial.

Comprovante de pagamento do preparo recursal às f. 110/111.

Por sua vez, a autora interpôs o recurso de f. 113/123. Aduz, em síntese, que a cobrança dos juros moratórios deve ser limitada ao percentual de 12% ao ano, nos termos dos arts. 591 e 406 do Código Civil.

Assevera que a cobrança de juros capitalizados é vedada pelo ordenamento jurídico vigente, especialmente após a edição da Súmula 121 do STF, devendo ser extirpada do contrato firmado entre as partes.

Requer, ao final, o provimento do recurso com a condenação do Banco réu à devolução, em dobro, dos valores cobrados em excesso.

Ausente o pagamento do preparo recursal, visto que a apelante litiga sob o pálio da justiça gratuita, f. 40.

Contrarrazões ao 1º recurso às f. 125/132, e ao 2º recurso às f. 134/143.

É o relatório.

Decido.

Conheço dos recursos, já que presentes os pressupostos de admissibilidade, e os recebo no efeito suspensivo, nos termos do art. 1.012 do CPC/2015.

Inicialmente, destaco que é inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à relação estabelecida entre as partes, em face da sua natureza de consumo, nos termos da Súmula 297 do STJ e, via de consequência, a possibilidade de intervenção do Judiciário para a revisão das cláusulas que porventura se revelem abusivas, inclusive de modo a relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*.

Extrai-se da prova documental produzida que, entre as partes foi pactuado, no ano de 2008, o contrato de arrendamento mercantil nº 16990446 (f. 33/34), visando à aquisição de um automóvel.

Em razão da identidade das matérias nelas abordadas, farei a análise conjunta dos recursos, mediante tópicos, para melhor compreensão da controvérsia.

Pois bem.

Da capitalização de juros em contrato de arrendamento mercantil.

Importante observar que o contrato de arrendamento mercantil - *leasing* - não é uma espécie de financiamento, uma vez que envolve, como elemento primordial, o arrendamento (locação) do bem ao arrendatário, para o fim de que este tenha, ao final do contrato, a opção de compra do bem.

O contrato de arrendamento mercantil não pode ser visto como empréstimo, pois os encargos que nele existem são diversos.

No contrato de empréstimo, a instituição financeira somente cede dinheiro a outrem, auferindo juros. Ou seja, a operação consiste em emprestar o dinheiro a certo custo e recebê-lo de volta com acréscimo de frutos (juros).

No contrato de arrendamento mercantil, o consumidor contrata com a instituição financeira o arrendamento do bem por certo período, com opção de renovação do arrendamento, devolução do bem ou compra da coisa com o pagamento de um residual.

Assim se constitui o arrendamento mercantil e, por essa definição, não há como se falar em discussão de taxas de juros nesse contrato, tendo em vista que não estão expressas, como é exatamente o caso dos autos.

No preço do bem, que é dividido em prestações que correspondem aos alugueres, estão embutidos todos os custos do contratado, bem como o seu lucro.

Não há como individualizar o que são juros e o que não são, no que excede o preço normal do bem.

Dessa forma, não se pode falar em juros no contrato de arrendamento mercantil (a não ser os juros de mora, cabíveis em caso de inadimplemento).

O que há é o preço, dividido em parcelas, e, nesse preço, embutidos os custos e o lucro do agente financeiro.

Nesse diapasão, não há como aplicar qualquer regra relativa aos juros, seja o anatocismo, a limitação constitucional ou a usura. Não é possível discutir taxa de juros remuneratórios nos contratos de *leasing*, pois esses não são encontráveis, a não ser se explicitados no contrato, o que não é o caso dos autos.

O que existe é o preço, que inclui os custos e o lucro do agente arrendador. Pode-se até mesmo dizer que estes não existem, mas, sim, o que existe é o lucro e com tal título não encontra qualquer limitação legal.

Admitindo-se que existam os juros embutidos no preço, assinala-se que é impossível a verificação de que parte do preço constitui juros e, portanto, não cabe a análise de abusividade ou capitalização dos mesmos.

No mesmo sentido:

Apelação. Revisional de contrato. Tarifa já invalidada na sentença. Ausência de interesse recursal. Contrato de arrendamento mercantil. Taxa de juros remuneratórios. Ausência de convenção. Lucro obtido com o aluguel. Ausência de juros. Descabimento da pretensão de afastamento de sua capitalização. Tarifa de contratação. Convenção antes da Resolução 3.518/2007. Validade. Falece interesse na interposição de recurso visando à anulação de encargo já invalidado na sentença. No contrato de arrendamento mercantil, em regra, não há a convenção de juros remuneratórios, sendo o lucro auferido pela instituição financeira com a operação embutido no aluguel convencionado. Ausente comprovação de cobrança de juros remuneratórios, não há que se cogitar acerca de sua capitalização mensal. Lícita a cobrança de tarifa bancária de contratação convencionada em data anterior à vigência da Resolução nº 3518/2007 do CMN (TJMG, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0290.12.012066-9/001; Rel. Des. Pedro Bernardes, *DJe* de 13/4/2015).

Ação revisional de contrato. Arrendamento mercantil. Juros remuneratórios. Capitalização. Tarifa de cadastro. Não se vislumbra a possibilidade de proceder à revisão da taxa de juros, tampouco da sua capitalização, em sede de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), pois essa modalidade de ajuste não se

equipara aos contratos de financiamento. No leasing não existe qualquer empréstimo de valores pela arrendadora, já que a operação, a princípio, se caracteriza por uma relação de locação que, ao final, pode se transmutar em compra e venda. - Segundo entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, é lícita a cláusula contratual que estipula a tarifa de cadastro, que consiste na contraprestação devida às instituições financeiras em função da realização de pesquisas em bancos de dados e cadastros, a fim de apurar a idoneidade financeira do cliente (TJMG - 14ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0702.12.024738-3/001, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, *DJe* de 8/4/2015).

Apelação cível. Revisional de contrato. Arrendamento mercantil. Previsão de taxa de juros. Ausência. Capitalização. Impossibilidade de se aferir com base no custo efetivo total. Recurso não provido. Trata-se de contrato de arrendamento mercantil, e não simples pacto de mútuo. Impossível aferir a incidência da capitalização apenas através da diferença entre a taxa mensal e anual, uma vez que esta se refere ao Custo Efetivo Total do contrato (TJMG, 9ª Câmara Cível; Apelação Cível nº 1.0024.11.260348-5/001, Rel. Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, *DJe* de 30/3/2015).

Apelação cível. Ação de revisão contratual. Arrendamento mercantil. Capitalização de juros. Não incidência em contrato dessa natureza. Comissão de permanência. Inexistência de cobrança. Tarifa de cadastro. Possibilidade. Taxa de emissão de carne. Inexistência. Devolução dobrada. Sem recurso da parte interessada. Manutenção. Não há no contrato de arrendamento mercantil a incidência de juros, muito menos capitalizados, sendo certo que as parcelas ajustadas como contraprestação ao arrendamento não se confundem com parcelas de financiamento. No contrato em análise, não há previsão da cobrança da comissão de permanência no período de inadimplência, não merecendo, portanto, nenhum reparo a sentença. Se a r. sentença determinou a devolução de valores cobrados indevidamente, de forma dobrada, não havendo recurso da parte interessada, permanecerão os termos do *decisum* (TJMG, 13ª Câmara Cível; Apelação Cível nº 1.0024.12.291965-7/002; Rel. Des. Alberto Henrique; *DJe* de 27/3/2015).

No caso, extrai-se do ajuste de f. 33/34 que a Taxa de Custo Efetivo Total (CET) é de 1,66% ao mês e 22,13% ao ano, sendo certo que referida previsão corresponde a “todos os encargos e despesas incidentes nas operações de crédito e de arrendamento mercantil financeiro, contratadas ou ofertadas a pessoas físicas, microempresas ou empresas de pequeno porte” (sítio eletrônico do Banco Central do Brasil, <http://www.bcb.gov.br/CETFAQ>), e não se confunde com a previsão de capitalização dos juros.

Dessa forma, não há se falar em capitalização dos juros.

Da Comissão de Permanência.

Extrai-se da cláusula 26ª do contrato em questão:

26. Atraso de pagamento e multa - Se houver atraso no pagamento ou vencimento antecipado, o Arrendatário pagará juros moratórios de 0,49% (zero vírgula quarenta e nove por cento) ao dia, capitalizados mensalmente. A Arrendadora poderá, no dia do pagamento, a seu critério, cobrar juros moratórios a taxa inferior à indicada neste item.

Analisando-se tais dispositivos contratuais, verifica-se, inicialmente, que, na verdade, os juros de mora, à taxa de 0,49% (zero vírgula quarenta e nove por cento) ao dia, equivalem-se aos juros compensatórios na mora, ou à comissão de permanência.

Assim, apesar de não estar expressamente prevista, a comissão de permanência se mostra presente, travestida com o nome de juros de mora de 0,49% (zero vírgula quarenta e nove por cento) ao dia.

Diante disso, faz-se necessário proceder à correção no cômputo dos encargos previstos para o período de anormalidade, com o objetivo de adequar o contrato e restaurar o equilíbrio entre os contratantes.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 1.058.114/RS, consolidou a orientação, em sede de recurso repetitivo, para fins do art. 543-C do CPC, que é admitida a cobrança da comissão de permanência durante o período de inadimplência, porém esta não pode 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.

Todavia, é impossível sua cobrança cumulada com correção monetária conforme Súmula 30 do STJ, além dos juros remuneratórios, como disposto na Súmula 296 STJ.

Desse modo, presente a incidência de qualquer desses encargos após a caracterização da mora, não de ser afastados, mantendo-se somente a comissão de permanência, desde que pactuada nos limites estabelecidos pelo REsp. nº 1.058.114/RS e pela Súmula nº 472, que diz:

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.

Esse entendimento também é aplicável aos contratos de arrendamento mercantil, conforme este precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Arrendamento mercantil (leasing financeiro). Inexistência de incompatibilidade entre o arrendamento e a cobrança de encargos próprios de financiamentos. Comissão de permanência. Contratação. Possibilidade de cobrança, desde que não cumulada a outros encargos moratórios/remuneratórios. Recurso especial provido (Recurso Especial nº 1.395.977/SC, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 18/3/2015).

Logo, é de ser mantida a sentença que limitou a taxa de juros a ser cobrada nos casos de inadimplemento.

Da Tarifa de Cadastro.

O ajuste firmado entre as partes prevê a cobrança de Tarifa de Cadastro, no valor de R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais), conforme se vê do item 3.6 do ajuste firmado entre as partes, f. 33.

Sobre a matéria, o STJ decidiu, no julgamento de Recurso Especial Repetitivo REsp nº 1.255.573-RS, eleito como representativo de controvérsia, que é legal a cobrança de Tarifa de Cadastro, nos seguintes termos, *verbis*:

Civil e processual civil. Recurso especial. Contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Comissão de permanência. Compensação/repetição simples do indébito. Recursos repetitivos. Tarifas bancárias. TAC e TEC. Expressa previsão contratual. Cobrança. Legitimidade. Precedentes. Financiamento do IOF. Possibilidade.

[...]

8. Permanece legítima a estipulação da Tarifa de Cadastro, a qual remunera o serviço de 'realização de pesquisa em serviços de proteção ao crédito, base de dados e informações cadastrais, e tratamento de dados e informações necessários ao início de relacionamento decorrente da abertura de conta de depósito à vista ou de poupança ou contratação de operação de crédito ou de arrendamento mercantil, não podendo ser cobrada cumulativamente' (Tabela anexa à vigente Resolução CMN 3.919/2010, com a redação dada pela Resolução 4.021/2011).

[...]

10. Teses para os efeitos do art. 543-C do CPC:

- 1ª Tese: 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.

- 2ª Tese: Com a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30.4.2008, 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.

- 3ª Tese: 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. [...] (REsp 1.255.573/RS, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. em 28/8/2013, DJe de 24/10/2013).

Assim, para os contratos assinados após a vigência da Resolução CMN nº 3.518/2007, em 30/4/2008, é válida a cobrança da Tarifa de Cadastro, desde que expressamente prevista e cobrada no início da relação entre o consumidor e a instituição financeira.

O contrato de f. 33/34 foi celebrado em junho de 2008, estando nele prevista a incidência da cobrança da tarifa de cadastro, a qual deve ser mantida, merecendo reforma a sentença quanto a esse aspecto.

Da Tarifa de Emissão de Carnê.

A legitimidade da cobrança da Tarifa de Emissão de Carnê foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais Representativos da Controvérsia de nº 1.251.31/RS e nº 1.25.573/RS.

Nos julgados acima mencionados, 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 30.4.2008, 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 padro-

nizador da autoridade monetária, a qual somente pode ser cobrada no início do relacionamento entre o consumidor e a instituição financeira; [...] (Rel.^a Min.^a Maria Isabel Galoti, 2^a Seção, j. 28/8/2013, v.u.).

Logo, após a vigência da Resolução CMN 3.518/2007, em 30/4/2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma autorizadora expedida pela autoridade monetária.

Desde então, não mais tem respaldo legal a contratação da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC).

No caso, o contrato foi firmado em 10/1/2008 (f. 10), pelo que deve ser mantida a sentença que reconheceu a legitimidade da cobrança.

Da repetição do indébito.

A 2^a apelante pleiteia a restituição em dobro dos valores cobrados em excesso.

Ocorre que, para a condenação na repetição em dobro das parcelas cobradas em excesso, é indispensável a caracterização de má-fé do fornecedor, o que não ocorre no caso, visto que a conduta da instituição requerida se pautou no contrato celebrado entre os litigantes.

Assim, verificada a presença de erro justificável, deve-se afastar a possibilidade de aplicação da pena relativa à repetição em dobro, devendo os valores cobrados a maior serem ressarcidos de forma simples, na forma determinada na sentença.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao 1º recurso, para reconhecer a legitimidade da cobrança da Tarifa de Cadastro, e nego provimento ao 2º recurso.

Fica mantida a distribuição dos ônus da sucumbência na forma determinada na sentença, e, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica acrescido aos honorários de sucumbência, devidos aos procuradores do 1º apelante, o valor de R\$200,00 (duzentos reais), em razão do êxito parcial do recurso nessa instância revisora.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO 1º RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO 2º RECURSO.

• • •

Direito civil, do consumidor e processual civil - Apelação cível - Contrato de prestação de serviços - Intermediação do pagamento referente a negócio jurídico de compra e venda realizado pela internet - Ausência de entrega do produto - Utilização de mecanismo noticiando o descumprimento - Ausência - Culpa exclusiva da vítima - Caracterização - Pedido improcedente - Recurso provido

- Inexistindo notificação, por parte do consumidor, da ausência de entrega do produto adquirido pela internet, na forma pactuada entre ele e a responsável pela intermediação do pagamento do preço, não subsiste a responsabilização desta pelos danos decorrentes do evento, pois configurada culpa exclusiva da vítima.

V.v. Apelação cível. Ação de repetição de indébito c/c indenização por danos morais. Ilegitimidade passiva. Produto comprado pela internet. Pagamento efetuado. Mercadoria não entregue. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório.

- Toda a cadeia de fornecedores responde pelos danos causados ao consumidor, sendo parte legítima para ocupar o polo passivo de uma ação, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

- Comprovada a falha na prestação do serviço, pela não entrega da mercadoria adquirida via internet, devidamente paga, configura transtorno passível de indenização por dano moral.

- A fixação do valor devido a título de indenização por danos morais deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0313.13.026622-1/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: UOL - Universo On Line Ltda. - Apelado: Guilherme Reis Silva - Relator: DES. PEDRO BERNARDES - Relator p/ o acórdão: DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O RELATOR E PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2017. - *Pedro Bernardes* - Relator. *Márcio Idalmo Santos Miranda* - Relator p/ o acórdão.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO BERNARDES - Cuida-se de apelação cível, interposta por UOL - Universo On Line Ltda. contra sentença de f. 141-146, proferida nos autos de Ação Ordinária de Repetição de Indébito c/c Indenização por Danos Morais, ajuizada pelo apelado contra a recorrente e contra Local Club Web Ltda.- ME e Jeferson Walter Janke, julgando procedentes os pedidos iniciais, condenando a apelante à devolução da quantia de

R\$524,08 (quinhentos e vinte e quatro reais e oito centavos), de forma simples, corrigida monetariamente pela tabela da Corregedoria de Justiça, a partir do desembolso, incidindo juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação válida, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$3.000,00 (três mil reais), a ser corrigida monetariamente pela tabela da Corregedoria de Justiça, incidindo juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir da data da sentença, e ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Nas razões de f. 148-163, a apelante alega, preliminarmente, que é parte ilegítima a ocupar o polo passivo da demanda, já que, além de não ser o vendedor, mas apenas o gerenciador do sistema de pagamento, o recorrido não cumpriu o prazo previsto no contrato para se manifestar quanto a eventual vício.

No mérito propriamente dito, alega a recorrente que não vende qualquer produto ou presta qualquer serviço alheio ao seu; que apenas gerencia o sistema de pagamento entre compradores e vendedores, por meio do gestor de pagamentos do PagSeguro; que o produto adquirido pelo apelado foi obtido da empresa vendedora Local Club Web Ltda.-ME; que a finalidade do PagSeguro é evitar que o dinheiro utilizado em negociações através da internet se perca, protegendo o comprador; que não praticou qualquer ato ilícito; que eventual falha no serviço ou vício no produto deve ser imputada ao vendedor; que o comprador tem 14 dias de prazo para abrir uma disputa, ou seja, reclamar de algum vício ou defeito no produto; que, após esse prazo, sem qualquer manifestação, o dinheiro é repassado ao vendedor; que o apelado não obedeceu ao prazo previsto no contrato; que o descumprimento contratual é fato impeditivo do reconhecimento da responsabilidade objetiva; que não pode arcar com a falha na prestação de serviços pelo vendedor; que o prejuízo material deve ser custeado pelo vendedor; que não há nexos de causalidade, não havendo que se falar em responsabilidade objetiva, nos termos do art. 403 do Código Civil; que não há dano moral indenizável; que mera cobrança, ainda que indevida, não é apta a gerar danos morais; que meros dissabores não justificam indenização por danos morais; que o fato não causou lesão ao nome, à honra, à intimidade ou outro direito da personalidade do apelado; que é excessivo o valor da indenização por danos morais.

Ao final, requer seja acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, para julgar extinta a ação, sem resolução do mérito, ou seja reformada a sentença monocrática, para julgar improcedentes os pedidos iniciais ou para reduzir o valor da indenização por danos morais.

Contrarrazões pelo apelado Guilherme Reis Silva (f. 168-175), contrariando o apelo.

Preparo devidamente efetuado às f. 165-166.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Guilherme Reis Silva ajuizou Ação Ordinária de Repetição de Indébito c/c Indenização por Danos Morais em face de UOL - Universo On Line Ltda., Local Club Web Ltda.-ME e de Jeferson Walter Janke, alegando ter adquirido um *tablet* Samsung Galaxy, no valor de R\$524,08 (quinhentos e vinte e quatro reais e oito centavos), e, apesar de ter pago o valor, não recebeu o produto.

A MM. Juíza de primeiro grau julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando a apelante à devolução da quantia de R\$524,08 (quinhentos e vinte e quatro reais e oito centavos), de forma simples, e ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Preliminar: ilegitimidade passiva

Alega a apelante que é parte ilegítima a ocupar o polo passivo da demanda, já que, além de não ser o vendedor, mas apenas o gerenciador do sistema de pagamento, o recorrido não cumpriu o prazo previsto no contrato para se manifestar quanto a eventual vício.

A questão referente à legitimidade passiva *ad causam* deve ser analisada com base nos elementos da lide, com relação ao próprio direito de ação, autônomo e abstrato, afastando-se do conteúdo da relação jurídica material deduzida em Juízo.

A respeito, Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, volume I - Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 39. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 54, leciona:

Em síntese: como as demais condições da ação, o conceito da *legitimatío 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'. E, para chegar-se a ela, de um ponto de vista amplo e geral, não há um critério único, sendo necessário pesquisá-la diante da situação concreta em que se achar a parte em face da lide e do direito positivo.

Outrossim, porque a ação só atua no conflito de partes antagônicas, também a legitimação passiva é elemento ou aspecto da legitimação de agir. Por isso, só há legitimação para o autor quando realmente age diante ou contra aquele que na verdade deverá operar efeito à tutela jurisdicional, o que impregna a ação do feito de 'direito bilateral.

Assim, a legitimidade passiva, como uma das condições da ação, é a pertinência subjetiva da ação, ou seja, deve ser endereçada a quem tem possibilidade, em sendo procedente o pedido, de suportar os efeitos oriundos da sentença.

Registre-se que o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade solidária de todos os agentes que participam da cadeia de fornecimento do produto.

No caso, verificando que a causa de pedir da presente ação fundamenta-se na prestação de serviço defeituosa por parte da empresa apelante, referente a uma compra realizada pela internet, com pagamento de tal compra através da recorrente, cujo produto não teria sido entregue, não pairam dúvidas em relação à sua legitimidade passiva, uma vez que participou da cadeia de fornecimento do produto.

Nestes termos, rejeito suscitada preliminar.

Mérito.

A obrigação de indenizar pressupõe a presença de três requisitos: ato ilícito, dano, nexo causal. Ausente qualquer desses requisitos, inviável se torna o acolhimento da pretensão indenizatória.

Ato ilícito.

É incontroverso que o recorrido realizou uma compra via internet de um *tablet* Samsung Galaxy, conforme documento de f. 24-25, além do fato de a apelante não negar tal compra.

E restou comprovado nos autos que o *tablet* Samsung Galaxy não foi entregue, pois o recorrido negou ter recebido o produto comprado, fato negativo, cabendo à apelante a comprovação da entrega do produto, o que não ocorreu.

Alega a recorrente que não vende qualquer produto ou presta qualquer serviço alheio ao seu, que é gerenciar o sistema de pagamento entre compradores e vendedores, por meio do gestor de pagamentos do PagSeguro. Diz, ainda, que eventual falha no serviço ou vício no produto deve ser imputada ao vendedor.

Registre-se que se aplica ao caso o Código de Defesa do Consumidor, nos termos dos arts. 2º e 3º, da Lei nº 8.078/1990.

E o CDC prevê a responsabilidade solidária de todos os agentes da cadeia produtiva pelos danos causados ao consumidor, nos termos do artigo 18, *in verbis*:

Artigo 18 - Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Registre-se que a denominação “fornecedores”, disposta no referido artigo, inclui não só o próprio fornecedor, mas também o fabricante, o comerciante ou qualquer outro que tenha participado da produção ou circulação do produto.

Portanto, é solidária a responsabilidade de todos os que tenham intervindo na cadeia de fornecimento do produto.

Nesse sentido, Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2001, p. 185, ensina:

Preambularmente, importa esclarecer que no pólo passivo dessa relação de responsabilidade se encontram todas as espécies de fornecedores, coobrigados e solidariamente responsáveis pelo ressarcimento dos vícios de qualidade ou quantidade eventualmente apurados no fornecimento de produtos ou serviços.

Assim, o consumidor poderá, à sua escolha, exercitar sua pretensão contra todos os fornecedores ou contra alguns, se não quiser dirigi-la apenas contra um.

Prevalecem, in casu, as regras da solidariedade passiva, e, por isso, a escolha não induz concentração do débito: se o escolhido não ressarcir integralmente os danos, o consumidor poderá voltar-se contra os demais, conjunta ou isoladamente. Por um critério de comodidade e conveniência o consumidor, certamente, dirigirá sua pretensão contra o fornecedor imediato, quer se trate de industrial, produtor, comerciante ou simples prestador de serviços.

Este é o entendimento deste Tribunal:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Aquisição de veículo novo. Vício de qualidade. Solidariedade passiva. Dano material. Dano moral. Caracterização. Quantum indenizatório. Proporcionalidade e razoabilidade. Sentença reformada em parte. - É cediço que toda a cadeia de fornecedores, incluindo o comerciante, responde solidariamente pelos vícios de qualidade em produtos, consoante dicção do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0372.12.001139-3/002 - Rel. Des. Domingos Coelho - j. em 3/12/2014 - p. no DJe em 12/12/2014).

No caso, é incontroverso que a apelante tenha participado da cadeia de fornecedores, recebendo o valor pago pelo produto, em três parcelas, conforme documento de f. 21-23.

Alega a apelante que o recorrido não obedeceu ao prazo previsto no contrato para reclamar de algum vício ou defeito no produto e que, após esse prazo, sem qualquer manifestação, o dinheiro é repassado ao vendedor, afastando a sua responsabilidade. Diz, ainda, a apelante, que esse descumprimento contratual por parte do recorrido é fato impeditivo do reconhecimento da responsabilidade objetiva.

Ora, o prazo é para reclamar de algum vício ou defeito no produto. E, no caso, o produto não foi entregue. Assim, não se pode falar que o recorrido descumpriu o previsto no contrato.

Portanto, é evidente que a apelante responde pelo fato, pela não entrega do produto.

Assim, como a recorrente não comprovou que o *tablet* Samsung Galaxy teria sido entregue ao apelado, não se desincumbindo de seu ônus probatório, restou demonstrado nos autos o ato ilícito praticado pela recorrente, inexistindo ofensa ao art. 403, do Código Civil, e ao Código de Defesa do Consumidor.

Dano.

Alega a apelante que não há dano moral indenizável, pois mera cobrança, ainda que indevida, não é apta a gerar danos morais.

Sobre dano moral, S.J. de Assis Neto, *Dano Moral - Aspectos Jurídicos*, Editora Bestbook, 1998, leciona: “Dano moral é a lesão ao patrimônio jurídico materialmente não apreciável de uma pessoa. É a violação do sentimento que rege os princípios morais tutelados pelo direito.”

Em regra, o descumprimento contratual não enseja dano moral indenizável.

Entretanto, entendo que restou comprovada a falha na prestação do serviço, já que o apelado adquiriu um *tablet* Samsung Galaxy via internet e o pagou, mas não recebeu a mercadoria, de modo que a recorrente deve ser responsabilizada.

Ressalte-se que, em casos como o dos autos, a responsabilidade da apelante é objetiva, nos termos do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Artigo 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.

A meu sentir, o caso não trata de um mero descumprimento contratual, mas, sim, de um total descaso para com o consumidor. Além disso, ficou evidenciado que a apelante recebeu o valor integral ajustado, mas não entregou a mercadoria, sendo necessário o ajuizamento da presente ação, o que, no meu entender, torna inequívoco o abalo de ordem moral.

Assim, é inegável o abalo moral sofrido pelo recorrido, já que a situação superou um simples e cotidiano aborrecimento decorrente de descumprimento contratual.

Portanto, rogando vênia aos entendimentos contrários, comungo do pensamento que, havendo falha na prestação do serviço, como no presente caso, em que produtos foram adquiridos via internet, quitados e não entregues, há sim dano moral passível de indenização.

Em situação semelhante assim decidiu este Tribunal:

Apelação cível. Ação indenizatória. Responsabilidade pelo fato do serviço. Compra de produto não entregue. Frustração e angústia. Dano moral configurado - [...] O descumprimento contratual que frustra a expectativa do cliente que adquiriu determinado produto, o qual, entretanto, nunca fora entregue, ultrapassa o conceito do mero aborrecimento do dia a dia, ensejando dano moral [...]” (TJMG - Apelação Cível nº 1.0236.15.000922-3/001 - Rel.^a Des.^a Aparecida Grossi - j. em 18/8/2016 - p. no DJe em 26/8/2016).

Assim, não é o caso de meros aborrecimentos, caracterizando-se efetivo dano moral suportado pelo recorrido.

Nexo causal.

Finalmente, restou demonstrado o nexo causal, pois o dano suportado pelo apelado decorreu exatamente da conduta ilegal da recorrente.

Nestes termos, presentes os requisitos ensejadores da reparação civil, não há motivos para reforma da r. sentença.

Quantum.

Alega a apelante que é excessivo o valor da indenização por danos morais.

É certo que o problema da quantificação do valor econômico a ser reposto ao ofendido tem motivado intermináveis polêmicas e debates, até agora não havendo pacificação a respeito.

Tratando da questão da fixação do valor, leciona Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2, p. 242, que dois são os aspectos a serem observados:

- a) De um lado, a ideia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia...;
- b) De outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é pretium doloris, porém uma ensanchar de reparação da afronta [...].

De qualquer forma, doutrina e jurisprudência são pacíficas no sentido de que a fixação deve se dar com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

O valor da indenização pelos danos morais deve ser capaz de reparar a dor sofrida pelo ofendido, de compensá-lo pelo sofrimento suportado em razão da conduta inadequada do agressor. Como dispunha o art. 948, do Código Civil de 1916, cuja essência ainda se aplica atualmente, nas indenizações por fato ilícito prevalecerá o valor mais favorável ao lesado, ou seja, o valor adequado da indenização será aquele capaz de reduzir, na medida do possível, o impacto suportado pelo ofendido em razão da conduta gravosa de outrem, objetivo este que não será alcançado se a indenização for fixada em valores módicos.

Américo Luís Martins da Silva, *O dano moral e a sua reparação civil*, 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 63, citando Maria Helena Diniz, afirma que, para a autora, a função compensatória

da indenização por danos morais constitui uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo assim, em parte, seu sofrimento.

A decisão abaixo retrata a natureza compensatória da indenização por danos morais:

Danos morais. Valoração. Circunstâncias especiais. Gravidade evidenciada. Culpa grave. Consequências danosas. Valor. - [...]. A vítima da falsificação, que tem cheques indevidamente extraídos em seu nome devolvidos, sofrendo protestos e inclusões indevidas em bancos de dados, causando não só restrição ao seu crédito, mas também ao seu serviço, reduzindo sua credibilidade no meio comercial e sua renda, deve receber indenização por danos morais em valor que compense o seu sofrimento e constrangimentos sofridos, recompondo, pelo menos parcialmente, o seu amor próprio, como sentimento de dignidade pessoal e das exigências morais e sociais que a pessoa humana se impõe (TJMG - Apelação Cível nº 2.0000.00.318305-1/000(3) - Rel.^a Des.^a Vanessa Verdolim Hudson Andrade - j. em 28/10/2003 - p. no DJ em 18/11/2003).

Assim, o *quantum* indenizatório não pode ser irrisório, tendo em vista a necessidade de se compensar a vítima pela conduta injusta, ilícita, do ofensor. De fato, em se tratando de danos morais, nunca se chegará a um valor que equivalha de forma certa ao sofrimento suportado pela vítima, todavia deve-se arbitrar quantia que, no máximo possível, possa de alguma forma atenuar a dor, compensando todo o desgaste advindo do fato ilícito.

No caso, o apelado adquiriu um *tablet* Samsung Galaxy, pagou pela compra, mas não recebeu a mercadoria.

O Juízo monocrático julgou procedente o pedido inicial, condenando a recorrente ao pagamento de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a título de danos morais.

Em casos de ato ilícito, como na hipótese dos autos, entendo ser justo o valor da indenização fixado na r. sentença, não havendo motivos para a sua redução.

Dano material.

Alega a apelante que o prejuízo material deve ser custeado pelo vendedor.

Registre-se que o dano material sofrido pelo recorrido é evidente, pois pagou por um produto e não o recebeu.

Quanto à responsabilidade pela devolução do valor, entendo que é da apelante.

Além de todos da cadeia de fornecedores responderem pelos danos causados ao consumidor, é incontroverso que o pagamento pela compra do *tablet* Samsung Galaxy foi realizado junto à recorrente, conforme documentos de f. 21-23, além de a própria apelante não negar que tenha recebido os valores pela compra.

Assim, não procede a irrisignação da recorrente.

Como não houve modificação da decisão de primeiro grau, mantém-se a distribuição do ônus da sucumbência.

Com estas razões, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva e nego provimento à apelação interposta, para confirmar a r. sentença recorrida.

Custas recursais pela apelante.

Tendo o recurso sido interposto já na vigência do novo CPC, nos termos do art. 85, § 11, da referida norma processual, seria o caso de serem fixados honorários recursais. No entanto, como na r. sentença os honorários advocatícios foram fixados em 20% sobre o valor da condenação, não há que serem fixados novos honorários, pois já fixados no percentual máximo previsto na legislação.

É como voto.

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - De acordo com o Relator.

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Em que pese ao respeitável entendimento expresso pelos eminentes Relator e 1º Vogal, que negam provimento ao apelo, peço vênia para apresentar divergência, provendo o inconformismo.

No caso em tela, colhe-se dos autos que a pretensão inicial se funda na ausência de entrega de produto adquirido perante terceiro, cujo pagamento foi realizado por meio do sistema “Pagseguro”, fornecido pela apelante e regulamentado por contrato de prestação de serviços diverso daquele indicado na inicial e tido como descumprido pelos então Requeridos Local Club Web Ltda. e Jeferson Walter Janke.

Referido pacto (f. 98/123) dispõe:

“37. Uma vez comunicada a aprovação da Transação Comercial conforme a cláusula 36 [...] o Pagseguro realizará, a partir do 15º dia contado da data da transação, o pagamento [...].

39. Após 24 horas da aprovação da Transação Comercial, o contratante, desde que cadastrado [...] poderá utilizar o mecanismo de Disputa, disponível no ambiente Internet do Serviço, para solucionar questões relativas exclusivamente a produtos e/ou serviços adquiridos pelo contratante [...].

39.1. Desde que a abertura da Disputa ocorra dentro de 14 (quatorze) dias da data e hora da aprovação da Transação Comercial, o pagseguro suspenderá o pagamento ao vendedor [...].”

Caracterizando-se, pois, a apelante como mero intermediário da negociação - por simplesmente promover a efetivação do pagamento - e inexistindo, a meu aviso, qualquer indício de abusividade dessas estipulações, entendo que eventual responsabilização da apelante só poderia ter lugar caso o apelado tivesse aberto, a tempo e modo, procedimento de “disputa”, conforme regularmente pactuado entre as partes, para noticiar a ausência de entrega do produto adquirido.

Não há, entretanto, nos autos, comprovação - aliás, sequer demonstração - de que tal mecanismo tenha sido efetivamente utilizado pelo requerente.

De tal situação depreende-se, a meu ver, ter ocorrido culpa exclusiva da vítima no tocante à relação jurídica existente entre as partes, a afastar, nos termos do art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade da ré pelo dano indicado na peça de ingresso.

Em situação semelhante, assim já decidiu esta Câmara:

Apelação cível. Indenização. Preliminar de ofício. Razões e contrarrazões recursais. Peça única. Não conhecimento da apelação. Ilegitimidade passiva. Afastada. Compra de produto via internet. Sistema pagseguro. Empresa excluída da solidariedade da cadeia de fornecedores. Mercadoria não entregue [...]. - O serviço denominado Pagseguro tem como finalidade garantir ao consumidor que a quantia por ele paga para aquisição de determinado produto via internet seja destinada ao fornecedor somente após a entrega da mercadoria, protegendo o comprador de eventuais empresas que usam o meio virtual para obter vantagens ilícitas. - Se a parte autora não informou/notificou a Pagseguro, nos termos e condições pactuadas, acerca do não recebimento da mercadoria, impõe-se a exclusão da referida empresa da responsabilidade solidária que envolve os demais componentes da cadeia de fornecedores. [...] [Apelação Cível nº 1.0024.14.218679-0/001, Rel. Des. Amorim Siqueira, p. no *DJe* em 12/5/2017].

Impõe-se, portanto, a modificação da sentença recorrida, de modo a ter lugar a improcedência do pedido inicial em relação à apelante.

Por tais motivos, e com redobrada vênia aos eminentes Relator e 1º Vogal, dou provimento ao recurso, e o faço para, reformando a sentença recorrida, julgar improcedente o pedido inicial em relação à apelante.

Imponho ao apelado a responsabilidade pelas custas processuais, inclusive as recursais, e por honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, já incluídos aqueles devidos em sede recursal, ficando suspensa a exigibilidade por litigar o apelante sob o pálio da gratuidade judiciária, concedida em primeiro grau.

É como voto.

DES. AMORIM SIQUEIRA - De acordo com o Des. 2º vogal.

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - Peço vênia ao ilustre Desembargador Relator para acompanhar o posicionamento do eminente Desembargador 2º Vogal, para dar provimento ao recurso e julgar improcedente a demanda.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O RELATOR E O 1º VOGAL.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Evento sediado em imóvel locado pela apelante - Disparos de arma de fogo - Incidente ocorrido dentro dos limites de vigilância da parte ré - Relação de consumo - Cadeia de fornecedores - Responsabilidade solidária

- Restando demonstrado que o homicídio da filha dos requerentes ocorreu em local cujo acesso só era permitido a quem adquirisse o ingresso da festa promovida no imóvel locado pela parte apelante, subsiste a responsabilidade desta de responder, solidariamente com as demais rés, pela indenização devida aos autores em decorrência dos danos morais por eles suportados, mormente porque a vítima só ficou exposta aos disparos que deram ensejo a sua morte, em virtude do descumprimento do dever de vigilância que competia a todas as requeridas.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.14.026844-5/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: RB Costa Eventos e Locação de Espaço. - ME - Apelado: André Luís Pimenta e outro, Maria das Graças Costa - Litisconsorte: Gian Carlo dos Santos - ME, Souza Fênix e Soares Vigilância Ltda. - Relator: DES. ARNALDO MACIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 31 de outubro de 2017. - *Arnaldo Maciel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto por RB Costa Eventos e Locação de Espaço - ME contra a sentença de f. 516/517, proferida pelo MM. Juiz Lúcio Eduardo de Brito, que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por André Luís Pimenta e Maria das Graças Costa, para indeferir o pedido relativo à reparação por danos materiais pleiteada, mas para condenar solidariamente as rés a pagarem, a cada requerente, a importância de R\$40.000,00, quantia esta que deverá ser atualizada monetariamente pelos índices da CGJ/MG desde a data da sentença e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso, condenando ainda as requeridas ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da condenação.

Nas razões recursais de f. 520/542, suscita a apelante a preliminar de ilegitimidade passiva e aduz, no mérito, que não teria responsabilidade pelos danos suportados pelos requerentes em virtude da morte da filha, uma vez que, muito embora seja proprietária do imóvel no qual estava sendo realizada a festa em que a vítima esteve presente naquela noite, o homicídio em questão teria ocorrido no condomínio de fato denominado "Casa Folclore", onde se localiza não só o espaço de festas locado pela apelante, mas também diversas chácaras de outros proprietários.

Sustenta ainda que a contradição verificada entre os depoimentos prestados pela Sra. Bruna Cristina Balduino Ramalho no inquérito policial e na audiência de instrução e julgamento realizada neste feito demonstraria a impossibilidade de utilizar o testemunho desta para fundamentar a solução meritória da presente demanda, sobretudo quando as demais provas apontariam a ausência de nexo causal entre o ocorrido e a conduta da recorrente, em razão do que deveria ser afastada a sua responsabilidade pelo pagamento da condenação por danos morais fixada, ou, ao menos, reduzida a indenização.

Recurso devidamente preparado às f. 542/543.

Intimados, ofertaram os apelados as contrarrazões de f. 548/557, pleiteando pela manutenção integral da decisão atacada.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Antes de adentrar o mérito propriamente dito, 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 de ilegitimidade passiva.

Quanto à alegação da apelante no tocante à sua ilegitimidade para figurar no polo passivo do feito, é de se observar que, de acordo com a Teoria da Asserção, também denominada de *prospettazione*, que rege a sistemática da análise das condições da ação, estas deverão ser examinadas à luz das informações trazidas na exordial, sem que o Magistrado adentre com profundidade a sua análise, sob pena de exercer juízo meritório.

Nesse sentido já decidiu o colendo STJ:

Conforme a teoria da asserção, para configurar a legitimidade passiva, basta que o autor invoque direito apontado ao réu, como responsável pelo adimplemento desse direito (Ag. nº 128442, STJ, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, *DJe* de 30/6/2010).

Não é outro o entendimento deste eg. Tribunal de Justiça:

Apelações cíveis. Recurso adesivo. Preliminar de ilegitimidade passiva. Teoria da asserção. Ação de indenização. Danos morais. Erro médico. Responsabilidade do plano de saúde. Solidariedade. Intervenção cirúrgica em punho sadio. Dever de indenizar. Valor da condenação. Manutenção. Recursos principais e adesivo não providos. - I - Segundo a teoria da asserção, a legitimidade passiva deverá ser analisada de forma abstrata, de acordo com o direito invocado pelo autor, bem como a conduta daquele a que se imputa a obrigação. II - As operadoras de plano de saúde são solidariamente responsáveis pelo erro cometido por médicos cooperados, associados ou credenciados, especialmente se o procedimento foi realizado em hospital próprio da operadora, do qual o médico faz parte do corpo clínico. III - É evidente o dano moral sofrido pela pessoa que teve operado o membro sadio, em razão da negligência do médico ao não observar que a intervenção estava sendo realizada no punho errado. IV - Na fixação de indenização por danos morais, o julgador deve levar em conta o caráter reparatório e pedagógico da condenação, de forma a não permitir o lucro fácil do ofendido, nem reduzir a indenização a um valor irrisório. V - Verificado que o valor da indenização foi fixado em quantia que atende às nuances do caso concreto, não há se falar em sua redução ou majoração. VI - Apelações e recurso adesivo não providos

(TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.124947-0/001, Rel. Des. Vicente de Oliveira Silva, 10ª Câmara Cível, j. em 16/9/2014, p. em 26/9/2014).

Assim, tendo em vista que a parte autora afirma que a apelante seria responsável, solidariamente com as demais requeridas, pelos danos morais suportados em decorrência da morte de Priscila Costa Pimenta, filha dos requerentes, em evento promovido pela 1ª requerida, Gian Carlo dos Santos - ME, bem como diante do fato de ser a empresa recorrente responsável pelo aluguel do local onde foi sediada a festa em que compareceu a vítima na noite de sua morte, deve ser a apelante considerada legítima para figurar no polo passivo da presente demanda de reparação de danos, devendo a sua eventual responsabilidade ser verificada no exame meritório.

Dessa feita, rejeito a preliminar e passo à análise do mérito.

Mérito.

Primeiramente, cumpre registrar que a questão relativa ao dano material suportado pelos requerentes restou inconteste, face ao total acerto e adequação da decisão de 1º Grau neste sentido, tanto que tal ponto sequer foi objeto de recurso por quaisquer das partes, desmerecendo, portanto, considerações a seu respeito.

Desse modo, resta então analisar somente a pretensão da apelante para que seja afastada sua responsabilidade pela indenização fixada a título de danos morais ou, sucessivamente, para que seja minorada a referida condenação.

Pois bem, no tocante à responsabilidade da ora recorrente pelos danos suportados pelos autores em virtude do homicídio de sua filha, em que pesem as alegações tecidas no apelo recursal em apreço, tenho que irretocável o entendimento esposado na sentença guerreada quanto à obrigação desta de responder, solidariamente com a 1ª e 3ª requeridas, pelo pagamento da indenização fixada, não pelos fundamentos adotados pelo Juiz sentenciante, mas pelas razões que serão a seguir aduzidas.

Da minuciosa análise do apelo recursal e das demais provas juntadas aos autos, mostra-se visível que a tese argumentativa da apelante se embasa, essencialmente, na impossibilidade de lhe ser imputado o dever de responder por infortúnios ocorridos fora da propriedade de sua preposta, tanto que tenta a recorrente, a todo momento, demonstrar que os disparos com arma de fogo que precederam o óbito da filha dos apelados, Srta. Priscila Costa Pimenta, teriam ocorrido fora dos limites da festa “Funk Folia”, promovida em imóvel locado pela apelante à 1ª requerida, situação fática a qual, embora entendo restar comprovada, não afasta a responsabilidade da recorrente pelos danos em questão.

Isso porque, a despeito de este Relator entender que a fatalidade narrada nos autos realmente ocorreu, fisicamente, fora da propriedade formal e autônoma da apelante, tenho que tal circunstância, ao contrário do que é sustentado no recurso em apreço, não tem o condão de afastar o dever de segurança decorrente da locação de seu imóvel para a realização do evento indicado nos autos, visto que o homicídio da filha dos requerentes ocorreu em local cujo acesso só era permitido a quem adquirisse o ingresso da festa promovida no imóvel locado pela parte apelante, senão vejamos.

Pois bem, como acima apontado, o exame em conjunto das provas colecionadas aos autos, especialmente do registro de imóvel de f. 96, das plantas de f. 51/52 e 97, da imagem via satélite de f. 550 e dos depoimentos

colhidos às f. 133/136, realmente é apto a demonstrar que os tiros que deram causa à morte da filha dos apelados foram dados em local que já excedia os limites da propriedade formal da apelante.

Não obstante, é imperioso salientar que o conjunto de chácaras “Casa do Folclore”, no qual se localiza a propriedade da apelante, se trata de um “condomínio de fato”, sendo tal fato inclusive reconhecido pela ora recorrente, de modo que, sendo o referido agrupamento de imóveis visto, e também conservado, como um anexo imobiliário particular, com portaria única e passagens de circulação privativas, não pode lhe ser conferido tratamento jurídico equivalente ao concedido a uma agregação de propriedades autônomas, cujas unidades sejam separadas por vias públicas nas quais há livre trânsito de pessoas e veículos.

Ademais, ainda sobre o exame fático dos eventos que precederam o homicídio narrado nos autos, cumpre também destacar que, do depoimento pessoal prestado pela própria preposta da pessoa jurídica apelante à f. 134, é possível verificar que, na noite da festa indicada, a supramencionada portaria foi utilizada pelos funcionários da 3ª requerida como um ponto de filtragem de acesso ao condomínio, cuja permissão de passagem só se dava mediante apresentação do ingresso do evento em referência, conforme corroborado pela testemunha por ela arrolada à f. 136.

Ora, se a própria apelante afirma que para adentrar o “condomínio de fato”, onde se localiza sua propriedade, era realizado um controle prévio de entrada, no qual deveria ser apresentado ingresso da festa mencionada, torna-se incontestável o fato de que, se os disparos em questão foram realizados em local que intermediava a festa e a referida portaria, tal incidente não ocorreu em uma mera via pública, como alegado pela recorrente, até porque, se assim o fosse, não seria possível impor quaisquer obstruções de passagem, tal como feito pelos seguranças vinculados à 3ª requerida.

Dessa maneira, restando incontestado que os disparos em questão ocorreram em local no qual somente poderiam ter acesso pessoas que adquiriram ingresso para o evento promovido no imóvel locado pela apelante, faz-se indiscutível que a filha dos apelados só ficou exposta aos disparos efetuados naquela noite em virtude do descumprimento do dever de vigilância que competia a todas as requeridas de forma solidária, em virtude da natureza consumerista que qualifica a promoção do evento indicado nos autos.

Isso posto, inafastável a responsabilidade da apelante pelo ressarcimento dos autores pelos danos morais por eles suportados, não merecendo qualquer reforma a decisão de 1º grau nesse ponto.

Por fim, no que diz respeito ao *quantum* da indenização a ser prestada, registra-se que, embora a quantificação não possua critérios fixos e determinados, deve pautar-se no prudente arbítrio do Julgador, com a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, das circunstâncias peculiares do caso e sempre tendo em vista os objetivos do instituto do dano moral, quais sejam compensar a vítima pelos transtornos e prejuízos suportados, desestimular a prática de novos ilícitos pelo agente e impor-lhe uma penalidade pela conduta já adotada, mas sem que a indenização implique o enriquecimento ilícito de seu favorecido.

Sopesando-se todas as considerações acima feitas, conclui-se que a solução mais justa é a manutenção da indenização fixada pelo digno Magistrado *a quo*, no valor de R\$40.000,00 para cada autor, por ser a quantia que mais se adequa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como às especificidades do caso concreto e à censurabilidade do ato praticado pelas requeridas, além de estar em consonância com os

valores normalmente arbitrados por este eg. Tribunal de Justiça em casos similares, não havendo falar em redução da indenização.

Ante todo o exposto, nego provimento ao recurso, ficando mantida na íntegra a respeitável decisão hostilizada.

Tomando-se por base o que preceitua o art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/2015, deixo de majorar os honorários advocatícios de sucumbência, uma vez que foram fixados no máximo legal de 20% sobre o valor da condenação, devendo ser mantida a sucumbência de primeiro grau e ficando a ré, ora apelante, responsável também pelas custas recursais.

DES. JOÃO CANCIO - De acordo com o Relator.

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Acompanho o voto do Douto Relator, para reconhecer a responsabilidade da apelante em ressarcir os autores pelos danos morais suportados pelos mesmos, em razão da solidariedade da cadeia de fornecedores de serviços, prevista no art. 7º, par. único, do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, o direito de regresso do fornecedor “não culpado” contra os demais integrantes da cadeia de fornecedores é assegurado pelo mesmo dispositivo legal acima citado.

Nesse sentido, colha-se a doutrina de Cláudia Lima Marques:

Direito de regresso. Responsabilidade dos grupos: Impõe-se refletir sobre a responsabilidade extracontratual do grupo, também chamada de causalidade alternativa, exposta indiretamente no art. 7º, parágrafo único, e nos artigos seguintes (arts. 12, 13 e 14). O CDC traz uma resposta clássica em matéria de produtos e uma resposta ousada em matéria de serviços. Enquanto o art. 12 nomeia os responsáveis solidários principais e introduz um responsável subsidiário, o comerciante (art. 13), no art. 14 os fornecedores de toda a cadeia de serviços são considerados solidariamente responsáveis, todos, sem exceção e objetivamente. O direito de regresso do fornecedor ‘não culpado’ está assegurado pelo parágrafo único do art. 7º do CDC, mas lembre-se que o sistema do CDC não permite a denúncia à lide ou qualquer outra indicação do verdadeiro ‘culpado’ no processo frente ao consumidor ou seus representantes legítimos (MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4.ed. rev., atual. e ampl. Ed. Revista dos Tribunais: 2013. p. 361).

Assim, acompanho o voto do douto Relator, apenas acrescentando a observação acima.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização - Aquisição de produtos comercializados em sítio eletrônico - Falta de entrega - Ilegitimidade passiva da emissora de televisão e apresentador que veiculou a publicidade - Responsabilidade solidária da empresa de cobrança - Prejuízo extrapatrimonial suportado pelo adquirente

- Os arts. 30 e 38 do Código de Defesa do Consumidor conferem ao anunciante a responsabilidade pelo teor da publicidade, não sendo possível imputar à emissora de televisão e aos seus apresentadores/prepostos as consequências de eventual inadimplemento contratual do fornecedor, quando, imbuídos de boa-fé, se limitarem a veicular o anúncio.
- Sendo patente que a quarta ré figurou na cadeia de prestação dos serviços ou da oferta do produto, impõe-se o seu restabelecimento ao polo passivo da lide, em razão do que dispõe o art. 18 c/c 25, § 1º, do CDC.
- Comprovadas a compra via internet e a falta de entrega dos produtos, ao adquirente é reconhecido o direito à reparação dos danos suportados.
- O descumprimento do contrato de compra e venda por parte do fornecedor tipifica conduta desleal, que viola o Princípio da boa-fé objetiva e confere ao consumidor o direito à indenização por danos morais.
- No arbitramento do valor da indenização por dano moral devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato danoso e suas repercussões, como também com as condições pessoais das partes.
- A indenização por dano moral não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pela prática do ilícito.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.13.026975-9/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Edilson Alves Pereira - Apelada: TVSBT - Canal 4 de São Paulo S/A. e outro, Mastercard Brasil Ltda., Akatus Meios de Pagamento Ltda., Neon Distribuidora de Produtos Eletrônicos Ltda., Carlos Alberto de Nobrega - Relator: DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES

Acórdão

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

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Roberto Soares de Vasconcellos Paes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Trata-se de apelação interposta por Edson Alves Pereira em face da sentença proferida pelo MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos da ação ordinária movida contra Neon Distribuidora de Produtos Eletrônicos Ltda., TVSBT - Canal

4 de São Paulo S/A, Carlos Alberto de Nobrega, Akatus Meios de Pagamento S/A e Mastercard Brasil S/C Ltda., acolheu as preliminares de ilegitimidade passiva do Segundo, Terceiro, Quarto e Quinto réus, e, no mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

Isto posto, a presente é, pois, para declarar a ilegitimidade da 2ª ré, do 3º réu, da 4ª e 5ª rés para figurarem no polo passivo da presente, e, ainda, para julgar parcialmente procedentes os pedidos, condenando a ré em obrigação de fazer concernente em suspender a cobrança no contrato de financiamento com uso cartão plástico do autor, referente às parcelas concernentes ao pagamento dos dois produtos descritos nos autos, condenando a ré, também, ao pagamento de indenização a título de danos materiais no importe de R\$899,90, referente ao pedido de nº 287794, com correção monetária pela tabela do TJMG, a partir da data de 21/12/12, com juros legais de 1% ao mês a partir desta mesma data, e ainda, a condenação da ré ao pagamento de indenização a título de danos materiais no importe de R\$899,90, referente ao pedido de nº 328243, com correção monetária pela tabela do TJMG, a partir da data de 24/1/13, com juros legais de 1% ao mês a partir desta mesma data, e julgar improcedente o pedido de indenização a título de danos morais.

Fica extinta a fase processual nos termos do artigo 485, IV, e 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Houve sucumbência recíproca. Condeno o autor no pagamento de 1/3 das custas e despesas processuais e em honorários de advogado da 1ª, da 2ª ré, do 3º réu, da 4ª e 5ª rés os quais fixo em R\$1.000,00, para cada um deles, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, com correção monetária segundo tabela do TJMG, a partir da publicação desta e juros legais após o trânsito em julgado, suspensa a cobrança tendo em vista da gratuidade deferida; condeno a 1ª ré no pagamento de outros 2/3 das custas processuais e em honorários de advogado, os quais fixo em R\$1.200,00, segundo o art. 85, § 2º, do CPC.

Nas razões recursais de f. 345/355, o autor/recorrente defendeu a legitimidade passiva dos segundo, terceiro, quarto e quinto réus. No mérito, sustentou que os fatos noticiados na exordial causaram-lhe dano moral, pelo qual pretende ser indenizado.

Contrarrazões, pelos réus, às f. 374/381, 382/386 e 387/405, em óbvia contrariedade.

É o Relatório.

Decido.

Registro que, para a admissibilidade do presente Recurso, deve ser observado o regramento contido no Novo Código de Processo Civil, tendo em vista a data da publicação da Decisão motivadora da sua interposição e a regra constante do art. 14, da Lei nº 13.105/2015:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Nesse sentido é o Enunciado nº 54, divulgado pela 2ª Vice-Presidência deste Col. Tribunal de Justiça:

54. 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.

Menciono, ainda, o Enunciado Administrativo nº 3, do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

03. 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.

Feitas tais considerações, conheço do recurso, uma vez que próprio, tempestivo (f. 374), regularmente processado e dispensado do preparo, por litigar o recorrente sob o pálio da Assistência Judiciária (f. 72).

Notícia a exordial que a emissora de televisão/segunda ré - TVSBT, canal 4 de São Paulo S/A e seu apresentador/terceiro réu - Carlos Alberto de Nóbrega, no programa “A Praça é Nossa”, veicularam um comercial da primeira ré - Neon Distribuidora de Produtos Eletrônicos Ltda., ocasião em que o autor acessou a loja virtual e adquiriu dois produtos (Ipad Apple e TV 40”), pelos preços de R\$899,88 (oitocentos e noventa e nove reais e oitenta e oito centavos) e R\$899,90 (oitocentos e noventa e nove reais e noventa centavos), respectivamente, a serem pagos em 12 (doze) parcelas mensais e consecutivas, que foram debitadas no cartão de crédito de sua titularidade e administrado pela quinta ré (Mastercard Brasil S/C Ltda.), figurando a quarta ré (Akatus Meios de Pagamento S/A.) como empresa de cobrança.

Adicionou que os produtos adquiridos não lhe foram entregues, não obstante já tenha transcorrido o prazo estabelecido no ato da compra (60 dias), razão pela qual ajuizou a presente demanda, visando à restituição dos valores quitados, bem como a condenação dos réus ao pagamento de indenização extrapatrimonial.

Quanto à pretensa legitimidade dos segundo e terceiro réus - TVSBT, canal 4 de São Paulo S/A e Carlos Alberto de Nóbrega, para figurarem no polo passivo da demanda, não merece prosperar a irresignação recursal.

É que o serviço prestado por eles, em regra, é de mera veiculação de anúncio, sem consultoria ou participação no negócio jurídico do fornecedor.

Trata-se de um espaço de propaganda, como ocorre em jornais impressos, com informação do anunciante e do produto, sem qualquer vínculo da empresa jornalística ou de radiodifusão.

Fato é que se deve atribuir ao anunciante, em regra, a responsabilidade pelo conteúdo da publicidade ou das informações prestadas, mas não à emissora, nem tampouco ao seu preposto/apresentador, que apenas atuam na divulgação, sem nenhum vínculo.

Isso porque não se trata de atividade intrínseca ao serviço prestado por eles, no caso de mera veiculação de anúncio pago.

Registre-se que, a rigor, os artigos 30 e 38 do Código de Defesa do Consumidor conferem ao anunciante a responsabilidade exclusiva pelo teor da publicidade, não sendo possível imputar à emissora ou ao apresentador do programa televisivo as consequências de eventual inadimplemento contratual do fornecedor, quando, imbuídos de boa-fé, exibirem o conteúdo.

A propósito do tema, in *Direito do Consumidor*. 10. ed. Ed. Juspodivm, 2013, p. 305, os comentários de Leonardo de Medeiros Garcia:

De acordo com o art. 38, as agências de publicidade e os veículos de comunicação somente responderão a título de culpa ou dolo, recaindo a responsabilidade da prova da veracidade e correção da informação sobre o fornecedor que patrocinou a campanha publicitária.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ. O STJ entendeu, por exemplo, que não pode o jornal responder por anúncio de instituição financeira em que se faz a oferta de juros tidos por abusivos. Assim, não é

dever dos veículos de comunicação apurar, em princípio, veracidade ou abusividade do anúncio contratado, pois esse ônus é do fornecedor-anunciante.

‘As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, Arts. 3º e 38). O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante - não às empresas de comunicação (Art. 3º, CDC) (STJ, REsp 604.172/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. em 27/3/2007, DJ de 21/5/2007)’

No mesmo sentido, recente julgamento no informativo 461 do STJ, entendendo que a “publicidade de palco” feita pelo apresentador não implica a corresponsabilidade da empresa de televisão pelo anúncio divulgado”.

Ainda, para melhor elucidar a questão, transcrevo excertos do aresto que deu origem ao informativo citado na Doutrina que viemos de expor (RESP nº 1.157.228/RS), Rel. Min. Aldir Passarinho Junior:

[...]

A propaganda televisiva, presentemente, não se faz apenas pela via convencional dos anúncios nos intervalos comerciais, mas também por outros meios, ditados pelo desenvolvimento dos recursos técnicos e pela necessidade de aprimoramento da interação com o telespectador, ante a concorrência constante com as mais diversas formas de comunicação e informação.

Com isso quer-se dizer que, hoje, dispondo o público alvo de inúmeros canais na programação, seja convencional, a cabo ou ambas, pelos quais pode navegar a um simples toque no teclado do comando eletrônico do aparelho, prender a sua atenção tornou-se um desafio.

Daí por que, dentre as novas espécies de propaganda veiculadas em televisão, surgiu a chamada “publicidade de palco”, espécie de comercial ao vivo, no qual a mensagem do anunciante, em lugar de ser gravada, é promovida pelo próprio apresentador do programa ou outra pessoa. Essa propaganda, usualmente, tem um tempo estipulado pela emissora e limite de texto, de acordo com a grade do programa, e é realizada na linguagem característica do apresentador e do respectivo ‘show’.

Há outra variação, ainda dentro da “publicidade de palco”, que é o “comercial chamado”, pelo qual o apresentador, utilizando-se de um texto menor, às vezes jocoso, chama a atenção do telespectador para um comercial que é exibido a seguir, porém sempre dentro do bloco do programa, que também pode ser seguido de um comentário de finalização pelo mesmo apresentador.

Igualmente é considerada como ‘publicidade de palco’ o ‘merchandising’, que tem lugar dentro do programa para fins de memorização de marca, slogans, etc, usualmente empregando estímulos visuais e textuais, ações conceituais, eventos especiais, sem rigorosa limitação de tempo e texto. Exemplo disso é uma distribuição de brindes de determinado produto à plateia, com um prêmio de viagem inserido em um deles.

Existe, mais, na mesma categoria de ‘publicidade de palco’, o formato comercial de patrocínio de quadros específicos do programa, que é divulgado no bloco, antes e depois da apresentação do quadro.

Verifica-se, portanto, que a inserção de propaganda em programas de televisão, particularmente nas apresentações ‘ao vivo’, é, presentemente, praxe comum, ditada pelas exigências de um mercado dinâmico e mutante.

Isso, todavia, não tem absolutamente o condão de modificar a natureza da coisa. Ela é o que é: uma propaganda. E, como tal, há de se distinguir o anunciante, do veículo de mídia que divulga o anúncio.

A responsabilidade pelo produto ou serviço anunciado é daquele que o confecciona ou presta, e não se estende à televisão, jornal ou rádio que o divulga. A participação do apresentador, ainda que este assegure a qualidade e confiabilidade do que é objeto da propaganda, não o torna garantidor do cumprimento das obrigações pelo anunciante.

A tese sufragada pelo acórdão a quo está em atribuir à emissora de televisão uma parceria, um coempreendedorismo que não existe nem em contrato, nem na lei. Os jornais, revistas, rádio e televisão têm despesas elevadas e auferem sua receita da propaganda que veiculam. Não são instituições bancárias e financeiras, operadoras de cartões de crédito, de telefonia, fábricas de automóveis, de produtos de beleza e vestuário, empresas de aviação, planos de saúde, etc. Esses anunciam, e as empresas de comunicação, por seus veículos, publicam ou transmitem os anúncios.

Destarte, a denominada 'publicidade de palco' não implica a corresponsabilidade da empresa de televisão pelo anúncio divulgado. E o apresentador está, ali, como se dizia no passado, atuando como 'garoto-propaganda', e não na qualidade de avalista formal, por si ou pela empresa de comunicação, do êxito do produto ou serviço para o telespectador que vier no futuro a adquiri-los.

No caso dos autos, a inicial refere que o autor buscou um empréstimo - e aí a petição é dúbia, pois asseve que a finalidade seria a compra de automóvel, e depois fala em casa própria (cf. e-STJ, f. 4) - e, apesar de depositar R\$ 400,00 na conta da 1ª ré, Megainvest Emp. e Part. Ltda., e enviar a documentação correspondente, o valor do mútuo não foi creditado em sua conta corrente, não obstante a promessa contida no anúncio veiculado em programa do apresentador Gilberto Barros, de que o prazo para tanto era de quinze dias. Verifica-se, portanto, que a alegada falha diz respeito ao produto caracterizado pelo empréstimo e à prestação do serviço de concessão do mútuo, de responsabilidade da 2ª ré, Megainvest, que é a instituição financeira contratada, e só ela, para a operação creditícia, atividade, inclusive, inteiramente alheia ao objeto social da 1ª ré. A 1ª ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. atuou, via 'publicidade de palco', exclusivamente como veiculadora da propaganda, nada além.

E esse é o sentido do Código de Defesa do Consumidor, quando qualifica o fornecedor no art. 3º. Em seu art. 12, ao dispor sobre a 'responsabilidade pelo fato do produto e do serviço' (Seção II), aponta 'o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador', 'por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos'. Da mesma forma, em relação ao 'fornecedor de serviços', atribui-lhe a responsabilidade, no art. 14, quanto a 'informações insuficientes ou inadequadas'. E, mais adiante, na Seção III, ao tratar da 'responsabilidade por vício do produto e do serviço' a mesma Lei nº 8.078/1990, no art. 18, também indica, textualmente, que 'os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem' por disparidades ocorrentes entre os bens e a 'mensagem publicitária', por igual o fazendo o art. 20, referente ao 'fornecedor de serviços' e discrepância destes com a 'mensagem publicitária'.

Em suma, em nenhuma dessas normas é responsabilizado aquele que veicula a propaganda. Ele não é fornecedor, nem tem relação de consumo com o telespectador adquirente do produto ou serviço. Esta é a situação da 1ª ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. Por fim, em harmonia com o que se disse, rezam os arts. 36, parágrafo único, e 38 da Lei nº 8.078/1990, que:

Art. 36. [...]

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

[...]

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

A interpretação dada, pois, pelo Tribunal de Justiça *a quo* não encontra respaldo na legislação pertinente e, com a máxima vênia, não se mostra razoável, ainda acarretando como consequência o próprio desaparecimento da chamada “propaganda de palco”, visto que é fácil imaginar o alto risco na posição de uma empresa de comunicações que passaria a arcar com a corresponsabilidade por todos os produtos e serviços anunciados, sem que pudesse intervir em seu controle de qualidade e auferir lucros pela venda respectiva.

Não destoam a jurisprudência desta Corte:

Apelação cível. Ação de rescisão de contrato cumulada com indenização por danos morais e materiais. Propaganda enganosa. Responsabilidade do veículo de comunicação. Inexistência. Ato ilícito praticado pela anunciante e comerciante do produto. Sentença mantida. Recurso não provido. - Os veículos de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade deve ser imputada ao anunciante e comerciante do produto (TJMG - Apelação Cível nº 1.0026.13.001930-5/001, Rel. Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 29/7/2015, p. em 7/8/2015).

Ao demais, não se verifica nenhuma conduta, por parte do segundo e terceiro réus, que tenha, de alguma forma, contribuído para os prejuízos experimentados pelo autor, ora apelante.

Isso porque as regras consumeristas que viemos de expor - arts. 30 e 38 do CDC - cedem passo à verificação da prática de condutas abusivas pelas pessoas que veicularam o anúncio, que, certamente, acarretariam a sua responsabilização.

A respeito do tema, relevante destacar os Votos de Declaração proferidos pelos em. Ministros Maria Isabel Gallotti e Luiz Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial nº 1.157.228:

[...]

Sr. Presidente, eu também acompanho o voto do Sr. Ministro Relator, entendendo que a emissora de televisão com quem foi contratada a publicidade não está na cadeia de responsabilização objetiva ditada pelo Código de Defesa do Consumidor. Não há relação de consumo entre a empresa de comunicação que divulga a publicidade e o mutuário que contratou um empréstimo com o banco, atraído pela publicidade. E, em tese, o que não é o caso que está em discussão nesses autos, se houver manifesto abuso na atividade da emissora de comunicação que dolosa ou culposamente prejudique o público alvo dos anúncios televisivos, o que poderia haver seria uma ação baseada na responsabilidade civil comum, e não em responsabilidade objetiva do CDC. [...].

Acompanho o voto do em. Ministro Relator, mas com ressalva, diante da peculiaridade do caso concreto.

[...]

2. De fato, é possível vislumbrar hipóteses de manifesto abuso, caso a solução utilizada seja generalizada.

É de se aventar uma situação em que haja propaganda grosseira, como por exemplo de uma empresa de saúde que promete a cura do câncer, e, ainda assim, o veículo de comunicação transmite a publicidade, oferecendo os produtos.

Em um outro exemplo mais bizarro, determinada empresa busca vender uma parte do território de país estrangeiro, ou de outro planeta, e um consumidor, de boa-fé, acreditando na publicidade veiculada, realiza a compra.

Sem mencionar a eventual publicidade de palco de produtos ilícitos, *verbi gratia*, drogas de uso proibido.

Com efeito, são situações engendradas de modo grosseiro, mas que dão bem a medida de como pode haver abuso.

Evidentemente, a análise será subjetiva, mas devem ser respeitados os limites da lei.

3. Por conseguinte, acompanho o voto do em. Relator diante das circunstâncias do caso concreto.

Contudo, não afasto, genericamente, a responsabilidade do veículo de comunicação em todas as hipóteses, por entendê-lo parte legítima para a demanda, dependendo da situação apresentada.

Na verdade, somente o caso concreto permitirá uma análise da pertinência subjetiva para a causa, quando houver manifesto abuso na publicidade, e isso ficar demonstrado nos autos, comprovando-se a responsabilidade dentro da extensão da cadeia de consumo, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, alargando-se o conceito de fornecedor. [...].

Também, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - Conar, no capítulo denominado “As Responsabilidades”, descreve, relativamente ao comprometimento do veículo de comunicação, a mencionada ressalva:

Art. 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste código cabe ao anunciante e a sua agência, bem como ao veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste artigo:

- a. o anunciante assumirá responsabilidade total por sua publicidade;
- b. a agência deve ter o máximo cuidado na elaboração do anúncio, de modo a habilitar o cliente anunciante a cumprir sua responsabilidade, com ele respondendo solidariamente pela obediência aos preceitos deste código;
- c. este código recomenda aos veículos que, como medida preventiva, estabeleçam um sistema de controle na recepção de anúncios.

Poderá o veículo:

- c. 1) recusar o anúncio, independentemente de decisão do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, quando entender que o seu conteúdo fere, flagrantemente, princípios deste Código, devendo, nesta hipótese, comunicar sua decisão ao Conselho Superior do Conar que, se for o caso, determinará a instauração de processo ético;
- c. 2) recusar anúncio que fira a sua linha editorial, jornalística ou de programação;
- c. 3) recusar anúncio sem identificação do patrocinador, salvo o caso de campanha que se enquadre no parágrafo único do artigo 9º (*teaser*);

- c. 4) recusar anúncio de polêmica ou denúncia sem expressa autorização de fonte conhecida que responda pela autoria da peça;
- d. o controle na recepção de anúncios, preconizado na letra 'c' deste artigo, deverá adotar maiores precauções em relação à peça apresentada sem a intermediação de agência, que por ignorância ou má-fé do anunciante, poderá transgredir princípios deste código;
- e. a responsabilidade do veículo será equiparada à do anunciante sempre que a veiculação do anúncio contrariar os termos de recomendação que lhe tenha sido comunicada oficialmente pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - Conar.

No caso, não se verificou ilicitude nos negócios jurídicos firmados entre o autor e a primeira ré, consistentes nas vendas e compras de IPAD e aparelho televisor, tampouco remanesceu demonstrado que a fornecedora à época - 21/12/2012 e 24/1/2013 - não gozava de boa reputação no mercado.

Não obstante a quarta ré tenha noticiado a Recuperação Judicial da Primeira Requerida (processo nº 4002210-69.2013.8.26.0302), pude observar, através de consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - andamento processual, que tal procedimento foi iniciado somente em 17/6/2013, ou seja, seis meses após a compra e venda mais recente realizada pelo autor (24/1/2013).

Mais, a consolidação da falta inexorável de recursos para a solução das dívidas acumuladas pela primeira ré sobreveio apenas com a decretação da sua falência, em 26/2/2015, um ano e sete meses após a última aquisição pelo consumidor.

Assim, manifesta a boa-fé do segundo e terceiro Réus, ainda mais tendo em vista que, se repita, nas datas em que veicularam as publicidades, não havia notícia de comprometimento da saúde financeira da primeira ré.

Quanto à quinta ré - Mastercard, também não há como imputar-lhe a responsabilidade pelo evento danoso, por se tratar tão somente da "bandeira" do cartão de crédito de titularidade do autor. Ela não constitui nem sequer a entidade financeira responsável pelo financiamento, que, na espécie, é o Banco Santander, conforme se infere dos documentos de f. 27/28.

Assim, não tendo participado da cadeia de fornecimento dos produtos, não detém legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

A propósito, a jurisprudência desta Corte:

Apelação cível. Ação indenizatória. Alegação de cerceamento de defesa. Não ocorrência. Desnecessidade de produção de novas provas. Cartão de crédito da bandeira Mastercard. Ilegitimidade da marca/bandeira para compor o polo passivo da ação. Reconhecimento. Manutenção da sentença. Cabimento. - Não se há de falar em nulidade do processo ou da sentença, ao fundamento de que houve cerceamento de defesa, se foi observado o devido processo legal e, ainda, se há provas nos autos suficientes para a formação do convencimento do Julgador, não tendo a parte ré demonstrado qualquer prejuízo. - A Mastercard, empresa de "bandeira", não possui legitimidade passiva para integrar o polo passivo de ação envolvendo discussão a respeito de cumprimento de contrato de cartão de crédito, intentada pelo titular do cartão (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.15.018291-6/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, 17ª Câmara Cível, j. em 20/10/2016, p. em 1/11/2016).

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito. Cartão de crédito. Relação de consumo. Preliminar de ilegitimidade passiva Mastercard. Acolhimento. Prestação de serviços. Responsabilidade objetiva. Ônus da prova. Demonstração de ausência de defeito, culpa exclusiva da parte ou de terceiro. Inexistência. Pagamento da fatura. Restituição danos materiais de forma simples. Possibilidade. Ausência de má-fé da instituição bancária. Redistribuição dos honorários. - Tratando-se a Mastercard Brasil de empresa detentora tão somente da licença da bandeira, não sendo responsável pela gerência direta da emissão, cobrança e transações realizadas entre a instituição financeira e o portador do cartão, não possui legitimidade passiva para atuar no feito. - A falha na segurança da utilização do serviço de crédito colocado à disposição do consumidor é de responsabilidade objetiva da instituição financeira, sendo que esta somente afastará sua responsabilidade se provar ausência de defeito, culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. - Nos termos da regra processual estabelecida no art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil, o Tribunal, ao julgar o recurso, deverá majorar os honorários advocatícios fixados anteriormente, levando-se em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, atendo-se, contudo, ao limite e aos requisitos estabelecidos nos §§ 2º e 3º, do mesmo dispositivo legal (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.16.061862-5/001, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, 17ª Câmara Cível, j. em 20/4/2017, p. em 24/4/2017).

Relativamente à quarta ré (Akatus Meios de Pagamento Ltda.), a tese de ilegitimidade passiva acolhida na sentença é descabida, pois a sua responsabilidade em relação à empresa que comercializou o produto disponibilizado *on line* é solidária.

É que, diante da sua natureza (gerenciadora de pagamentos), admitida na Contestação e corroborada pelo Estatuto Social de f. 96/102, que descreve o seu objetivo como “a prestação de serviços relacionados às atividades de cobrança de faturas e de dívidas para clientes e a transferência aos clientes dos pagamentos recebidos”, por óbvio, ela participou da cadeia de fornecimento dos produtos adquiridos pelos autores.

Ainda, não se pode desconsiderar que é o nome dela associado ao da primeira ré - Neon Distribuidora de Produtos Eletrônicos Ltda. que figura no histórico das despesas do cartão de crédito de titularidade do autor, sendo nítida, portanto, a parceria entre elas.

São aplicáveis, assim, as disposições dos arts. 7º, parágrafo único, 18, e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

[...]

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores.

§ 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

A assunção do risco da atividade por toda a cadeia de fornecedores ou prestadores de serviços, em um determinado mercado de consumo, exige o atendimento às legítimas expectativas do consumidor, cuja vulnerabilidade, em regra, se acentua, diante da complexidade dos critérios e sistemas de atuação.

Note-se que a configuração da responsabilidade solidária por danos causados por falha na prestação de serviços ou do produto, na seara consumerista, demanda apenas a identificação daqueles que figuraram na cadeia de fornecimento.

A propósito, Cláudia Lima Marques leciona:

A cadeia de fornecimento é um fenômeno econômico de organização do modo de produção e distribuição, do modo de fornecimento de serviços complexos, envolvendo grande número de atores que unem esforços e atividades para uma finalidade comum, qual seja a de poder oferecer no mercado produtos e serviços para os consumidores. O consumidor muitas vezes não visualiza a presença de vários fornecedores, diretos e indiretos, na sua relação de consumo, sequer tem consciência - no caso dos serviços, principalmente - que mantém relação contratual com todos ou que, em matéria de produtos, pode exigir informações e garantia dos produtos diretamente daquele fabricante ou produtor com o qual não mantém contrato. A nova teoria contratual, porém, permite esta visão de conjunto do esforço econômico de fornecimento e valoriza, responsabilizando solidariamente, a participação destes vários atores dedicados a organizar e realizar o fornecimento.

[...]

O reflexo mais importante, o resultado mais destacável desta visualização da cadeia de fornecimento, do aparecimento plural dos sujeitos-fornecedores, é a solidariedade dentre os participantes da cadeia mencionada nos arts. 18 e 20 do CDC e indicada na expressão genérica “fornecedor de serviços” do art. 14, *caput*, do CDC, como veremos mais em detalhes a seguir. De qualquer forma cabe aqui analisar os outros dois reflexos mais conhecidos deste fenômeno da pluralidade passiva na relação de consumo: o fenômeno da pós-personalização (ou catividade) e a conexidade dos contratos.

[...]

A pós-personalização é um misto entre relação intrinsecamente despersonalizada e externamente personalizada, em um *double coding* pós-moderno. Parece-me um fenômeno pós-moderno por sua complexidade e fragmentação. Assim, se de um lado a marca ou grupo importa para o consumidor e faz parte de suas expectativas legítimas estar vinculado a este fornecedor, a verdadeira personalidade jurídica do fornecedor não importa (pode se tratar de grupo de empresas, como nos bancos múltiplos ou de redes de telecomunicações, pode se tratar de um franquiado, de um comerciante individual em um complexo, *shopping* ou *mix*), o que importa é justamente a marca, esta pós-personalização (Contratos no *Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 334/339).

Portanto, sendo patente que a quarta ré figurou na cadeia de prestação dos serviços ou da oferta do produto, impõe-se o seu restabelecimento ao polo passivo da lide, em razão do que dispõe o art. 18 c/c art. 25, § 1º, do CDC.

Neste sentido, seguem precedentes:

Recurso inominado. Consumidor. Compra pela internet. Produto não entregue. Legitimidade passiva da ré Pagseguro. Risco do negócio. Ilegitimidade da administradora de cartão de crédito. Restituição dos valores cobrados na forma simples. Danos morais não comprovados. Mero dissabor da vida em sociedade. Negaram provimento ao recurso do autor e deram provimento ao recurso da ré (TJ/RS - Recurso Cível nº 71005647201/RS, Rel. Des. Luís Francisco Franco, j. em 25/2/2016, Terceira Turma Recursal Cível, p. em 2/3/2016).

Apelação cível. Ação indenizatória. Compra de mercadoria via internet. Preliminar de ilegitimidade passiva da gestora de pagamento virtual. Rejeição. Mérito. Produto não entregue. Estorno não efetuado. Ato ilícito configurado. Danos morais. Ausência. Meros aborrecimentos. - Demonstrada a pertinência subjetiva e objetiva entre a pretensão deduzida pelo autor e a possibilidade de a 2ª ré de suportar eventual condenação, necessária é a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva. - Responde solidariamente pelos danos causados ao consumidor a empresa que atua como gestora de pagamento de loja virtual. - Não há que se falar em danos morais indenizáveis o simples descumprimento contratual que não ocasiona lesão efetiva a direito da personalidade (TJMG - Apelação Cível 1.0145.13.054724-6/001, Rel.ª Des.ª Aparecida Grossi, 16ª Câmara Cível, j. em 17/2/2016, p. em 26/2/2016).

Passo, pois, à apreciação do mérito do apelo.

No caso, incontroverso que os produtos adquiridos pelo autor não lhe foram entregues, haja vista a revelia da primeira ré (f. 301) e o fato de não ter havido impugnação acerca do tema, por parte da quarta ré, na contestação de f. 84/90.

Ao demais, relativamente ao reconhecimento de tal circunstância, não houve insurgência das rés através de recurso próprio (apelação), razão pela qual nesse tópico, por assim dizer, a sentença transitou em julgado.

Pretende o apelante, além da repetição que já foi imposta na sentença, a condenação dos réus ao pagamento de indenização extrapatrimonial.

É cediço que, para a imposição de obrigação indenizatória, são necessários a ocorrência do dano, o nexo de causalidade entre o fato e o dano e a culpa *lato sensu*.

Sobre a matéria, a lição de Caio Mário da Silva Pereira:

A teoria da responsabilidade civil assenta, em nosso direito codificado, em torno de que o dever de reparar é uma decorrência daqueles três elementos: antijuridicidade da conduta do agente; dano à pessoa ou coisa da vítima; relação de causalidade entre uma e outra (*Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 93).

No mesmo sentido, Rui Stoco ministra:

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência, ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato).

Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação do resultado à sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado,

conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. Por outras palavras, é o ilícito figurando como fonte geradora de responsabilidade (*Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed., 1999, p. 63).

Outrossim, para que se legitime a reparação da espécie debatida, é indispensável a ocorrência de ofensa a algum dos direitos da personalidade do indivíduo.

Esses direitos são aqueles inerentes à pessoa humana e caracterizam-se por serem intransmissíveis, irrenunciáveis e não sofrerem limitação voluntária, salvo restritas exceções legais (art. 11, CC/2002).

A título de exemplificação, são direitos da personalidade os referentes à imagem, ao nome, à honra e à integridade física e psicológica.

Acerca do tema, Carlos Roberto Gonçalves leciona:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação (GONCALVES, 2009, p. 359).

No caso, além da relação de consumo entre os litigantes, ficou evidente o dano extrapatrimonial sofrido pelo autor/apelante, em decorrência da falta de entrega dos produtos adquiridos junto à primeira ré, que, também, não devolveu o valor recebido.

Esses fatos, segundo as regras de experiência comum (CPC, art. 375), causam transtorno e constrangimento a qualquer consumidor que, tendo realizado a aquisição de produtos e cumprido regularmente sua obrigação de pagar, depara-se com a frustração do planejamento pessoal, ao deixar de receber as mercadorias.

Reitera-se que o apelado, além de não ter recebido os produtos adquiridos, efetuou o pagamento de diversas parcelas e continuava recebendo cobranças em suas faturas do cartão de crédito, circunstâncias que intensificaram ainda mais o desgaste psicológico experimentado, com a quebra da tranquilidade ordinária e o desrespeito à sua dignidade.

Marcelo Kokke Gomes a propósito ministra:

A proteção do consumidor resguarda-lhe dos abusos cometidos pela parte com mais poderio na relação jurídica de consumo (o fornecedor). Desta forma, produtos e serviços hão de respeitar o consumidor enquanto ser humano que adquire bens dos quais necessita, e não como mero receptor da produção. O respeito à saúde, à segurança e ao próprio patrimônio do consumidor visam a lhe proporcionar condições materiais suficientes para atingir uma existência digna, conquistando assim a cidadania, que nada mais é do que o exercício integral dos direitos do homem e do cidadão (*Responsabilidade civil: dano e defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 166).

O princípio da dignidade da pessoa humana está destacado nos arts. 1º, III, e 170, *caput*, da Constituição Federal, e no art. 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

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

Fábio Konder Comparato salienta a “ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também o dever positivo de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia”, por constituir “a melhor justificativa do reconhecimento, a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos [...]”. Adverte, o Ilustre Professor, que “a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida à condição de puro conceito” (*A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 24 e 229).

Logo, a falta da entrega dos produtos regularmente adquiridos confere ao consumidor o direito à reparação por danos morais.

É reiterada a orientação no sentido de que:

Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado assim o fato, impõe-se a condenação, sob pena de violação ao art. 334 do Código de Processo Civil (REsp nº 86.271/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, p. no DJ de 9/12/1997).

Caio Mário da Silva Pereira adverte que

[...] o fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos (Da responsabilidade civil. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 54).

A respeito da matéria, é oportuna a transcrição de elucidativo trecho de artigo publicado por Paulo Lôbo:

A interação entre danos morais e direitos da personalidade é tão estreita que se deve indagar da possibilidade da existência daqueles fora do âmbito destes. Ambos sofreram a resistência de grande parte da doutrina em considerá-los objetos autônomos do direito. Ambos obtiveram reconhecimento expresso na Constituição brasileira de 1988, que os tratou em conjunto, principalmente no inciso X do artigo 5º, que assim dispõe:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

Os direitos da personalidade, nas vicissitudes por que passaram, sempre esbarraram na dificuldade de se encontrar um mecanismo viável de tutela jurídica, quando da ocorrência da lesão. Ante os fundamentos patrimonialistas que determinaram a concepção do direito subjetivo, nos dois últimos séculos, os direitos de personalidade restaram alheios à dogmática civilística. A recepção dos danos morais foi o elo que faltava, pois constituem a sanção adequada ao descumprimento do dever absoluto de abstenção.

Do mesmo modo, os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral.

[...]

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de

modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. [...] (Danos morais e direitos da *personalidade*. Jus Navigandi, Teresina, Ano 8, nº 119, 31 out. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4445>).

Nesse sentido, mencionam-se julgados deste Eg. Tribunal de Justiça, nos quais foram resolvidas situações análogas:

Apelação cível. Ação de indenização. Aquisição de produto pela internet. Falha na prestação de serviços. Não entrega do produto adquirido e quitado no tempo e modo contratados. Cancelamento efetuado. Estorno devido. Dano moral configurado. Indenização. Condenação da parte ré. Cabimento. - Restam evidenciados os danos morais decorrentes da falha na prestação do serviço consubstanciada na não entrega de produto adquirido pela internet. - O consumidor tem direito à restituição dos valores que pagou por produto que não lhe foi entregue, de forma simples, em razão da ausência de prova da má-fé da comerciante (Apelação Cível nº 1.0106.14.000761-3/001, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, p. no DJe de 9/12/2014).

Apelação cível. Indenização danos morais e materiais. Não entrega de produto comprado pela internet. Não devolução do valor pago. Dano moral configurado. Minoração da indenização. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. - Comprovada a falha na prestação do serviço, consubstanciada na falta de entrega dos produtos conforme adquiridos na internet, a devolução pelo consumidor da mercadoria entregue erroneamente, as frustradas tentativas de solução do problema, a ausência de reposição dos produtos, bem como da importância paga, configuram danos morais indenizáveis. - A quebra de confiança, a perturbação e a angústia do consumidor associadas ao descaso da vendedora, configuram transtornos passíveis de indenização. - A indenização por dano moral deve ser fixada em valor suficiente apenas para reparar o dano, como se extrai do art. 944, caput, do Código Civil (Apelação Cível nº 1.0479.11.004478-7/001, Rel. Des. Amorim Siqueira, p. no DJe de 4/2/2014).

Apelação cível. Compra de eletrodoméstico. Falta de entrega da mercadoria. Pagamento havido. Lapso temporal exacerbado. Várias tentativas de solução do litígio pelo consumidor. Extrapolação do limite da razoabilidade. Dano moral reconhecido. Tendo o Consumidor adquirido eletrodoméstico de necessidade, com o efetivo desembolso do preço, a negativa, sem justo motivo, de entrega do produto pelo vendedor, impondo ao consumidor extensa busca para consolidação dos seus direitos, inclusive com a utilização do Procon e sem a solução esperada, revelando tempo exacerbado que foge dos limites da razoabilidade, imperioso se mostra o reconhecimento do dano moral indenizável (Apelação Cível nº 1.0439.10.001191-5/001, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, p. no DJ de 12/8/2011).

Quanto à fixação do valor da indenização, esclarece Maria Helena Diniz que, na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável. Acrescenta que, na reparação do dano moral, o juiz determina por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão, e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. Salienta que a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória, não se podendo negar sua função: 1- penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor; e 2- compensatória, sendo uma satisfação que atenua a ofensa causada, proporcionando uma vantagem ao ofendido, que poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, diminuindo assim, em parte, seu sofrimento. Conclui que fácil é denotar que o dinheiro não terá

na reparação do dano moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter, concomitantemente, satisfatório para a vítima e lesados e punitivo para o lesante, sob uma perspectiva funcional (Entrevista publicada na *Revista Literária de Direito*, número 09, Janeiro/Fevereiro de 1996, p. 7/14).

Apreende-se da doutrina de Caio Mário da Silva Pereira que, na reparação do dano moral, estão conjugados dois motivos ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido no fato de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa (*Da Responsabilidade civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 317 e 318).

Carlos Alberto Bittar também ensina que, na fixação do *quantum* devido, a título de dano moral, deve o julgador atentar para: a) as condições das partes; b) a gravidade da lesão e sua repercussão; e c) as circunstâncias fáticas. Ressalta que lhe parece de bom alvitre analisar-se primeiro: a) a repercussão na esfera do lesado; depois, b) o potencial econômico-social do lesante; e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro (Reparação civil por danos morais: a fixação do valor da indenização, *Revista de Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo*, v. 147, set./out. 1994, p. 11).

No caso, o recorrente, cidadão integrado à sociedade onde vive, foi indevidamente exposto aos efeitos nocivos das condutas das rés, que afetaram, de forma inexorável, o seu patrimônio moral.

A Doutrina de Yussef Said Cahali dilucida:

[...] o protesto indevido de título macula a honra da pessoa, sujeitando-a ainda a sérios constrangimentos e contratempos, inclusive para proceder ao cancelamento dos títulos protestados, o que representaria uma forma de sofrimento psíquico, causando-lhe ainda uma ansiedade que lhe retira a tranquilidade; em síntese, com o protesto indevido ou ilícito do título de crédito, são molestados direitos inerentes à personalidade, atributos imateriais e ideais, expondo a pessoa à degradação de sua reputação, de sua credibilidade, de sua confiança, de seu conceito, de sua idoneidade, de sua pontualidade e de seriedade no trato de seus negócios privados.

[...]

Os fundamentos deduzidos para a reparabilidade do 'abalo de crédito' em seus variados aspectos, em caso de protesto indevido de título de crédito e devolução de cheque, aproveitam-se igualmente no caso de indevida inscrição no catálogo de maus pagadores dos serviços de proteção ao crédito: sofrimento, constrangimento em razão do cadastramento, perda da credibilidade pessoal e negocial, ofensa aos seus direitos de personalidade, com lesão à honra e respeitabilidade; em resumo, o cadastramento indevido no órgão de proteção ao crédito provoca agravo à honra, pessoa física ou jurídica, gerando abalo de crédito [...] (Do dano moral. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 324 e 384).

Por sua vez, as rés/apeladas são pessoas jurídicas que possuem notória capacidade material para suportar a condenação, não se podendo olvidar a repercussão negativa causada por suas condutas ilícitas e a natureza repressiva da indenização.

Reitero que as condições da vítima, especialmente quanto à repercussão do ilícito em seu patrimônio de valores ideais, interferem diretamente na análise da extensão do dano extrapatrimonial, porquanto, associadas aos outros elementos do processo, revelam o grau de violação do direito personalíssimo do lesado, uma vez que não há como desconsiderar que os critérios de direito podem se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que lhe é devido.

Da mesma forma, o exame da condição econômica do lesante é imprescindível para a fixação da reparação pecuniária, de modo a tornar eficazes as suas funções punitiva e dissuasora.

Rizzatto Nunes assinala:

Evidente que quanto mais poder econômico tiver o ofensor, menos ele sentirá o efeito da indenização que terá de pagar. E, claro, se for o contrário, isto é, se o ofensor não tiver poder econômico algum, o quantum indenizatório será até mesmo inexequível (o que não significa que não se deve fixá-lo).

De modo que é importante lançar um olhar sobre a capacidade econômica do responsável pelo dano. Quanto mais poderoso ele for, mas se justifica a elevação da quantia a ser fixada. Sendo que o inverso é verdadeiro (Curso de direito do consumidor. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 314).

A observância das condições enunciadas não significa a adoção de mecanismo exclusivo de distinção, segundo o *status* econômico ou social dos litigantes, mas a consideração do binômio necessidade/possibilidade, de modo a que haja um equilíbrio na fixação do valor reparatório que sirva, a um só tempo, de compensação ao ofendido e de desestímulo ao ofensor.

Enfim, no arbitramento da indenização devem ser considerados os fatores precipuamente utilizados pelos Tribunais, com destaque para o Col. Superior Tribunal de Justiça, consistentes na gravidade da violação ou extensão do dano, observada a repercussão do ato lesivo na esfera pessoal da vítima, na culpabilidade e na capacidade econômica do ofensor, nas funções de punição e desestímulo e na razoabilidade.

Como antes destacado, as condutas das rés atentaram contra a dignidade do autor, retirando-lhe a tranquilidade cotidiana, em razão da abrupta e indevida frustração da legítima expectativa de recebimento dos bens de consumo que adquiriu e pelos quais pagou razoável quantia. Nesse cenário, o valor da indenização assegurada judicialmente não pode ser irrisório, sob pena de não cumprir a sua função compensatória ou atenuante do ultraje experimentado pelo lesado.

Por isso, observados os critérios de proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e suas repercussões, bem como com as condições pessoais das partes, diviso como justa a fixação do valor da indenização em R\$10.000,00 (dez mil reais), a fim de viabilizar o cumprimento das suas funções reparatória do dano e inibitória da repetição da ilicitude.

Veja-se:

Agravo interno. Decisão monocrática. Ação de indenização por danos morais. Compra pela internet e não entrega do produto. Cancelamento pelo consumidor. Dano moral configurado. Enunciados 8.1 e 8.3 da TRU. Sentença confirmada. *Quantum* arbitrado em R\$10.000,00. Razoabilidade e proporcionalidade. Mero inconformismo. Decisão mantida. Recurso improvido. Diante do exposto, decidem os Juízes Integrantes da 1ª Turma Recursal Juizados Especiais do Estado do Paraná, conhecer do recurso de agravo, e no mérito, negar provimento, nos exatos termos do voto (TJPR - Apelação Cível nº 000396716201181600121, Rel. Leonardo Silva Machado, p. em 30/10/2014).

Contrato de compra e venda via internet. Dano moral configurado. Valor da indenização fixado que se mostra insuficiente para a reparação pretendida. Necessidade de elevação do valor para R\$ 10.000,00, considerando-se os fatos ocorridos, as partes envolvidas e a repercussão. Multa fixada liminarmente para caso de descumprimento da tutela antecipada que não é devida. Ordem cumprida no prazo concedido pelo Juízo. Apelo parcialmente provido (TJSP - Apelação Cível nº 00684516820098260000, Rel. Des. Ruy Coppola, p. em 22/3/2014).

O *quantum* será corrigido monetariamente, por meio da aplicação dos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça, a partir da data da publicação do v. acórdão, conforme o Enunciado de Súmula nº 362, do Eg. Superior Tribunal de Justiça: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

Assinalo que a correção monetária constitui ajuste necessário para exprimir a oscilação inflacionária e preservar o poder de compra da moeda, sendo indubitoso que, no momento em que é arbitrado o ressarcimento (indenização), ainda não ocorre defasagem do respectivo valor para justificar qualquer atualização.

Ao valor da condenação serão acrescidos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, por se tratar de responsabilidade gerada por vínculo contratual havido entre as partes.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.114.398/PR (Rel. Ministro Sidnei Beneti, p. no *DJe* de 16/2/2012), ao qual se aplicou a sistemática do art. 543-C, do Código de Processo Civil/1973, foi reiterada a interpretação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria: “A jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção deste Tribunal é uníssona no sentido de que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. Esse entendimento, fixado na Súmula STJ/54, em 1992, vem sendo mantido sem discrepância nos julgados recentes desta Corte.

A distinção importante para estabelecer o termo inicial da fluência dos juros é entre o ato ilícito relativo e o ato ilícito absoluto, ou seja, se se trata de responsabilidade contratual ou extracontratual.

Nos precedentes que deram origem à súmula acima referida estabeleceu-se que, quando se tratar de responsabilidade contratual, os juros moratórios incidirão a partir da data da citação do causador do dano (art. 219 do Código de Processo Civil):

Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973).

Tratando-se de responsabilidade extracontratual - portanto ilícito absoluto, os juros incidirão a partir da data do evento danoso (art. 962 do Código Civil de 1916):

Art. 962. Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar.

O entendimento permanece consagrado no atual Código Civil, cujo art. 398 prevê que:

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o praticou.

No mesmo sentido:

Processual. Administrativo. Indenização por danos morais. Exorbitância não configurada. Revisão. Súmula 7/STJ. Juros de mora. Termo inicial. [...] 4. O termo inicial da incidência de juros de mora sobre a condenação por danos morais é a partir do evento danoso ou da citação, conforme se trate de relação extracontratual ou contratual, respectivamente. 5. Tendo em vista que a recorrente, no caso, busca modificar o termo inicial dos juros de mora fixado na origem a partir da citação para a data do arbitramento, o aresto não comporta reforma, no ponto. 6. Agravo regimental não provido (AgRg. no AREsp. nº 305.943/PR, Rel. Min. Castro Meira, p. no *DJe* de 16/5/2013).

Ao impulso de tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para: a) Reintegrar a quarta ré (Akatus Meios de Pagamento S/A) ao polo passivo da demanda; b) Condenar a primeira e quarta rés, solidariamente, ao pagamento da indenização material imposta na sentença, bem como à indenização extrapatrimonial, no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), corrigida monetariamente, pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, desde a data da publicação deste acórdão, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação.

Imponho ao autor/recorrente o pagamento de metade das despesas processuais, inclusive as recursais, e à primeira e quarta rés o percentual remanescente (50%).

Mantenho a condenação do autor/recorrente ao pagamento de honorários advocatícios, no montante de R\$1.000,00 (um mil reais), em favor dos causídicos do segundo, terceiro e quinto réus.

As primeira e quarta rés deverão arcar com honorários advocatícios em favor dos patronos do autor, que, a teor do art. 85, § 2º, do CPC/2015, fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Observe-se, relativamente ao recorrente, a regra contida no art. 98, § 3º, do novo Digesto Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMAURI PINTO FERREIRA e LUCIANO PINTO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação ordinária - Contrato de TV por assinatura - Falha na prestação dos serviços incontroversa - Dano moral decorrente da disponibilização de canal de conteúdo pornográfico - Acesso por pessoas menores na residência - Ausência de provas do alegado - Pedido improcedente - Multa diária - Exibição de ligações telefônicas - Provas irrelevantes para o contexto probatório - Dispensa pelo julgador - Revogação da multa

- Ainda que incontroversa a falha na prestação de serviços, mediante a cobrança e disponibilização de canal de TV por assinatura, não há como deferir o pedido de indenização por dano moral, se a alegação de que, em virtude da aludida falha, familiares menores da requerente tiveram acesso a conteúdo pornográfico, fato que demanda prova inequívoca, ônus do qual não se desincumbiu a parte autora.

- A multa pecuniária tem caráter inibitório, já que sua finalidade é garantir a eficácia da decisão de cunho mandamental, que determina a obrigação de fazer com a finalidade de elucidar pontos relevantes da lide. Entretanto, se o cenário processual aponta pela ausência de motivos para manter a ordem da obrigação de fazer, tornando desnecessária a produção de outras provas para a elucidação da lide, dispensadas pelo julgador, a aplicação da multa deve ser revogada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.14.027311-4/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Carmem Silvia Almeida de Souza Lima - Apelado: Sky Brasil Serviços Ltda. - Relator: DES. VALDEZ LEITE MACHADO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2018. - *Valdez Leite Machado* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. VALDEZ LEITE MACHADO - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 83/92, de lavra do MM. Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por Carmem Silvia Almeida de Souza Lima contra Sky Brasil Serviços Ltda., julgou procedente em parte pedido inicial e condenou a requerida ao pagamento em favor da autora da quantia de R\$126,76, acrescido de correção monetária, a partir de 27/3/14, e juros de mora de 1% ao mês.

Consubstanciado seu inconformismo nas razões de f. 94/103, busca a parte autora a reforma de parte da sentença, relatando, para tanto, os fatos da lide, especialmente no tocante à falha da ré na prestação dos serviços, que, ao trocar os receptores de sua residência, prometidos gratuitamente, majorou indevidamente o preço dos serviços e disponibilizou em seu pacote de serviços, sem solicitação correspondente, o canal

“SEXZONE”, acessado por sobrinhos da requerente, com idades entre 10 e 14 anos, que tiveram contato com conteúdo pornográfico, gerando constrangimento à autora perante seus familiares.

Diante de tal cenário, sustenta a apelante que a conduta abusiva da recorrida resulta na incidência do disposto no art. 14 do CDC, que estabelece o dever de indenizar em caso de falha na prestação dos serviços.

Defende a incidência da responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova na espécie.

Conclui que há defeito na prestação de serviços quando a TV por assinatura disponibiliza canal com programação não contratada, submetendo o consumidor a conteúdo pornográfico, mormente no caso concreto, em que crianças menores de 14 anos ficaram sujeitas a tal constrangimento.

Assim, defende que deve ser fixada indenização por danos morais.

Pretende a apelante seja reconhecido seu direito à multa arbitrada à f. 71, no valor de R\$300,00 por dia, no período de 12 dias de atraso da requerida em responder à intimação para cumprimento da obrigação, e que não atendeu ao comando judicial.

Requeru, por fim, o provimento do recurso.

Intimada, a ré apresentou contrarrazões às f. 107/115.

É o relatório em resumo.

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele eu conheço e o recebo em ambos os efeitos.

Inicialmente, destaco que se aplica ao caso o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) no que se refere aos requisitos de admissibilidade recursal, uma vez que a decisão recorrida foi publicada quando já em vigor referido diploma legal.

Sobre o tema, elucida o art. 14 do novo CPC, *in verbis*:

A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Assim, a nova lei processual deve ser aplicada imediatamente aos atos e fatos ocorridos na sua vigência, aplicando-se aos processos em curso, devendo ser respeitadas as situações jurídicas já consolidadas, realizadas na vigência da lei processual antiga, pois se tratam referidos atos de direitos processualmente adquiridos.

Referido posicionamento, inclusive, encontra respaldo no Superior Tribunal de Justiça, que publicou nesse sentido o seguinte enunciado administrativo:

Enunciado 03. 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.

Com essas considerações, passo à análise do recurso.

Inicialmente, observo que a autora ajuizou a presente ação afirmando que foi procurada pela ré para trocar os receptores da TV por assinatura instalada em sua residência por outros mais modernos e sem custos. A

par disso, afirma a autora que a ré, além da majorar o preço dos serviços de R\$150,00 para R\$276,64, referida alteração culminou na disponibilização do canal “SEXZONE”, provido de conteúdo pornográfico.

Afirma ainda na inicial que, não obstante morar sozinha, referido canal foi acessado por sobrinhos da autora quando a visitaram em sua residência, situação que lhe causou grande constrangimento perante familiares, circunstância que entende lhe conferir o direito à indenização por danos morais.

Pois bem, importa registrar que são aplicáveis ao caso as disposições consumeristas, conforme art. 14, *caput*, do CDC, que prevê a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço.

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.

Na hipótese, a falha na prestação do serviço, restou demonstrada e incontroversa nos autos, pois a parte autora demonstrou que a instalação de novo canal de TV ocorreu de forma indevida, pois a ré não comprovou a contratação do novo serviço, mostrando-se imprópria a sua disponibilização e cobrança respectiva, sem que houvesse prova inequívoca da solicitação prévia por parte da consumidora.

Não obstante incontroversa a falha apontada na inicial, cinge-se ainda incontroverso o pedido da autora à indenização por dano moral, em virtude dos mesmos fatos alegados na inicial.

A esse respeito, ainda que incidentes as normas do Código de Defesa do Consumidor, é ônus da parte autora a demonstração do fato básico para que sua pretensão seja acolhida, conforme dispõe o art. 333, I, CPC/1973 (atual art. 373, I, do novo Código de Processo Civil).

E esse argumento se aplica independentemente de falha do serviço, ou seja, de incidência ou não da responsabilidade objetiva, pois são momentos lógicos distintos na investigação sobre a reparabilidade. Como se sabe, a responsabilidade civil está fundada em uma conjunção de pelo menos três elementos: a ação/omissão, o nexo causal e o dano.

Assim, desconsiderada a questão da culpa pela disponibilização indevida do canal de TV não solicitado pelo consumidor, mesmo que presente o dever de indenizar objetivamente, ainda assim a parte lesada precisa demonstrar a existência do dano moral invocado, não se aplicando a inversão do ônus da prova como pretendido pela apelante.

É que, ainda que se cogite a ocorrência da responsabilidade objetiva em razão dos transtornos ou danos causados pela cobrança de serviços não contratados e sua disponibilização sem solicitação prévia, o caso concreto não se encaixa na hipótese de dano moral puro ou *in re ipsa*, que se presume independentemente de comprovação. *In casu*, compete à suposta vítima demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu, o que não verifico no caso concreto.

No caso, a apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar o dano que diz ter sofrido, a conduta ilícita e o nexo causal entre ambos, imprescindíveis à aferição da existência do dever de indenizar.

Ora, confiro da petição inicial que o dano alegado é fundado em supostos constrangimentos causados à autora em virtude de seus sobrinhos terem acessado canal de TV com conteúdo pornográfico, fatos que não ultrapassaram o campo das alegações.

Anote-se que apenas em sede recursal a autora indica a idade dos supostos sobrinhos (entre 10 e 14 anos), o que não se confere da petição inicial, constituindo nítida inovação recursal.

E mais, se ainda assim constasse da petição inicial notícia acerca da menoridade dos aludidos sobrinhos da requerente, ditos fatos não vêm corroborados com qualquer indício de prova, seja da existência das aludidas pessoas, da alegada menoridade, e, principalmente e efetivamente relevante, que os supostos menores tenham acessado o canal de conteúdo pornográfico disponibilizado indevidamente pela ré na residência da parte autora.

Em nenhum momento a autora apresentou qualquer prova que demonstrasse os prejuízos de natureza subjetiva alegados. Ao contrário, limitou-se a dizer que se sujeitou a uma situação constrangedora perante familiares, o que não é suficiente para o acolhimento do pedido da indenização por danos morais.

A respeito do tema, Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de direito civil brasileiro*, 26. ed., assim leciona:

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexos causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexos de causalidade entre o dano e a ação que o produziu. (f. 71 da referida obra)

O dano moral se origina da violação injusta a direitos resguardados pelo ordenamento jurídico em face da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Nesse sentido escreve Maria Celina Bodin de Moraes:

Não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana... 2007, p. 188/189).

No mesmo sentido já se posicionou este Tribunal:

Apelação cível. Ferrovia. Barulho. Danos. Ausência de prova. Ausência de nexos causal. Ônus do autor. Improcedência do pedido confirmada. - Ao prejudicado e interessado compete a efetiva prova quanto ao dano e quanto ao nexos causal entre este dano e o suposto ato praticado pelo ofensor. Ausente a prova do dano e ausente a prova do nexos causal, impõe-se a confirmação de improcedência do pedido inicial.

É cediço que o evidenciado descumprimento do contrato de prestação de serviços pela ré não é causa de reconhecimento da culpa ou do nexos causal entre um suposto ato praticado e um suposto dano, ônus que incumbia à parte autora e do qual não se desincumbiu de comprovar satisfatoriamente.

Relativamente à multa arbitrada, confiro dos autos que o Magistrado singular determinou a exibição de gravação telefônica relacionada ao atendimento obtido pela autora junto ao Serviço de Atendimento ao Cliente da ré (SAC), f. 71. Referido comando foi endossado por este Tribunal, através do Agravo de Instrumento nº 1.0145.14.027311-4/001.

Não obstante, na r. sentença, entendendo o Julgador pela irrelevância da prova, revogou a determinação de incidência da noticiada multa pecuniária.

Ora, nesse momento processual, considerando os contornos da lide depois de instruído o processo, hei por bem comungar com a revogação anunciada pelo Juiz singular na sentença, porquanto, de fato, irrelevante a produção das aludidas provas para a elucidação da lide, sem que a dispensa em questão tenha resultado em prejuízo à parte autora, ora apelante.

Com efeito, a multa pecuniária tem caráter inibitório, já que sua finalidade é garantir a eficácia da decisão de cunho mandamental, que determina a obrigação de fazer com a finalidade de elucidar pontos relevantes da lide.

Todavia, vejo que, ao tempo de encerramento da instrução do processo, a pretensão da parte autora para que fossem exibidas cópias das gravações telefônicas relacionadas ao atendimento obtido pela autora junto ao Serviço de Atendimento ao Cliente da ré (SAC) restou dispensável, já que o reconhecimento da falha na prestação dos serviços de disponibilização do canal de TV indevidamente restou incontroverso nos autos, tornando desprocurada a produção da prova.

Na hipótese, ainda que em outro momento processual este Tribunal tenha reconhecido a relevância da exibição de ligação telefônica para aferir a veracidade da alegação da parte autora no tocante à efetiva contratação dos serviços, entretanto, se, durante a tramitação do processo, constatou-se que aludida prova se tornou irrelevante, tem o Julgador liberdade para revogar referido comando ao tempo da prolação da sentença, por se tratar de momento processual distinto, que exige pronunciamento definitivo para confirmação, ou não, do comando mandamental em questão, aliado ao caráter público da matéria, especialmente se a revogação da ordem não resulta em prejuízo processual para a parte que objetivava a produção da prova.

Ademais, cumpre destacar que a cominação da multa tem por finalidade precípua a efetiva obrigação de fazer, com vistas à solução do litígio, não o valor pecuniário, que é secundário e só incidente se não é atendida a ordem judicial.

Outrossim, se o cenário processual aponta pela ausência de motivos para manter a ordem da obrigação de fazer, tornando desnecessária a produção de outras provas para a elucidação da lide, dispensadas pelo Julgador, a aplicação da multa deve ser revogada.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

Custas recursais, pela apelante, bem como majoro os honorários advocatícios a cargo da parte autora para R\$800,00 (oitocentos reais), a teor do disposto no art. 85, §§ 1º e 11º, CPC/15, suspensa a exigibilidade em razão de estar a recorrente amparada pela justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS EVANGELINA CASTILHO DUARTE e CLÁUDIA MAIA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Agravo de instrumento - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Cumprimento de sentença - Ministério Público - Legitimidade - Bloqueio judicial - Proventos de aposentadoria - Percentual de 30% - Possibilidade - Art. 833, § 2º, do Código de Processo Civil

- Se o Ministério Público do Estado de Minas Gerais é parte legítima para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, também o é para o ajuizamento do respectivo cumprimento de sentença, visando à efetiva reparação dos danos causados ao erário pela prática de ato considerado ímprobo e ilegal por parte do ex-agente público.

- Tendo em vista a redação do § 2º do art. 833 do novo Código de Processo Civil, dúvida não há quanto à possibilidade de que a penhora recaia sobre os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0637.05.031113-2/004 - Comarca de São Lourenço - Agravante: Clóvis Aparecido Nogueira - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO BALBINO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 3 de julho de 2017. - *Paulo Balbino* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO BALBINO - Versa o presente feito sobre um agravo de instrumento interposto por Clóvis Aparecido Nogueira contra a decisão proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de São Lourenço, Dra. Cecília Natsuko Miahira Goya, que, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, em fase de cumprimento de sentença, proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face do ora agravante, deferiu o pedido formulado pelo exequente, para determinar a penhora mensal de 30% (trinta por cento) sobre o benefício previdenciário percebido pelo executado, até a completa satisfação do crédito apurado em favor do Município de São Lourenço, no importe de R\$212.784,46 (duzentos e doze mil, setecentos e oitenta e quatro reais e quarenta e seis centavos) (f. 23/26-TJ).

Aduz o agravante que, por se tratar de verba de caráter alimentar e constituir o mínimo para a preservação da subsistência do indivíduo, a verba salarial é impenhorável, conforme disposto no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, assim como no art. 7º, inciso X, da Constituição da República, motivo pelo qual a decisão agravada não pode prevalecer.

Sustenta que a penhora de 30% (trinta por cento) de sua aposentadoria permite-lhe viver com apenas R\$2.676,96 (dois mil, seiscentos e setenta e seis reais e noventa e seis centavos), o que compromete

sobremaneira a manutenção de suas necessidades básicas, em evidente violação ao princípio do patrimônio mínimo e, conseqüentemente, ao princípio da dignidade humana consagrado na Constituição da República.

Assevera que, a despeito do advento da Lei nº 11.382/2006, que alterou a ordem legal da constrição de bens do devedor, a vedação da penhora sobre percentual de salário ou aposentadoria remanesce incólume, tanto que a disposição constante do § 3º do art. 655 do respectivo projeto de lei restou expressamente vetada.

Reafirma ser o Ministério Público parte ilegítima para figurar no polo ativo da presente demanda, já que pleiteia direito alheio em nome próprio, contrariamente ao que dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil.

Acrescenta que o débito em questão não pode ser exigido em sede de cumprimento de sentença, mas através do procedimento de execução fiscal, nos moldes da Lei nº 6.830/1980, por se tratar de crédito de natureza penal, cujo titular é o Município de São Lourenço.

Assim sendo, pretende, em caráter liminar, a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, o seu provimento, com a reforma da decisão agravada.

Pela decisão de f. 77/79-v.-TJ, foi indeferido o efeito suspensivo pleiteado.

Regularmente intimado, apresentou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais sua contraminuta de f. 90/112-TJ, em que pugna pela manutenção da decisão combatida.

Em seu parecer de f. 157/162-TJ, a Procuradoria-Geral de Justiça, na pessoa do Dr. Nedens Ulisses Freire Vieira, verificando adequada e necessária a penhora de 30% (trinta por cento) sobre os proventos de aposentadoria do agravante, opina pelo desprovimento do recurso.

Relatado, decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço deste recurso.

Da questão preliminar.

Embora não trazida a esse título, suscita o agravante preliminar de ilegitimidade do Ministério Público do Estado de Minas Gerais para a propositura do cumprimento de sentença, tendo em vista o disposto no art. 6º do Código de Processo Civil.

Com efeito, estabelece o art. 127 da Constituição da República que ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Sobre o disposto no referido art. 127, Arnaldo Rizzardo pontua:

Vê-se, pelo dispositivo, como é ampla a competência, inclusive abrangendo a ordem constitucional, com vistas à plena realização do Estado democrático. Neste setor, reconhece-se a legitimidade para intentar a competente ação civil com a finalidade de compelir os poderes à obediência das regras constitucionais, como as que se refere à independência dos poderes, à competência específica no exercício das atribuições estabelecidas em leis superiores, e não na prática de atos administrativos *interna corporis*, ao cumprimento de deveres impostos em razão dos cargos ocupados (*Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 141).

E, mais adiante, o mesmo autor continua sobre a legitimidade do Ministério Público para a presente ação:

Pode atuar e ingressar com a ação civil em defesa ou para proteger quaisquer valores e interesses, desde que se incluam nas relações que as leis contemplam. Na amplidão das demandas, destacam-se os interesses que dizem respeito às pessoas jurídicas de direito público; ao patrimônio moral e material dos entes públicos; aos bens do povo em geral; ao sistema financeiro nacional quando envolvem a ordem pública; aos valores morais da sociedade; à moralidade administrativa; aos menores e outros incapazes e ao seu acesso à educação e ao amparo; à saúde; à segurança; à erradicação de males que tenham dispersão ou propagação social; e os assuntos que têm vista os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; a classes de pessoas afetadas por decisões ou condutas de instituições públicas ou particulares, como a dos alunos e pais em razão da majoração inexplicável de mensalidades escolares, ou pela falta de professores, ou deficiente qualidade de ensino (ob. cit., p. 144).

Por outro lado, de acordo com o disposto no art. 129, inciso III, da Constituição da República, a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública constitui uma de suas funções institucionais, na defesa e proteção dos interesses coletivos e difusos.

Nesse raciocínio, se o Ministério Público do Estado de Minas Gerais é parte legítima para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, também o é para o ajuizamento do respectivo cumprimento de sentença, visando à efetiva reparação dos danos causados ao erário pela prática de ato considerado ímprobo e ilegal por parte do ex-agente público.

Logo, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

Do mérito.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Constituição da República, em seu art. 37, § 4º, prevê que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No tocante à indisponibilidade de bens, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, Lei de Improbidade Administrativa, estabelece, em seu art. 7º, a possibilidade de decretação da medida inclusive em relação àquele que está sendo investigado pela prática de ato ímprobo que enseje lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito.

No caso em apreço, por sua vez, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais busca o ressarcimento pelos prejuízos causados ao erário, conforme reconhecido na sentença que julgou a ação civil pública por ato de improbidade administrativa por ele proposta em face do ora agravante, por sua vez condenado em virtude da prática de ato irregular, enquanto Prefeito do Município de São Lourenço, ao se utilizar de servidor público municipal para trabalhar no restaurante “Nega Veia” do qual é proprietário, cujos salários eram pagos pela municipalidade.

Nesse contexto, apurado o valor do débito por cálculo elaborado pela Contadoria Judicial, depois de frustrada a tentativa de penhora de valores em conta-corrente de titularidade do agravante, via sistema Bacenjud, pleiteou o Ministério Público do Estado de Minas Gerais a penhora online de 30% (trinta por cento) do benefício previdenciário por aquele auferido mensalmente junto ao INSS, até a integral quitação do débito,

no valor de R\$212.784,46 (duzentos e doze mil setecentos e oitenta e quatro reais e quarenta e seis centavos), a qual foi deferida pelo Magistrado singular às f. 23/26-TJ.

Observa-se, nesse sentido, que a decisão agravada buscou utilizar, como solução ao caso concreto, o mesmo percentual permitido ao desconto em folha de pagamento de que trata a Lei nº 10.820/03, não violando, dessarte, os princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Sobre a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, dispõe o art. 833 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 833. São impenhoráveis:

[...].

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

[...].

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do *caput* não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.”

Nesse raciocínio, a despeito da celeuma em torno do que dispunha o art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista a redação do § 2º do art. 833 do Código de Processo Civil, dúvida não há quanto à possibilidade de que a penhora recaia sobre os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, nas hipóteses em que o débito ultrapassar o equivalente a cinquenta salários mínimos mensais, como no caso em exame.

Sobre o disposto no art. 833 do Código de Processo Civil, a lição de Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas:

“O novo Código de Processo Civil trata das hipóteses de impenhorabilidade no art. 833. Na comparação com o art. 649 do CPC/73, verifica-se, de saída, que foi suprimida a expressão absolutamente, que dava ensejo à distinção doutrinária entre os bens absolutamente e relativamente impenhoráveis. Essa alteração tem caráter didático para afastar a noção de direito absoluto, não mais admitida no direito pátrio e que é, inclusive, repudiada expressamente pelo art. 187 do CC/02, que trata do abuso de direito. Não se pode considerar como lícito o exercício de direito que excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, premissa esta se aplica também no âmbito da impenhorabilidade. No sentido, não se pode esquecer que o abuso do direito é uma cláusula geral e, como tal, tem aplicação ampla, ou seja, alcança situações não previamente moduladas na lei como a acima trazida, não sendo diferente quando o pano de fundo é impenhorabilidade de bens, até mesmo diante da faceta patrimonial da questão.

Como exemplo positivado (e específico) de controle por abuso do direito, observe-se que o inciso IV do art. 833 considera como impenhorável os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos do trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal. Todavia, a própria regra, em seu § 2º, ex-

cepciona a impenhorabilidade para as importâncias excedentes a cinquenta salários mínimos mensais, a fim de evitar o abuso de direito (*Novo CPC doutrina selecionada*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 5, p. 631-632).

Com efeito, apesar de o Código de Processo Civil dispor sobre a impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, há também que se garantir a efetividade do processo executivo, com apoio inclusive na jurisprudência deste egrégio Tribunal, nesses termos:

Agravo de instrumento. Execução fiscal. Penhora *on line*. Valores provenientes de proventos e vencimentos. Impenhorabilidade. Mitigação. Possibilidade. Reforma da decisão. - 1. O art. 833, IV, do CPC, prevê a impenhorabilidade dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvadas as obrigações alimentícias, independentemente de sua origem, bem como os valores superiores a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais. 2. A finalidade da impenhorabilidade dos valores provenientes do trabalho do devedor é a proteção à sua subsistência, como forma de garantia da dignidade da pessoa humana. 3. As peculiaridades do caso concreto podem permitir a mitigação da regra geral prevista no CPC, quando se verificar que o valor constricto consiste em pequena parcela dos valores recebidos mensalmente pelo devedor, sendo, portanto, insuficientes para comprometer seu sustento e de sua família, conforme entendimento já esposado pelo E. STJ (REsp 1285970/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* de 8/9/2014). 4. Havendo nos autos elementos que demonstrem que o agravado, devedor, recebe mensalmente quantia superior a R\$10.000,00 (dez mil reais) e que, por outro lado, a constrição recaiu sobre aproximadamente 10% (dez por cento) de sua renda, deve ser reformada a decisão e, em consequência, mantido o bloqueio, em favor da efetividade da execução (TJMG - Agravo de Instrumento nº 1.0396.10.005114-5/001 - Rel. Des. Afrânio Vilela - *DJe* de 10/2/2017).

Por sua vez, segundo dispõe o art. 805 do diploma processual civil, cabe ao executado demonstrar que o bloqueio de percentual do seu salário configura uma medida onerosamente excessiva e apta a comprometer a sua própria subsistência e de seus familiares.

Contudo, no caso concreto, o agravante não se desincumbiu de tal ônus, a fim de demonstrar que o hostilizado bloqueio lhe onerará injustificadamente ante a inexistente comprovação dos gastos necessários à sua manutenção ou de seus dependentes.

Assim, pela sistemática interpretação dos arts. 805 *c/c* 833, inciso IV e § 2º, todos do Código de Processo Civil, além de não haver prova nos autos de que o ora agravante não possui outra fonte de renda, verifica-se que a penhora mensal de 30% (trinta por cento) sobre o benefício previdenciário por ele auferido não é capaz de comprometer a sua subsistência, bem como de sua família, havendo que se privilegiar, no presente caso, o interesse público, a fim de resguardar o integral ressarcimento do dano ao erário reconhecido por sentença.

Dessarte, pelos fundamentos em que prolatada, a decisão recorrida merece prevalecer em seus termos integrais.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao presente recurso.

Custas recursais, pelo agravante.

Transitada essa em julgado, cumpra-se o disposto pelo art. 385 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES e CARLOS ROBERTO DE FARIA.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de obrigação de fazer - Exclusão de informações de inquérito policial arquivado no sistema de dados da Polícia Civil - Pedido indeferido - Sentença mantida

- As informações referentes a inquérito arquivado devem ser sigilosas, em observância ao disposto no art. 5º, inciso X, da CR/88, e no art. 748 do CPP.

- Contudo, conforme julgados do Superior Tribunal de Justiça, tais informações não podem ser excluídas do banco de dados do Instituto de Identificação, por se tratar de registro essencial à organização da atividade policial e para possibilitar o fornecimento de dados no caso de requisição judicial, bem como para preservar os atos praticados pela Administração.

Recurso desprovido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.14.043211-4/002 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Onilson José de Oliveira - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017. - *Luís Carlos Gambogi* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Onilson José de Oliveira, contra a sentença de f. 84/85, que, nos autos da ação de obrigação de fazer, ajuizada em face do Estado de Minas Gerais, julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das custas, despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

O apelante, em suas razões recursais (f. 87/91), sustenta não ser razoável a manutenção do registro de um inquérito policial concluído há 20 anos, visto que tal informação não tem utilidade para a Administração Pública. Alega que todas as vezes em que é abordado em uma fiscalização policial, é constrangido em razão do registro. Com tais considerações, pede o conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da sentença.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 93/94-v., pugnando pela manutenção da r. sentença recorrida.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia a aferir, em grau recursal, a sentença que julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que a manutenção do inquérito no sistema de informações policiais é necessária

para preservar os atos praticados pela Administração e para o fornecimento de dados no caso de requisição judicial.

Haure-se dos autos que há informações de um Inquérito Policial, nº 537/2000, aberto outrora em desfavor do autor (f. 14), o qual, atualmente, encontra-se arquivado.

Pretende o demandante, por meio desta ação, a exclusão do referido inquérito do Sistema de Informações Policiais.

Pois bem!

A CR/88, em seu art. 5º, inciso X, estabelece a inviolabilidade dos direitos de personalidade nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

No mesmo sentido, dispõe o Código de Processo Penal, em seu art. 748:

Art. 748. A condenação ou condenações anteriores não serão mencionadas na folha de antecedentes do reabilitado, nem em certidão extraída dos livros do juízo, salvo quando requisitadas por juiz criminal.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, por analogia, deve ser aplicado o disposto no referido artigo em relação aos dados relativos a inquéritos arquivados.

A propósito, colaciono:

Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Antecedentes criminais sigilosos. Inquérito arquivado. Acesso apenas pelos agentes públicos. Manutenção de dados de consulta restrita. Possibilidade. - 1. Mandado de segurança impetrado para excluir dados relativos a antecedentes criminais de impetrante - de caráter sigilosos - de cadastros mantidos por órgãos públicos estaduais. 2. Por analogia ao que dispõe o art. 748 do CPP, que assegura ao reabilitado o sigilo das condenações criminais anteriores na folha de antecedentes, salvo para consulta restrita pelos agentes públicos, devem ser mantidos nos registros criminais sigilosos os dados relativos a inquéritos arquivados e a processos, em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, com o devido cuidado de preservar a intimidade do cidadão. Recurso ordinário improvido (RMS 28.838/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 1/10/2009, DJe de 4/11/2009).

Assim, imperioso que seja resguardado o sigilo das informações dos inquéritos, mesmo que arquivados, em observância ao direito de intimidade, bem como à inviolabilidade da honra e imagem das pessoas.

Entretanto, malgrado deva ser observada a sigilosidade de tais dados, o próprio art. 748 do CPP excepciona o mandamento na hipótese de requisição judicial, de modo que entendo não é devida a exclusão das informações do banco de dados do Instituto de Identificação.

Também a Lei de Acesso à Informação, sob nº 12.527/2011, regula o tratamento das informações pessoais, ao determinar que devem ter seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo, mas podem ser acessadas por pessoas autorizadas, bem como pela pessoa a que elas se referirem, *in verbis*:

Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

[...]

Portanto, a manutenção desses elementos no banco de informações da polícia civil, conforme consignado na r. sentença, é “necessária para possibilitar o fornecimento de dados no caso de requisição judicial, bem como para preservar os atos praticados pela Administração” (f. 85). Ademais, o registro dessas informações é essencial à própria organização da atividade policial, visto que a consulta aos dados pode colaborar para o esclarecimento de crimes e infrações.

Na hipótese, é de destacar que o demandante não comprovou o constrangimento alegado, tendo limitado-se a afirmar que “frequentemente vem enfrentando transtornos e constrangimentos com a Polícia, quando o mesmo é abordado no trânsito”. De se registrar, também, que não juntou provas de violação do sigilo dos seus dados, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 373, I, do CPC.

Portanto, estou em que deve ser desprovido o apelo, *data venia*, aliás, concluo no mesmo sentido do que tem entendido o colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos recentes julgados:

Processual penal e administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Exclusão definitiva. Banco de dados do IIRGD. Impossibilidade. Existência de sigilo. Consulta somente para as autoridades com poder de requisição. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. - 1. Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado por Mário Sérgio Sobreira Santos, contra ato do Juiz de Direito do DIPO 5, Comarca da Capital, que indeferiu sua pretensão, no sentido de que fossem excluídos, dos bancos de dados mantidos pelo IIRGD e pelo Poder Judiciário, os seus registros referentes a inquéritos policiais arquivados e casos em que decretada a extinção da punibilidade. 2. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ, que protege o direito do reabilitado ao sigilo das condenações criminais anteriores na folha de antecedentes, salvo para consulta restrita pelos agentes públicos, devendo ser mantidos no banco de dados dos institutos de identificação dados relativos aos inquéritos arquivados e aos processos em que tenha ocorrido a absolvição do acusado por sentença penal transitada em julgado, com o devido cuidado de preservar a intimidade do cidadão. RMS 38.951/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, *DJe* de 16.3.2015, AgRg no RMS 45.604/SP, Rel.^a Min.^a Assusete Magalhães, Segunda Turma, *DJe* de 3.6.2015 e RMS 47.812/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 5.8.2015. 3. O agravante não trouxe argumento capaz de infirmar os fundamentos da decisão recorrida e demonstrar a ofensa ao direito líquido e certo. 4. Agravo Regimental não provido (AgRg no RMS 48.051/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 6/10/2015, *DJe* de 3/2/2016).

Administrativo. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Pedido de exclusão dos registros criminais do instituto de identificação Ricardo Gumbleton Daunt - IIRGD. Art. 748 do CPP. Ausência de direito líquido e certo. Precedentes do STJ. Agravo regimental improvido. - I. No caso, o impetrante pretende a exclusão dos dados referentes à Ação Penal 0015427-71.2007.8.26.0073 - na qual a sentença declarou extinta a punibilidade, com base na prescrição -, do Banco de dados do Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt - IIRGD. II. Sobre o tema, prevalece, nesta Corte, o entendimento de que 'as informações relativas a inquérito e processo criminal (em que houve absolvição ou extinção da punibilidade) não podem ser excluídas do banco de dados do Instituto de Identificação. Isso porque tais registros comprovam fatos e situações jurídicas e, por essa razão, não devem ser apagados ou excluídos, observando-se, evidentemente, que essas informações estão protegidas pelo sigilo' (STJ, RMS 38.951/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, *DJe* de 16/3/2015). No mesmo sentido: STJ, AgRg no RMS 44.413/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 27/2/2014; STJ, AgRg no RMS 41.626/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, *DJe* de 12/6/2013; STJ, AgRg nos EREsp 1.068.527/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, *DJe* de 20/8/2014; STJ, AgRg no RMS 44.211/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Quinta Turma, *DJe* de 10/6/2014. III. Agravo Regimental improvido (AgRg no RMS 45.604/SP, Rel.^a Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 26/5/2015, *DJe* de 03/6/2015).

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Tendo sido a sentença publicada já na vigência do NCPC/2015, nos termos do art. 85, § 11, da referida norma processual, majoro os honorários recursais a serem suportados pelo apelante em 3% (três por cento) do valor fixado, suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da gratuidade de justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDER MAROTTA e JD. CONVOCADA LÍLIAN MACIEL SANTOS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível e reexame necessário - Ação de obrigação de fazer - Direito constitucional e administrativo - Escola pública municipal - Matrícula de criança em unidade municipal de ensino infantil - Previsão constitucional - Obrigação atribuída ao poder público municipal - Precedentes do Supremo Tribunal Federal - Injuridicidade da omissão do município - Acolhimento da pretensão - Manutenção do *decisum* de primeiro grau

- Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o acesso à creche e à pré-escola de crianças de zero a cinco anos constitui obrigação do Poder Público, nos termos do art. 208, inc. IV, da Constituição da República, cuja implementação é atribuída de forma prioritária ao Município (art. 211, § 2º), o que, por evidenciar a injuridicidade da omissão do ente municipal em viabilizar a matrícula do menor em creches e unidades municipais de educação infantil, impõe o acolhimento do pedido formulado pelo autor na ação de obrigação de fazer.

- Evidenciada a injuridicidade da omissão do ente municipal em viabilizar a matrícula do menor em creches e unidades municipais de educação infantil, impõe-se o acolhimento do pedido inicial.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0024.16.043999-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelado: J.S.A. representado p/ mãe E.S. - Relator: DES. EDGARD PENNA AMORIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2018. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de ação cominatória de obrigação de fazer ajuizada por J.S.L., representado por sua mãe, E.S., em face do Município de Belo Horizonte, a fim de compelir o requerido a providenciar a matrícula do menor em uma Unidade Municipal de Ensino Infantil - UMEI, próxima à sua residência, na cidade de Belo Horizonte, em horário integral. Sucessivamente, em caso de deferimento do pedido em UMEI localizada longe de sua residência, requer o fornecimento de transporte escolar.

Adoto o relatório da sentença (f. 68/71-v.), por correto, e acrescento que a il. Juíza da Vara Cível da Infância e Juventude da Capital, Andréa de Souza Foureaux Benfica, julgou parcialmente procedente o pedido, para, confirmada a liminar concedida, determinar a matrícula do autor em período integral em alguma

das seguintes UMEI's: Pracaçá, Alaíde Lisboa, Vila Estrela, Sabinópolis, Timbiras, Carlos Prates/Danielle Mitterrand ou Nova Esperança ou, em caso de eventual superlotação da unidade, em outra próxima da residência do requerente, ou, ainda, em outra UMEI nesta Capital, indeferido o pedido de custeio da matrícula da criança na rede particular às expensas do requerido, na eventual ausência de vaga em instituição de ensino da rede pública. Foi fixada multa diária no valor de R\$100,00 (cem) reais, limitada a R\$10.000,00 (dez mil) reais em caso de descumprimento da obrigação. A sentença foi submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Inconformado, apela o Município de Belo Horizonte (f. 74/84), o qual discorre inicialmente sobre o Plano Nacional de Educação previsto na Lei Federal nº 13.005/14, que prevê investimento sistemático e gradativo na política de expansão de sua rede de ensino, notadamente nas UMEI's, e sobre a Parceria Público Privada - PPP, o que demonstra a priorização do atendimento à educação infantil. A partir disso, defende não ser possível a exigência de vaga imediata aos menores, diante das limitações financeiras e estruturais, o que descaracteriza a omissão administrativa do Município. Afirma não existir nenhuma norma jurídica brasileira que prevê a educação em horário integral. Alega, sob o fundamento da separação dos poderes, que "cabe exclusivamente à função executiva e de governo baixar a política pública de educação". Por fim, aduz que o oferecimento de vagas em creches não é direito público subjetivo, pois o art. 208 da CR/88 assegura a educação básica para crianças a partir de 4 (quatro) anos de idade, mas apenas a pré-escola seria obrigatória, além de inexistir obrigação legal do Poder Público de ofertá-las além de suas possibilidades.

Contrarrazões às f. 86/94, pelo desprovimento do recurso.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça (f. 100/103), da lavra do il. Procurador Geraldo de Faria Martins da Costa, pela confirmação da sentença.

Conheço da remessa oficial e do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

A questão submetida a este juízo está em saber se o Município de Belo Horizonte está obrigado a disponibilizar vaga ao menor - nascido em 14/1/2014 - em alguma Unidade Municipal de Ensino Infantil - UMEI nesta capital.

A propósito do direito à educação, recolhe-se do Texto Constitucional:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

[...]

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Por sua vez, dispõe a Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

- a) pré-escola;
- b) ensino fundamental;
- c) ensino médio;

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

[...]

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

- I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;
- II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Ora, conquanto educação infantil e educação básica de fato não se confundam, convenço-me, a partir da transcrição dos dispositivos acima, que ambas constituem dever do Poder Público e, no caso da primeira, obrigação especialmente atribuída ao município (art. 211, § 2º, da CR), a quem incumbe efetivar aquele direito assegurado no ordenamento constitucional com a máxima prioridade, sob pena de incorrer em injurídica omissão.

Dessarte, em que pesem as objeções do ente municipal, a garantia do acesso obrigatório e gratuito ao ensino não recai apenas sobre a educação básica, mas também alcança a educação infantil.

A propósito, mencione-se julgado do exc. Supremo Tribunal Federal:

Criança de até cinco anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. Legitimidade jurídica da utilização das *astreintes* contra o poder público. Doutrina. Jurisprudência. Obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211, § 2º). Legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição. Inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes [...]. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças até 5 (cinco) anos de

idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. [...] (STF, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 23/8/2011, *DJe* de 15/9/2011.).

Dessarte, a Excelsa Corte perfilhou o entendimento de que se impõe ao Poder Público o dever de viabilizar o acesso dos infantes às creches e pré-escolas, o que infirma a tese de que tal obrigação estaria circunscrita à educação básica. No mesmo sentido, são os precedentes de ambas as Turmas daquele Sodalício:

Direito constitucional e direito da criança e do adolescente. Agravo regimental em recurso extraordinário. Garantia estatal de vaga em creche. Prerrogativa constitucional. Ausência de ingerência no poder discricionário do poder executivo. Precedentes. - 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido (STF, RE 464.143-AgR, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 15/12/2009, *DJe* de 19/2/2010).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Art. 208, inc. IV, da Constituição da República. Atendimento de crianças até cinco anos de idade em creches e pré-escolas: direito subjetivo público. Possibilidade de intervenção do poder judiciário. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento (STF, RE 554.075-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. em 30/6/2009, *DJe* de 21/8/2009).

Constitucional. Agravo regimental em agravo de instrumento. Matrícula de criança de zero a cinco anos de idade em creche e pré-escolas municipais. Direito assegurado pela Constituição (art. 208, IV, da CF). I - O Estado tem o dever constitucional de assegurar a garantia de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade (art. 208, IV, da CF). II - Agravo regimental improvido (STF, AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 19/5/2009, *DJe* de 5/6/2009).

Quanto a mim, anoto já haver adotado o entendimento acima no julgamento de outro caso, pela Oitava Câmara Cível, consubstanciado no acórdão proferido no Processo nº 1.0024.10.218787-9/002, sob a relatoria do em. Des. Bitencourt Marcondes, j. em 31/1/2013.

Registre-se, ainda, que a pretensão submetida à apreciação judicial por meio da presente ação de obrigação de fazer não busca a implementação da política pública de educação pelo município - o que dependeria da observância dos limites da separação dos poderes, especialmente quanto à competência de organização e de alocação de recursos pelo Executivo -, senão colima a inclusão do menor no sistema de ensino já implantado no âmbito local.

Dessa forma, tem-se que o direito à matrícula do menor em estabelecimento de educação infantil próximo à sua residência é subjetivo e decorre de imperativo constitucional.

Assim, não vejo como afastar o reconhecimento desse direito ao requerente, sobretudo porque o pedido formulado não se limitou a uma específica UMEI, mas sim que “permitir a frequência nas UMEI Pracaçá, UMEI Alaíde Lisboa, UMEI Vila Estrela, UMEI Sabinópolis, UMEI Timbiras, UMEI Carlos Prates/Danielle Mitterand e UMEI Nova Esperança [...] ou sucessivamente [...] em outras UMEI ou creches localizadas no entorno ou na região de sua residência” (f. 13), o que, aliás, foi determinado na sentença.

Dessarte, no caso concreto, ressaltou-se a possibilidade de matricular o demandante em outra creche próxima à sua residência, caso não haja vagas, o que, a meu ver, atende ao comando constitucional, sem malferir o princípio da isonomia.

Portanto, é de se confirmar a sentença que determinou ao requerido a disponibilização de vaga ao autor em creches e unidades municipais de educação infantil.

Isso exposto, nego provimento ao recurso voluntário e, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Deixo de condenar o apelante ao pagamento das custas recursais, em virtude da isenção prevista no art. 10, inc. I, da Lei Estadual nº 14.939, de 29/12/2003.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE e ALBERTO VILAS BOAS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

• • •

Apelação - Ação pelo rito ordinário - Contrato de consórcio - Restituição imediata - Impossibilidade - Taxa de administração - Não limitação

- A restituição ao consorciado das quantias pagas não é imediata, ou seja, não se pode atribuir ao consórcio a obrigação de restituir aquilo que lhe foi pago ao tempo da exclusão do consorciado do grupo.

- Hipótese em que inexistente ilegalidade ou mesmo abusividade na cláusula que prevê a necessidade de realização de sorteio.

- A taxa de administração pode ser livremente estipulada pela administradora do consórcio no contrato de adesão, não decorrendo qualquer abusividade do simples fato de ela superar o percentual de 10%.

V.v.: - A relação havida entre o consorciado e a administradora possui natureza de consumo, figurando esta última como típica fornecedora de serviços, consoante disciplinam os arts. 2º e 3º do CDC. É nula a cláusula contratual que determina a devolução de valores pagos por consorciado desistente apenas após o término do consórcio, na medida em que coloca o consumidor numa posição de desvantagem exagerada, proporcionando um desequilíbrio contratual que acaba ferindo os princípios da equidade e da função social do contrato.

- As despesas de administração cobradas pela sociedade de fins exclusivamente civis não poderão ser superiores a doze por cento (12%) do valor do bem, quando este for de preço até cinquenta (50) vezes o salário-mínimo local, e a dez por cento (10%) quando de preço superior a esse limite. Inteligência do art. 42 do Decreto 70.951/72.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.14.044093-7/001 - Comarca de Betim - Apelante: Nelson Severiano Paulo - Apelada: Itau Administradora de Consórcios Ltda. - Relator: DES. TIAGO PINTO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017 - *Tiago Pinto* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Nelson Severiano Paulo recorre da sentença que lhe foi desfavorável nos autos da ação movida contra a Itau Administradora de Consórcios Ltda.

As partes celebraram contrato de consórcio para a aquisição de bem imóvel. O autor, ora apelante, por não ter mais condições de continuar pagando as parcelas oriundas do referido contrato, procurou a ré, ora apelada, para o desfazimento da avença. E assim foi feito. A ré, ora apelada, efetivou a exclusão do grupo, mas não realizou a restituição imediata dos valores que lhe foram pagos.

Todavia, segundo o disposto na petição inicial, “o autor está passando por dificuldades financeiras e não pode esperar até a contemplação por sorteio para ver-se reembolsado dos valores já pagos, motivo pelo qual pretende, por meio desta, a rescisão do referido consórcio, com a consequente devolução imediata das parcelas já pagas, devidamente corrigidas monetariamente” (f. 03).

Ainda, foi apontada a nulidade das disposições contratuais que dispõem sobre a taxa de administração, que teria o seu montante limitado a percentual de 10% (dez por cento).

Apresentada a contestação, sobreveio sentença. Nela, a pretensão inicial foi julgada improcedente.

No recurso, o autor, ora apelante, aponta a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, bem assim diz que a cláusula impeditiva da restituição imediata implica desvantagem excessiva, desequilibrando a relação contratual. Ainda, não haveria prova concreta de prejuízo que pudesse decorrer da devolução imediata dos valores pagos ou mesmo lastrear a cobrança da multa contratual.

Ao fim, requer o provimento do recurso para que seja determinada a devolução imediata dos valores pagos, acrescidos de correção monetária e juros de mora, com declaração de nulidade da cláusula penal e redução da taxa de administração ao percentual de 10%. E, caso não se entenda pela restituição imediata, que seja provido o recurso para se determinar a incidência de juros de mora e correção monetária, com declaração de nulidade da cláusula penal e redução da taxa de administração ao percentual de 10%.

Contrarrazões às f. 182/189 com pedido de improvimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Preambularmente, esclareça-se que as partes, antes mesmo da propositura da presente demanda, já acertaram a questão relativa ao encerramento do contrato. O documento de f. 12, intitulado de “aviso de desativação da conta”, apresentado com a petição inicial, é expresso ao dispor que o pedido de exclusão formulado pelo apelante e dirigido ao apelado foi atendido, já se reconhecendo a necessidade de devolver os valores pagos “quando da contemplação por sorteio dentro do prazo de duração do grupo” (f. 12). Então, não há necessidade de pronunciamento judicial sobre a exclusão do apelante do grupo consorciado, eis que, repita-se, tal providência já foi tomada no âmbito administrativo.

Dito isso, no que se refere ao pedido de restituição imediata dos valores já pagos, sem razão o apelante.

Essa matéria já foi objeto de acerto na Instância Superior, na sistemática dos recursos repetitivos, oportunidade em que ficou decidido que “é devida a restituição de valores vertidos por consorciado desistente ao grupo de consórcio, mas não de imediato, e sim em até trinta dias a contar do prazo previsto contratualmente para o encerramento do plano” (REsp 1119300/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 14/4/2010, *DJe* de 27/8/2010).

A hipótese, contudo, diz respeito a contrato celebrado após a edição da Lei nº 11.795, de 2008, (a realização da assembleia que constituiu o grupo se deu no dia 17 de junho de 2010 - f. 13), fato esse que afasta a aplicação da referida decisão.

É o entendimento do STJ:

1. - A Segunda Seção, no julgamento do REsp nº 1.119.300/RS, prolatado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, assinalou que a restituição das parcelas pagas pelo participante desistente deve ocorrer em até 30 dias após o término do prazo previsto no contrato para o encerramento do grupo correspondente. 2.- Essa orientação, contudo, como bem destacado na própria certidão de julgamento do recurso em referência, diz respeito apenas aos contratos anteriores à edição da Lei nº 11.795/08. 3.- A própria Segunda Seção já ressaltou, no julgamento da Rcl 3.752/GO, a necessidade de se interpretar restritivamente a tese enunciada de forma genérica no julgamento do REsp 1.119.300/RS: ‘Para os contratos firmados a partir de 6/2/2009, não abrangidos nesse julgamento, caberá ao STJ, oportunamente, verificar se o entendimento aqui fixado permanece hígido, ou se, diante da nova regulamentação conferida ao sistema de consórcio, haverá margem para sua revisão (Rcl 16.112/BA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, j. em 26/3/2014, *DJe* de 8/4/2014).

E, na hipótese, realmente, não há razão para se aplicar o referido entendimento. É que o contrato, tal como disposto nas cláusulas nºs 26 e 15 (f. 86 e 83) não condiciona a devolução das quantias devidas ao encerramento do grupo, mas sim estabelece que a devolução ocorrerá através de sorteio. Inclusive, são esses os termos da carta enviada pela apelada ao apelante (f. 12), informando-o sobre a sua exclusão do grupo.

Veja-se: “Conforme contrato de adesão ao grupo de consórcio Itaú, eventuais valores pagos serão devolvidos quando da contemplação por sorteio dentro do prazo de duração do grupo” (f. 12). E ainda:

26.4 – [...] a devolução dos valores pagos ao fundo comum será feita na forma de sorteio conforme item 15 deste contrato de adesão. [...] 15.5 - Ocorrerá um único sorteio para contemplação de consorciado excluído por AGO para efeito de devolução dos valores pagos ao Fundo Comum, observará as regras da contemplação por sorteio do Consorciado Ativo (f. 83).

E disso não se apanha qualquer ilegalidade, pois tais disposições se coadunam com aquilo que ficou disposto na Lei nº 11.795, de 2008, que diz:

Art. 22. A contemplação é a atribuição ao consorciado do crédito para a aquisição de bem ou serviço, bem como para a restituição das parcelas pagas, no caso dos consorciados excluídos, nos termos do art. 30.

Enfim, inexistindo ilegalidade ou mesmo abusividade, não há razão para se determinar antecipação do pagamento, concomitantemente à saída do grupo, até mesmo porque, repita-se, não se condicionou o pagamento ao encerramento do grupo.

E não há como se condenar a apelada no pagamento de qualquer quantia. Foi ela mesma quem comunicou ao apelante sobre a sua exclusão do grupo, comprometendo-se a efetivar a “restituição do percentual pago ao Fundo Comum com base no valor do bem na data da Assembleia de Contemplação, acrescido dos rendimentos financeiros e descontadas as devidas penalidades indicadas no contrato de adesão” (f. 12), tal como previsto no contrato.

Assim, como a obrigação de pagamento decorre daquilo que o próprio contrato prevê, e como já comunicado ao apelado que o pagamento será efetivado dentro daquilo que o contrato estabelece, evidentemente não é necessária nova imputação à apelada, sob pena de indúvida superfetação, o que não se admite.

Naturalmente, afastada a condenação, fica prejudicada a discussão sobre os encargos que poderiam incidir sobre ela. A propósito: “Os juros de mora e a correção monetária são verbas acessórias [...] (RHC 37.055/GO, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 4/6/2013, *DJe* de 12/6/2013).

E ainda:

Reformada a sentença para excluir a única parcela deferida na ação, também são indevidas as parcelas acessórias referentes à correção monetária, aos juros de mora e às custas processuais. Isso porque, de acordo com o princípio da gravitação jurídica, o acessório segue a sorte do principal (Processo 0000442-50.2011.5.05.0281, Ac. nº 207855/2014, Rel. Des. Edilton Meireles, 1ª Turma, *DJe* de 12/8/2014).

Relativamente à taxa de administração, já está assentado que as administradoras de consórcio têm liberdade para fixar a respectiva taxa de administração e que o simples arbitramento de um percentual superior a 10% não implica, por si só, abusividade. É o entendimento fixado na Súmula nº 538 do STJ: “As administradoras de consórcio têm liberdade para estabelecer a respectiva taxa de administração, ainda que fixada em percentual superior a dez por cento” (Súmula 538, Segunda Seção, j. em 10/6/2015, *DJe* de 15/6/2015).

E não há prova nos autos de vantagem exagerada ou abusividade, a comportar intervenção estatal na autonomia das partes. Na verdade, o apelante sequer apontou o índice exigido pela apelada nem mesmo se preocupou em demonstrar a desconformidade daquilo que foi exigido com os termos praticados no mercado financeiro, sendo indubitoso que ele, apelante, teve plena ciência dos encargos quando livremente aderiu à operação e utilizou o crédito.

Assim, não há como fixar a taxa de administração em 10%.

Por fim, no que toca à cláusula penal, não foi ela objeto de impugnação na petição inicial. Ainda que várias cláusulas tenham sido objeto do pedido de nulidade, da fundamentação, substancialmente, o que se apanha foi simplesmente impugnação do valor da taxa de administração e dos juros e correção que incidiriam sobre o montante condenatório. Nada mais. Vale transcrever a seguinte passagem extraída da petição inicial:

Sendo assim, pretende o autor a rescisão do consórcio com a imediata devolução da importância das parcelas que pagou, acrescida dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados, monetariamente atualizada, com incidência de juros a partir da data da citação, deduzida, apenas, a taxa de administração prevista legalmente (f. 06).

Então, discutir sobre a validade e aplicabilidade da cláusula implicaria indubitosa inovação recursal, o que não se admite. Nada para se prover aqui.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

DES. ANTÔNIO BISPO: Com a devida vênia, dirijo do voto proferido pelo eminente Desembargador Relator.

Pretende o apelante, diante da desistência do consórcio firmado com a requerida, a restituição imediata das parcelas pagas e a redução da taxa de administração para 10%.

É sabido que o consumidor que se torna incapaz de saldar as prestações assumidas pode desistir do consórcio, à vista dos princípios da liberdade contratual e da autonomia de vontade.

Importante esclarecer, primeiramente, que até o advento da Lei 11.795/08, os consórcios eram regulados por ampla e esparsa legislação.

Relevante ainda ressaltar que, com base na legislação anterior, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou, em sede de recurso representativo da controvérsia (REsp 1119300/RS), o entendimento de que é devida a

restituição das parcelas pagas pelo consorciado desistente, em até trinta dias, a contar do encerramento do plano de consórcio.

Entretanto, em referido julgamento, conclui-se que a adoção da tese repetitiva quanto à impossibilidade de imediata devolução das parcelas não se aplica nos casos em que o contrato de consórcio foi celebrado sob a égide da Lei 11.795/08, o que é o caso dos autos.

Dispõe o art. 2º de referida lei:

Art. 2º Consórcio é a reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.

O contrato de consórcio, instrumento plurilateral, cria diversos vínculos obrigacionais, devendo a relação entre o grupo e o consorciado individualmente considerado obedecer ao disposto no art. 3º, § 2º, da Lei 11.795/08, prevalecendo, primordialmente, o interesse da coletividade. Por outro lado, os direitos dos consorciados também devem ser observados.

Em relação à possibilidade de restituição das parcelas pagas pelo consorciado excluído antes do término do grupo, não é razoável ou proporcional obrigar o apelante a aguardar, por 170 meses, a restituição de quantia inferior a R\$12.000,00 (doze mil reais).

Sustentar este posicionamento seria negar vigência ao direito ao direito fundamental do autor à moradia, expressamente previsto no art. 6º, da CR/88, pois os recursos que ficarão retidos por mais de uma década poderiam ser utilizados para a aquisição de outro imóvel.

Deve-se ressaltar que a presente relação é tipicamente de consumo, sendo uma pessoa física que utilizou serviço como destinatário final, segundo o que dispõe o CDC (art. 2º, da Lei 8.078/90).

Nesse sentido deve ser reconhecida a hipossuficiência daquele que adere a contratos dessa espécie.

Dispõe o art. 51, IV, c/c art. 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

[...]

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Nesse sentido, na própria Mensagem nº 762, de 8 de outubro de 2008, da Presidência da República, encontramos como justificativa para o veto dos §§ 1º a 3º do art. 29 da Lei 11.795/08:

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 30 e os incisos II e III do art. 31 da proposição tratam da devolução dos valores pagos ao participante excluído. A redação do projeto impõe ao excluído do consórcio duas possibilidades para restituição das quantias vertidas: ser contemplado em assembléia ou ser restituído 60 dias após a data da realização da última assembleia.

Nesse contexto, os dispositivos citados afrontam diretamente o art. 51, IV, c/c art. 51, § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelecem regra geral proibitória da utilização de cláusula abusiva nos contratos de consumo. Com efeito, embora o consumidor deva arcar com os prejuízos que trouxer ao grupo de consorciados, conforme § 2º do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, mantê-lo privado de receber os valores vertidos até o final do grupo ou até sua contemplação é absolutamente antijurídico e ofende o princípio da boa-fé, que deve prevalecer em qualquer relação contratual.

Ademais, a inteligência do Código de Defesa do Consumidor é de coibir a quebra de equivalência contratual e considerar abusivas as cláusulas que colocam o consumidor em 'desvantagem exagerada', tal como ocorre no caso presente. A devolução das prestações deve ser imediata, sob pena de impor ao consumidor uma longa e injusta espera.

Dessa forma, a restituição das parcelas pagas pelo consorciado excluído deve ser efetuada imediatamente.

Sob outro aspecto, impende destacar que a alegação de prejuízo ao grupo de consórcio da restituição das parcelas antes do seu encerramento deve vir acompanhada de prova efetiva nesse sentido.

Em relação à redução da taxa de administração, a questão é tratada no Decreto 70.951/72, que foi editado para dispor sobre a distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso, a título de propaganda, estabelecendo normas de proteção à poupança popular, assim regulamentando a Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971.

Verificando no site da Presidência da República, na página dedicada à referida legislação, observa-se que alguns dos artigos do decreto em questão, de fato, vieram a ser revogados por outras disposições, estando, porém, até hoje em vigor o art. 42, assim redigido:

Art. 42. As despesas de administração cobradas pela sociedade de fins exclusivamente civis não poderão ser superiores a doze por cento (12%) do valor do bem, quando este for de preço até cinquenta (50) vezes o salário-mínimo local, e a dez por cento (10%) quando de preço superior a esse limite.

§ 1º As associações civis de fins não lucrativos e as sociedades mercantis, que organizarem consórcio para aquisição de bens de seu comércio ou fabrico, somente poderão cobrar as despesas de administração efetiva e comprovadamente realizadas com a gestão do consórcio, no máximo até à metade das taxas estabelecidas neste artigo.

Vale repetir que a relação havida entre o consorciado e a administradora possui natureza de consumo, restando clara a situação de desigualdade entre as partes e a situação de hipossuficiência do consumidor no caso em tela, o que chama a incidência do inciso IV e do § 1º do art. 51 do CDC, que constitui a cláusula geral hábil para vedar qualquer pactuação abusiva e considerar nulas de pleno direito as estipulações que estabeleçam obrigações que coloquem a parte aderente em desvantagem exagerada, incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

Por certo, nenhuma circular ou norma emanada de órgão do Poder Executivo tem o condão de se sobrepor aos ditames da Lei 8.078/90. Deve-se preservar, contudo, a eficácia das disposições que se mostrarem em harmonia com a proteção do consumidor, como o caso do art. 42 do Decreto 70.

Assim, com o advento da Lei 11.795/08, especificamente seu art. 48, foi revogado o art. 33 da Lei 8.177/91. Não resta dúvida, portanto, de que sua redução é possível com base no CDC.

No caso dos autos, verifica-se que a taxa de administração pactuada é de 22% ao plano (f. 13), valor este que favorece o enriquecimento ilícito da apelada, acarretando onerosidade excessiva aos consorciados.

Considerando-se o valor totalmente desproporcional, necessária sua redução, haja vista configurar obrigação excessivamente onerosa, contrariando o art. 51, IV, c/c art. 51, § 1º, III, do CDC.

Assim, impõe-se a reforma do provimento monocrático para reduzir a taxa de administração ao percentual de 10%, que está em conformidade com o referido decreto, considerando que o valor do bem é de até 50 vezes o valor do salário mínimo e que as sociedades mercantis, que organizam consórcio para aquisição de bens, somente podem cobrar as despesas de administração efetiva e comprovadamente realizadas com a gestão do consórcio, no máximo até à metade das taxas estabelecidas naquele artigo.

Mediante tais considerações, dou provimento ao recurso para julgar procedentes os pedidos expostos na inicial, determinando ao apelado a restituição imediata dos valores pagos, corrigidos monetariamente, pelo índice adotado pela Corregedoria Geral de Justiça deste Estado (CGJ), a contar do efetivo desembolso, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, bem como a redução da taxa de administração para 10%.

Custas processuais e recursais pela requerida, além de honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor total da condenação.

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES - De acordo com o Relator.

DES. PRESIDENTE: Em razão da divergência nos votos proferidos, determino a suspensão do julgamento, para que sejam observadas as determinações do art. 942 do Código de Processo Civil.

SESSÃO DO DIA 9/11/2017

DES. JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA - De acordo com o Relator.

DES. MAURÍLIO GABRIEL - De acordo com o Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O PRIMEIRO VOGAL.

• • •

Apelação cível - Documento particular - Autenticidade, veracidade e exatidão - Não impugnação - Conformidade com o original - Título executivo extrajudicial - Ação de cobrança - Finalidade - Obtenção de título executivo judicial - Possibilidade - Lugar do pagamento da obrigação - Separação judicial - Permanência do cônjuge não locatário no imóvel - Comunicação obrigatória ao locador - Ausência - Responsabilidade do inquilino mantida - Aluguel - Falta de pagamento - Desfazimento da locação - Despejo

- A cópia de documento particular, desde que não impugnada a sua autenticidade, veracidade e exatidão, deve ser tida conforme o original.

- O detentor de título executivo extrajudicial pode optar pelo ajuizamento de ação de cobrança com o objetivo de obter título executivo judicial.

- O pagamento da obrigação deve ser feito, em princípio, no domicílio do devedor, salvo se as partes livremente convencionarem outro local ou se o contrário resultar de lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

- O locatário que, em decorrência de sua separação judicial, sair do imóvel locado, deixando ali sua antiga esposa, não se exime de suas obrigações contratuais, especialmente de sua obrigação de pagar os aluguéis, quando não comunicar ao locador a sub-rogação havida.

- A falta de pagamento do aluguel, se não purgada, acarreta o desfazimento da locação e conduz à decretação do despejo.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.052527-3/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Deivid Max Elias - Apelado: Sidney Eurípedes Milhorim - Interessado: Tatiana Cristine de Campos Silva - Relator: DES. MAURÍLIO GABRIEL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR PRELIMINARES DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, DE CARÊNCIA DE AÇÃO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de agosto de 2017. - *Maurílio Gabriel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MAURÍLIO GABRIEL - Cuida-se de “ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis, encargos e demais acréscimos” ajuizada por Sidney Eurípedes Milhorim contra Deivid Max Elias e Tatiana Cristine de Campos Silva.

A sentença prolatada, ao julgar procedente o pedido inicial: 1º) declarou “rescindido o contrato de ID: 84973707, por falta de pagamento”, e decretou “o despejo, com determinação de expedição de mandado para desocupação voluntária em 30 (trinta) dias, sob pena de despejo compulsório”; 2º) condenou “Deivid Max Elias e Tatiana Cristine de Campos Silva solidariamente a pagarem aos autores os aluguéis vencidos até a data da efetiva desocupação, além dos acessórios e multas constantes no contrato, corrigidos monetariamente pelos índices divulgados pela Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais e acrescidos de juros moratórios à razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir dos respectivos vencimentos”; 3º) condenou os réus ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em “10% (dez por cento) sobre o total da dívida”; e 4º) suspendeu a exigibilidade dos ônus sucumbenciais, por estarem os vencidos amparados pela assistência judiciária.

Foram rejeitados os embargos declaratórios apresentados pelo autor.

Inconformado, apenas Deivid Max Elias interpôs recurso de apelação suscitando, inicialmente, preliminar de “extinção do processo sem julgamento do mérito”, por inépcia da inicial, alegando que o autor não trouxe aos autos a cópia autenticada do contrato de locação e “não explicitou com clareza os índices utilizados para atualização do débito”.

Alega, ainda, em preliminar, “carência da ação ante a falta de interesse e adequação processual”.

Aduz, também preliminarmente, ter sido cerceado em seu direito de defesa, ante o julgamento antecipado da lide.

No mérito, afirma que “veio a se separar judicialmente da requerida”, que deveria “efetivar os pagamentos dos aluguéis futuros”.

Pondera que, assim, “se existe mora, esta é do requerente que não foi receber os aluguéis”.

Ao final e no mérito, o apelante pugna pelo provimento do recurso, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Em contrarrazões, Sidney Eurípedes Milhorim bate-se pela manutenção da sentença.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Dispõe o art. 424 do Código de Processo Civil que “a cópia de documento particular tem o mesmo valor probante que o original, cabendo ao escrivão, intimadas as partes, proceder à conferência e certificar a conformidade entre a cópia e o original”.

Assim, a cópia de documento particular, desde que não impugnada a sua autenticidade, veracidade e exatidão, deve ser tida conforme o original.

Na espécie, o réu Deivid Max Elias, na defesa que ofertou, limitou-se a alegar, neste tema, que “a inicial não está instruída com o contrato de locação, e, em se tratando de pretensão que busca o fim do contrato, para tal fim deve o original acompanhar a petição inicial” (f. 2 do documento 27).

O réu, assim, não questionou a veracidade ou a exatidão da cópia do contrato de locação acostada aos autos (documento 6).

Dessa forma, a cópia anexada aos autos reflete exatamente o contrato original, o que dispensa a juntada deste aos autos da ação.

A petição inicial veio instruída com a planilha do débito (documento 7), em que se acham apontados os valores dos aluguéis devidos, os índices de atualização monetária, os valores dos aluguéis corrigidos monetariamente, os percentuais e os valores dos juros incidentes sobre os aluguéis e os valores totais de cada aluguel reclamado.

O valor total apontado na planilha (R\$19.44,65) seria o débito existente no “momento do ajuizamento” da ação, conforme restou afirmado no item 5.0 da petição inicial (f. 3 do documento 2).

A peça inaugural atende, portanto, todos os requisitos estipulados no art. 319 do Código de Processo Civil, bem como aqueles previstos na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

Rejeito, portanto, a preliminar de inépcia da exordial.

Sustenta o apelante que o autor é carecedor da ação, por ausência de interesse processual, porquanto “ampara pretensão condenatória de pagamento dos aluguéis vencidos em título executivo (contrato de locação)” quando poderia promover ação de execução.

Nenhuma razão possui o recorrente, nesta questão preliminar.

Prescreve o Código de Processo Civil, no art. 785, que “a existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial”.

Discorrendo a respeito, Misael Montenegro Filho esclarece que

o novo CPC estabelece a regra de que, mesmo portando o título extrajudicial, o credor pode abrir mão do procedimento mais ágil (execução), preferindo propor ação de conhecimento. Nesse caso, o título executivo extrajudicial perde essa condição, tornando-se meio de prova da existência da obrigação (MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Editora Atlas, p. 716).

Assim, o detentor de título executivo extrajudicial pode optar pelo ajuizamento de ação de cobrança com o objetivo de obter título executivo judicial.

Ademais, a ação em julgamento não se destina exclusivamente à cobrança dos aluguéis atrasados, mas também à desocupação do imóvel alugado, através do despejo.

Dessa maneira, é evidente o interesse de agir do autor.

Não acolho, por consequência, a preliminar de carência de ação, por ausência de interesse de agir.

Suscita, ainda, o apelante preliminar de cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide, pois não foi dada oportunidade “de produzir sua prova no sentido de que não mais reside no imóvel conforme alegado”, o que o eximiria da “responsabilidade de pagamento de aluguel, cabendo esse apenas à outra requerida” (f. 10 do documento 68).

Essas alegações, todavia, se mostram irrelevantes para o deslinde da questão, como se demonstrará ao se examinar o mérito da demanda.

Dessa forma, o julgamento antecipado da lide não afrontou o direito de defesa do réu-apelante, pois se deu pela desnecessidade de produção de outras provas, na forma autorizada pelo inciso I do art. 355 do Código de Processo Civil.

Afasto, pois, a preliminar de nulidade de sentença, por cerceamento de defesa.

No mérito, restou demonstrado que, aos 31 de maio de 2012, o autor Sidney Eurípedes Milhorim locou ao réu Deivid Max Elias, para fins residenciais e pelo prazo de um ano, o imóvel localizado na Avenida Luiz Pasteur, nº 22, na cidade de Uberaba.

O contrato de locação (documento 6) acha-se subscrito pelo locador, pelo locatário e por Tatiana Cristine de Campos Silva, apenas como esposa do inquilino, e, findo o prazo avençado inicialmente, se prorrogou por prazo indeterminado.

Certo é que os aluguéis pactuados deixaram de ser pagos a partir de junho de 2013, como afirmado na exordial, sem impugnação dos réus.

O recorrente se insurge contra a confessada inadimplência alegando que a mora se deu por culpa do requerente, “que não foi receber os aluguéis”.

Determina o art. 327 do Código Civil que “efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”.

Portanto, o pagamento da obrigação deve ser feito, em princípio, no domicílio do devedor, salvo se as partes livremente convencionarem outro local ou se o contrário resultar de lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias.

Na espécie, as partes convencionaram, no contrato de locação, que o pagamento dos aluguéis deveria ser feito “na residência do locador ou de seu representante” (cf. cláusula 2ª do contrato, à f. 1 do documento 6).

Consequentemente, nenhuma razão possui o apelante, ao imputar ao locador a mora, pois incumbia a ele efetuar o pagamento “na residência do locador”.

Busca o apelante eximir-se de sua responsabilidade pelo pagamento dos aluguéis, por ter, em maio de 2013, se separado de sua esposa Tatiana, que passou a ser a responsável pelo pagamento, pois continuou residindo no imóvel.

Estipula o art. 12 da Lei nº 8.245 que, “em casos de separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, a locação residencial prosseguirá automaticamente com o cônjuge ou companheiro que permanecer no imóvel”.

Determina o § 1º do mesmo artigo que, nestas hipóteses, “a sub-rogação será comunicada por escrito ao locador e ao fiador, se esta for a modalidade de garantia locatícia”.

Assim, o locatário que, em decorrência de sua separação judicial, sair do imóvel locado, deixando ali sua antiga esposa, não se exime de suas obrigações contratuais, especialmente de sua obrigação de pagar os aluguéis, quando não comunicar ao locador a sub-rogação havida.

A propósito:

Locação. Sub-rogação legal. Art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.245/91. Separação de fato ou judicial, divórcio ou dissolução de sociedade conjugal. Comunicação ao locador. Sua não ocorrência, *in casu*. Vínculo locatício que permanece entre as partes originárias. Dissídio não configurado. - Ocorrendo separação de fato, separação judicial, divórcio ou dissolução da sociedade concubinária, o contrato de locação prosseguirá, automaticamente, com o ex-cônjuge ou ex-companheiro que permanecer no imóvel como uma espécie de sub-rogação legal. - Deve a sub-rogação ser comunicada por escrito ao locador, o qual poderá exigir, no prazo de trinta dias, a substituição do fiador ou o oferecimento de quaisquer das garantias previstas no referido diploma. Não ocorrendo tal comunicação ou prova, por outro meio idôneo - de inequívoco conhecimento por parte do locador -, de um dos supostos fáticos previstos no *caput* de tal dispositivo, o vínculo locatício persistirá entre as partes originárias, tendo em vista os princípios que regem os contratos em geral. Doutrina e jurisprudência. - *In casu*, não ocorreu a referida comunicação ao locador. O aresto impugnado bem aplicou o art. 12 e seu parágrafo único, dando-lhes interpretação consentânea com os princípios gerais que norteiam os contratos, os quais devem ser observados, em respeito, inclusive, à segurança das relações jurídicas. - Recurso não conhecido pela letra c uma vez que a divergência não restou configurada; conhecido, mas improvido, pela a, nos termos do voto condutor (STJ - Quinta Turma, REsp 540.669/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. aos 19/4/2005, pub. no DJ de 6/6/2005, p. 362).

Apelação cível. Ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis. Sub-rogação automática com a separação do locatário. Responsabilidade dele, no entanto, pelos débitos de sua ex-companheira que permaneceu no imóvel, diante da ausência da comunicação por escrito a que alude o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.245/91. O parágrafo único do art. 12 da Lei do Inquilinato exige a comunicação, por escrito, ao locador, no caso de sub-rogação das obrigações provenientes do contrato. Se não comunicada ao locador, por escrito, a sub-rogação não produz os seus efeitos em relação a terceiros, permanecendo a responsabilidade do locatário original perante o locador. Precedentes do c. STJ e deste Tribunal. Recurso não provido (ac. da 12ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça na Apelação Cível 1.0518.11.000191-5/001, Rel. Des. Domingos Coelho, j. em 14/3/2012, p. em 26/3/2012).

Na espécie, persistiu a obrigação do apelante pelo pagamento dos aluguéis, por não ter o locador sido notificado da alegada sub-rogação, pela separação do casal.

Os réus não comprovaram a quitação do débito alegado, restando patente a mora, pois sequer refutam as alegações do não pagamento.

Caracterizada a falta de pagamento dos aluguéis, deve ser a locação desfeita (cf. inciso III do art. 9º da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991), com a consequente decretação do despejo.

Com estas considerações, nego provimento ao recurso.

Condeno o apelante a pagar as custas recursais.

Por força do determinado no § 11º do art. 85 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios para 12% (doze por cento) sobre o valor da dívida.

Suspendo, contudo, a exigibilidade destes ônus em relação, por se achar o apelante amparado pela assistência judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TIAGO PINTO e ANTÔNIO BISPO.

Súmula - REJEITARAM PRELIMINARES DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL, DE CARÊNCIA DE AÇÃO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Direito administrativo - Apelação - Ação de cobrança - Servidor público efetivo - Agente de segurança penitenciário - Regime jurídico estatutário - Consolidação das leis trabalhistas e Súmula do Tribunal Superior do Trabalho - Inaplicabilidade - Período de deslocamento de ida e volta do local de trabalho - Serviço extraordinário - Inexistência - Jornada de oito horas diárias - Folha individual de frequência - Assinatura do servidor - Legitimidade da prova - Intervalo de uma hora de almoço - Inexistência em determinado período - Cumprimento de jornada de nove horas diárias - Obrigação de pagamento de hora-extra - Recurso parcialmente provido

- O servidor público estadual efetivo ocupante do cargo de Agente de Segurança Penitenciário, como é o caso do requerente, está sujeito ao regime estatutário, e não ao regime celetista, de forma que não se lhe aplicam as normas previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas e as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho.

- A pretensão do requerente de receber horas extras relativas ao período em que esteve no transporte, fornecido pelo Estado, de ida e de volta do local de trabalho não merece prosperar, primeiro, porque durante o período de deslocamento não há prestação de serviço, o que afasta a obrigação de pagamento da contraprestação pecuniária; e, segundo, porque não há, no Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de Minas Gerais e na Lei Estadual 14.695/2003, que cria a carreira de Agente de Segurança Penitenciário, dispositivo que considere, de maneira fictícia, as horas *in itinere* como horas de trabalho.

- Considerando que o art. 15 da Lei Estadual 14.695/03 estabelece que “a jornada de trabalho dos servidores da carreira de Agente de Segurança Penitenciário é de oito horas diárias”, e tendo em vista que, nas folhas individuais de frequência apresentadas pelo requerente, assinadas por este e pela chefia, constam períodos de trabalho de 9 horas diárias, sem intervalo de almoço, deve o Estado ser condenado ao pagamento das horas extras relativas a tais períodos, ressaltando que não há prova de que houve compensação do serviço extraordinário com dispensa do serviço em dias de trabalho.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.055431-2/002 - Comarca de Belo Horizonte- Apelante: Abgar Guimarães - Apelado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. MOREIRA DINIZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Moreira Diniz* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença do MM. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedente a ação ordinária de cobrança ajuizada por Abgar Guimarães contra o Estado de Minas Gerais, condenando o autor ao pagamento das custas e de honorários advocatícios no montante de R\$600,00.

O apelante alega que presta serviço na Penitenciária de Teófilo Otoni e que sua jornada semanal é de 40 horas de trabalho; que, desde o início das atividades, vem sendo obrigado a cumprir sobrejornada, mas não recebe contraprestação do Estado; que é obrigado a comparecer às 7h, de segunda a sexta, no ponto do ônibus que realiza o transporte para o local de trabalho, que fica 17km da área urbana, sendo que assina o ponto de entrada às 8h e o ponto de saída às 17h, mas o Estado não contabiliza o tempo de transporte na sua jornada de trabalho; que não há intervalo intrajornada, ou seja, horário de almoço, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2013, foi obrigado a assinar o horário de saída para almoço e de nova entrada para a continuação do serviço, porém nunca lhe foi proporcionado o devido intervalo; que fica à disposição do Estado por período de quase 11 horas diárias, mas somente recebe por 8 horas; que deve ser aplicado, por analogia, o art. 71, § 4º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que prevê o pagamento da hora normal de trabalho mais 50% para o caso de não concessão do repouso para alimentação; que a Constituição Federal, no art. 37, inciso XVI, combinado com o art. 39, § 3º, assegura o pagamento de horas extras ao servidor; que o depoimento da testemunha Edwin César Maia da Silva confirmou os fatos narrados na inicial da ação; e que, de acordo com a Súmula 338, III, do Tribunal Superior do Trabalho, as folhas de ponto juntadas às f. 24/111 não podem ser consideradas como prova, pois apresentam horários de entrada e de saída uniformes. Pugna pelo provimento do recurso, para que sua pretensão seja julgada procedente e o réu condenado ao pagamento das horas extras e das horas *in itinere*.

O caso envolve pretensão de recebimento de horas extras formulada por servidor público estadual ocupante do cargo efetivo de Agente de Segurança Penitenciário, conforme se extrai da petição inicial, dos contracheques de f. 112/167 e da própria contestação (f. 174).

O apelante, nas razões recursais, defende o direito de receber horas extras referentes ao período de transporte de ida e de volta do local de trabalho e ao período de intervalo para almoço, que não estaria sendo efetivamente concedido pela Administração, e sustenta que fica, aproximadamente, 11 horas diárias à disposição do Estado, mas somente recebe o equivalente a 8 horas por dia.

Como dito, extrai-se dos autos, principalmente dos contracheques de março de 2010 a março de 2014, juntados às f. 112/167, que o apelante é servidor público estadual efetivo, o que significa que está sujeito ao regime estatutário, e não ao regime celetista.

O regime estatutário dos servidores ocupantes do cargo de Agente de Segurança Penitenciário, como o apelante, abrange as normas contidas na Lei Estadual 869/52, que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais, as normas genéricas relativas aos servidores públicos civis do Estado e as normas previstas na Lei Estadual 14.695/2003, que cria a carreira de Agente de Segurança Penitenciário.

Portanto, ao caso não se aplicam as normas da Consolidação das Leis Trabalhistas nem mesmo as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, cuja competência envolve o julgamento de relações jurídicas regidas pelo regime celetista.

É certo que aos servidores públicos são assegurados a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e o direito ao recebimento de adicional de horas extras, já que o art. 39, § 3º, da Constituição Federal estende a eles os direitos enumerados nos incisos XIII e XVI do art. 7º.

O pagamento de gratificação pelo serviço extraordinário também é previsto nos artigos 143, f, e 148 da Lei Estadual 869/52, e no art. 9º da Lei Estadual 10.363/90, com redação dada pelo art. 11 da Lei Estadual 10.745/92.

Contudo, observo que a pretensão do apelante de receber horas extras relativas ao período em que esteve no transporte, fornecido pelo Estado, de ida e de volta do local de trabalho não merece prosperar.

Primeiro, porque os períodos referentes ao deslocamento de ida e de volta não são períodos em que o servidor está, efetivamente, desempenhando as atribuições de seu cargo.

E, segundo, porque não há, nas normas aplicáveis à categoria dos Agentes de Segurança Penitenciário, dispositivo que considere, de maneira fictícia, as horas *in itinere* como horas de trabalho.

Se não há serviço extraordinário sendo prestado, não há como falar em obrigação de pagamento da contraprestação pecuniária acrescida da gratificação.

O fato de o Estado fornecer o transporte aos Agentes de Segurança Penitenciário não altera tal conclusão, pois, repito, não há prestação de serviço no período do itinerário até o local de trabalho.

No que diz respeito à pretensão do apelante de receber horas extras relativas ao período de intervalo de uma hora para almoço, que não estaria sendo efetivamente concedido pela Administração, merece prosperar, mas somente em parte.

O apelante sustenta que assinava o ponto de entrada às 8h e o ponto de saída às 17h, o que totalizavam 9 horas de serviço, e que não havia intervalo intrajornada, ou seja, horário de almoço, sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2013, foi obrigado a assinar o horário de saída para almoço e de nova entrada para a continuação do serviço, porém nunca lhe foi proporcionado o devido intervalo.

Primeiramente, cumpre reforçar que não se aplica ao caso a súmula do Tribunal Superior do Trabalho invocada na apelação, pois a competência do referido Tribunal se restringe às relações trabalhistas.

Assim, considerando que há a assinatura do apelante e da chefia nos cartões de ponto juntados às f. 24/111, os referidos documentos são meios de provas legítimos da jornada de trabalho diária do servidor.

Ademais, a testemunha arrolada pelo próprio apelante afirmou que “as folhas de ponto para saída e retorno do almoço ficavam em uma bancada, e não havia nenhum servidor controlando as assinaturas” (f. 223), o que demonstra que os servidores tinham liberdade para lançar os horários corretos de saída para o almoço e do retorno ao trabalho.

Dito isso, observo que a presente ação foi ajuizada em 9/5/2014, o que significa que, em razão do disposto no art. 3º do Decreto 20.910/32, está prescrita a pretensão de cobrança das horas extras eventualmente prestadas antes de 9/5/2009.

O art. 15 da Lei Estadual 14.695/03 estabelece que “a jornada de trabalho dos servidores da carreira de Agente de Segurança Penitenciário é de oito horas diárias”.

As folhas individuais de frequência de f. 24/82 comprovam os horários de trabalho do apelante de março de 2014 a maio de 2009 (período não prescrito), sendo possível constatar que, durante esses meses, houve período em que ele trabalhou:

- de 8h às 17h, com 1 hora de intervalo de almoço (f. 24/36 e 67/79), o que não gera direito ao pagamento de hora extra, já que sua jornada diária é de 8 horas;

- de 8h às 17h, sem pausa para intervalo de almoço (f. 38/66), o que gera direito ao pagamento de 1 hora de trabalho acrescida do adicional de 50% (art. 11 da Lei 10.363/90), já que sua jornada diária é de 8 horas e o Estado não comprovou que houve intervalo de 1 hora, ou que houve compensação do serviço extraordinário com dispensa do serviço em dias de trabalho;

- de 8h às 16h, sem pausa para intervalo de almoço (f. 80/82), o que não gera direito ao pagamento de hora extra, já que sua jornada diária é de 8 horas.

Assim, o Estado deverá pagar ao apelante o equivalente ao valor de uma hora normal, acrescido de 50%, pelo período em que este trabalhou de 8h às 17h sem a concessão do intervalo de 1 hora para almoço, de acordo com os documentos de f. 38/66.

Ressalto que, pela folha individual de frequência apresentada nos autos, o apelante não trabalha em regime de revezamento com compensação, como alegado nas contrarrazões, e não há prova de que houve compensação do serviço extraordinário prestado pelo apelante.

Quanto aos juros de mora e à correção monetária incidentes sobre os valores devidos, observo que, em 30/6/2009, foi publicada a Lei Federal 11.960, que, em seu art. 5º, alterou o disposto no art. 1º-F da Lei Federal 9.494/97, com o seguinte teor:

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.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 4.425, realizado em 14/3/2013, cujo acórdão foi publicado em 19/12/2013, declarou inconstitucional, por arrastamento, parte do art. 5º da Lei 11.960/09, em relação às expressões “independentemente de sua natureza”, e “índices oficiais de remuneração básica [...] aplicados à caderneta de poupança” no tocante à correção monetária.

Ocorre que o Ministro Luiz Fux, em 11/4/2013, proferiu decisão determinando que, até que sejam modulados os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, deve ser observada a sistemática de correção monetária dos débitos da Fazenda Pública como vinha sendo realizada, ou seja, nos termos do art. 5º da Lei 11.960/09 (índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança).

Logo, até a modulação dos efeitos da decisão pelo Supremo Tribunal Federal, a correção monetária e os juros deverão ser fixados, respectivamente, com base nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, estes a partir da citação (art. 405 do Código Civil), e aquela desde a data do inadimplemento, em razão da natureza deste encargo (atualização da moeda).

Vale destacar que, no caso, tanto a citação, marco inicial dos juros, quanto a data da primeira parcela inadimplida (f. 66) são posteriores à edição da Lei 11.960/09, de forma que esta é a lei aplicável.

Por sua vez, a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 4.425, sendo mantida a aplicação dos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança até 25/3/2015, e sendo ainda determinado que, após a referida data, a correção monetária deverá observar o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedente a ação e condenar o réu a pagar ao autor o equivalente ao valor de uma hora normal de trabalho, acrescido de 50%, durante o período em que este trabalhou de 8h às 17h sem a concessão do intervalo de 1 hora para almoço, de acordo com os documentos de f. 38/66.

Sobre o referido valor incidirão correção monetária (desde a data do inadimplemento de cada parcela) e juros de mora (desde a citação), com base, respectivamente, nos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, sendo que, no período posterior a 25/3/2015, deve ser aplicado o IPCA-E a título de correção monetária.

Considerando a alteração na sucumbência, condeno o autor ao pagamento de 70% das custas, ficando o restante a cargo do réu, que é isento, por força de lei.

A fixação dos honorários ocorrerá após a definição do valor da condenação, conforme prevê o art. 85, § 4º, inciso III, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e RENATO DRESCH.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

• • •

Remessa necessária - *Ex officio* - Apelação cível - Direito constitucional e administrativo - Ação ordinária - Professora estadual - Adicional noturno - Reconhecimento - Diferenças retroativas - Reflexos - Férias e décimo terceiro - Cabimento

- O art. 39, § 3º, da Constituição de 1988 faz menção expressa aos incisos do art. 7º como direitos dos servidores ocupantes de cargo público, dentre eles, o adicional noturno.

- O direito ao adicional noturno possui previsão no art. 7º, IX, da CR/88 c/c art. 12 da Lei Estadual nº 10.745/92, restando estipulado o acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o valor-hora normal de trabalho para aqueles que laborarem no período compreendido entre às 22 (vinte e duas) horas de um dia e às 5 (cinco) horas do outro, ainda que em regime de plantão, admitido, em contrapartida, o direito às diferenças e aos reflexos sobre férias e décimo terceiro, observada a prescrição quinquenal.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.059893-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Estado de Minas Gerais. Apelado: Aline Aparecida Negreiros Fumian Nunes - 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 REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, NA REMESSA NECESSÁRIA PROCEDIDA DE OFÍCIO, E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Notas taquigráficas

DES. WASHINGTON FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de relatório adotado e proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da ação ordinária ajuizada por Aline Aparecida Negreiros Fumian Nunes em face do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial para determinar o pagamento dos valores devidos à autora, a título de adicional noturno, por todas as horas trabalhadas entre as 22h de um dia e as 5h do dia seguinte, no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor da hora normal, com reflexos nas férias e décimo terceiro, observada a prescrição quinquenal e os exatos dias laborados durante o período noturno (Ordem nº 38).

No mesmo ato sentencial, foi determinada a correção monetária dos valores devidos, desde o vencimento de cada parcela e segundo o IPCA-E, bem como o acréscimo de juros de mora, a partir da citação, nos moldes do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09 (Ordem nº 38. f. 07).

O Estado de Minas Gerais afirma, em suas razões recursais, que o regime de subsídio a que se submete a autora veda o pagamento do adicional noturno, inexistindo, ainda, amparo constitucional à pretensão inicial. Ressalta, com base nos arts. 2º, 18 e 25, todos da CR/88, que compete ao Estado regulamentar os direitos dos seus servidores públicos, sendo vedado ao Poder Judiciário criar obrigações cujo cumprimento

é imputado ao Executivo. Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a sentença atacada e julgado improcedente o pedido inicial. Eventualmente, espera pela aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, para fins de correção monetária dos valores devidos (Ordem nº 40).

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

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões, batendo-se pelo desprovimento do recurso (Ordem nº 42).

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

É o relatório.

Nos moldes do art. 496, I, do CPC de 2015, procedo, *ex officio*, à remessa necessária, pois se trata de sentença ilíquida proferida contra a Fazenda Pública Estadual. Aplicável, ainda, o Enunciado da Súmula nº 490 do colendo STJ.

Presentes os pressupostos de admissibilidade estampados no CPC de 2015, conheço da apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais.

Cuido, inicialmente, dos pontos sujeitos à remessa necessária, diante de sua maior abrangência.

Remessa necessária.

A causa envolve o direito da autora, servidora pública estadual ocupante do cargo de professor, ao adicional noturno.

A prescrição, na hipótese, alcança as parcelas de trato sucessivo anteriores ao quinquênio contado da data da propositura da ação. É o que se extrai do Decreto nº 20.910/32, bem como do Enunciado da Súmula nº 85 do STJ.

Mantenho a sentença quanto ao reconhecimento da prescrição quinquenal nesse particular, portanto.

Passo, agora, ao direito controvertido.

É inegável que a Constituição da República de 1988, em seu art. 7º, IX, resguarda, aos trabalhadores rurais e urbanos, o direito humano fundamental à remuneração do trabalho noturno, sendo certo, ainda, que o art. 39, § 3º, do mesmo texto constitucional assegura o direito aos servidores públicos.

A Constituição do Estado de Minas Gerais, por sua vez, em seu art. 31, *caput*, exterioriza regra que assegura ao servidor público civil o direito ao adicional noturno. Confira-se:

Art. 31 - O Estado assegurará ao servidor público civil da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os direitos previstos no art. 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, da Constituição da República e os que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social e da produtividade e da eficiência no serviço público, em especial o prêmio por produtividade e o adicional de desempenho.

[...]

Num cenário como o apresentado, está claro que o direito ao adicional noturno, por expressa previsão constitucional, tanto da República quanto estadual, alcança os servidores públicos, inexistindo, de outro lado, qualquer ressalva quanto aos servidores integrantes do magistério estadual.

Há, na Lei estadual nº 10.745/92, que dispõe sobre o reajustamento dos símbolos, dos níveis de vencimento e dos proventos do pessoal civil e militar do Poder Executivo e dá outras providências, expresse resguardo ao adicional noturno para o servidor público estadual no exercício da atividade em horário noturno.

O artigo 12 do diploma legal supramencionado prevê o acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o valor-hora normal de trabalho para aqueles que laborarem no período compreendido entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do outro. Vejamos:

Art. 12. O serviço noturno, prestado em horário compreendido entre as 22 (vinte e duas) horas de um dia e as 5 (cinco) horas do dia seguinte, será remunerado com o valor-hora normal de trabalho acrescido de 20% (vinte por cento), nos termos de regulamento.

Nem se sustente o não reconhecimento do direito, por constar, na parte final do art. 12, a previsão posterior da remuneração do serviço noturno em regulamento.

Como direito humano fundamental que é, amparado pela Constituição da República de 1988, não se pode admitir óbice à sua eficácia e à sua efetividade pela ausência de regulamento mencionado em lei específica. Observa-se, nesse tocante, o comando contido no art. 5º, § 1º, da CR/88:

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:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[...]

Nesse sentido:

Reexame necessário e apelação cível. Servidor público estadual. Agente de segurança penitenciário. Adicional noturno. Art. 39, § 3º, CR/88. Aplicação imediata. Direito fundamental. Lei estadual n. 10.745/92. - 1. O art. 39, § 3º, da Constituição da República estendeu aos servidores públicos direitos atinentes aos funcionários celetistas, dentre eles o previsto no inciso IX do art. 7º, que garante a remuneração pelo trabalho noturno. 2. A concessão do adicional noturno independe de qualquer regulamentação, visto que, nos termos do art. 5º, § 1º, da Lei Maior, as regras definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. 3. São devidos os reflexos do adicional noturno no décimo terceiro salário e no terço de férias, porquanto, segundo a legislação de regência, tais verbas são calculadas com base na remuneração integral do servidor. 4. Recurso voluntário desprovido. Prejudicado o reexame necessário (TJMG - 5ª Câmara Cível - Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1.0024.13.255234-0/001 - Rel.ª Des.ª Áurea Brasil, j. em 9/3/2017).

Na verdade, a previsão em regulamento posterior envolve a forma de ser remunerado, em si, o adicional noturno, mas não limita ou restringe o direito a este.

Evidente, portanto, o direito do servidor público efetivo estadual, ocupante do cargo de professor, ao adicional, desde que seja demonstrado o exercício da atividade no horário noturno.

É de se ressaltar que a Lei Estadual nº 18.975/10, que fixa o subsídio das carreiras do Grupo de Atividades de Educação Básica do Poder Executivo Estadual e do pessoal civil da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais e dá outras providências, previu, expressamente, o direito à percepção do adicional noturno, independentemente da remuneração passar a ser por subsídio. Confira-se:

Art. 3º A remuneração por subsídio não exclui a percepção de vantagens de natureza indenizatória e das seguintes espécies remuneratórias, nos termos da legislação específica:

[...]

V - adicional noturno;

[...]

A Lei Estadual nº 18.975/10, reforça, assim, o direito da autora à percepção dos valores após a data de sua entrada em vigor. Já o período anterior ao referido diploma legal encontra resguardo suficiente noutras previsões destacadas alhures.

Volvendo aos autos, como bem ponderado pelo d. Juiz Monocrático, verifica-se que as cópias das declarações carreadas (Ordem nº 24/29) demonstram que a autora exerceu e exerce suas atividades nos períodos diurno e noturno, cujo término deste se dá apenas às 22h20min, segundo informação advinda da Escola Estadual “João Belo de Oliveira” (Ordem nº 30).

Assim, deve ser reconhecido o direito ao adicional em tela enquanto perdurar o exercício da atividade no horário noturno, com reflexo sobre as férias e décimo terceiro salário, conforme apuração a ser realizada em sede de liquidação de sentença.

Não é outro o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais em casos análogos ao presente:

Reexame necessário e apelação cível. Servidora designada. Efetivação pela Lei Complementar nº 100/2007. Professora da educação básica. Adicional noturno. Art. 39, § 3º, CR/88. Aplicação imediata. Direito fundamental. Lei Estadual n. 10.745/92. Reflexos no 13º salário, férias e terço constitucional. Exclusão do reflexo nos quinquênios. Correção monetária. Termo inicial. - 1. Os servidores efetivados pela Lei Complementar 100/2007, durante o período em que estiveram prestando serviços ao Estado de Minas Gerais, subsumiam-se ao conceito de servidor público, muito embora não tenham se submetido à regra geral do concurso. Sendo-lhe aplicável, portanto, o regime jurídico típico da categoria, composto pelas normas de Direito Administrativo. 2. O direito ao adicional noturno, previsto no art. 7º da CR, foi estendido aos servidores públicos, nos termos do art. 39, § 3º, do mesmo diploma legal, sendo de aplicabilidade imediata, por se tratar de direito fundamental do trabalhador. 3. Nos termos do art. 3º da Lei n. 18.945/2010, a remuneração por subsídio não impede a percepção de adicional noturno. 4. São devidos os reflexos do adicional noturno no décimo terceiro salário, nas férias e terço de férias, porquanto, segundo a legislação de regência, tais verbas são calculadas com base na remuneração integral do servidor. 5. Descabida a extensão do adicional para cálculo dos quinquênios, cuja base de cálculo é o vencimento básico, consoante determina o art. 37, inciso XIV, da CR/88. 6. Omissa a sentença quanto ao termo inicial da correção monetária, cabível, tão somente, o esclarecimento em relação à sua incidência. 7. Recurso voluntário parcialmente provido. Prejudicado o reexame necessário (TJMG - 5ª Câmara

Cível - Apelação Cível/Remessa Necessária nº 1.0024.14.051178-3/001 - Rel.^a Des^a. Áurea Brasil, j. em 10/8/2017).

Direito administrativo e constitucional. Reexame necessário. De ofício. Ação ordinária. Professora (função pública). Adicional noturno. Direito reconhecido. Art. 39, § 3, c/c art. 7º, inciso IX, ambos da CF/1988. Percentual de 20% (Artigo 12 da Lei 10.745). Diferenças devidas. Prescrição quinquenal. Adequação dos índices de correção monetária. Sentença parcialmente reformada. Recurso voluntário (apelação) não provido. - Em se tratando de sentença ilíquida, parcialmente procedente, em desfavor do Estado de Minas Gerais, deve-se promover o reexame necessário, mesmo que de ofício (art. 475 do CPC/73). Na inteligência do art. 39, §3 c/c art. 7º, inciso IX, ambos da CF/1988, o servidor público faz jus a adicional por tempo de serviço. Direitos que são extensivos aos contratados a título precário. Comprovado o labor no período de 22 (vinte e duas) a 5 (cinco) horas do dia seguinte, é devido o adicional noturno ao professor, contratado a título precário, que exerce função pública, conforme efeitos da ADI nº 4876-STF sobre a Lei Complementar nº 100/2007. Diferenças devidas, com os seus reflexos. Aplica-se a prescrição quinquenal, porquanto se trata de relação jurídica de trato sucessivo, em que suposto direito vem sendo lesado ao longo do tempo, ocorrendo a prescrição tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu a propositura da ação. Sobre as diferenças devidas, desde as datas dos vencimentos e até 29/6/2009, incidirá correção monetária pelos índices da tabela da CGJ/MG. A partir de 30/6/2009, deverá ser observada a norma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, tanto para o cálculo dos juros de mora, quanto da correção monetária. Sentença parcialmente reformada. Recurso voluntário não provido, nos termos da fundamentação expendida em sede de reexame voluntário (TJMG - 1ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0024.14.051176-7/001 - Rel. Des. Armando Freire. j. 4/7/2017).

Mantenho, enfim, a sentença, pois há elementos probatórios que evidenciam o efetivo exercício de atividade no horário noturno, sem a devida comprovação do pagamento do respectivo adicional, nos moldes do art. 373, II, do CPC de 2015.

Destaco, por oportuno, que inexistente ingerência indevida do Judiciário na hipótese em apreço, não havendo falar em aumento ilegal de vencimentos de servidores, postura esta vedada pelo princípio da separação dos poderes insculpido no art. 2º da CR/88, e reforçado pelo enunciado da Súmula Vinculante nº 37, originada da conversão da Súmula nº 339 do colendo STF. A procedência do pedido inicial apenas reconhece e declara um direito expressamente previsto na Lei Estadual nº 10.745/92.

A eventual ausência de dotação orçamentária, na forma como suscitada pelo Estado de Minas Gerais, também não se mostra como motivo apto a obstaculizar o adimplemento do adicional noturno pretendido, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Pelo mesmo fundamento, também deve ser mantida a sentença no ponto em que o réu foi condenado ao pagamento das diferenças pretéritas, pelo período não alcançado pela prescrição e observada a incidência no patamar regular do valor da hora normal de trabalho, tudo nos termos da Lei estadual nº 10.745/92.

Julgado procedente o pedido, os encargos são consectários lógicos da condenação.

No tocante ao termo inicial da correção monetária, mantenho a sentença, pois será a data em que o pagamento deveria ter sido regularmente efetuado. A correção monetária não representa *plus*, mas mera atualização de valores.

Já o termo inicial dos juros de mora é a citação, na forma do art. 240 do CPC de 2015. Mantido o ato sentencial uma vez mais.

Com relação aos índices da correção monetária, a sentença deve ser reformada, notadamente na forma como postulado pelo Estado de Minas Gerais em suas razões recursais.

O colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADI's nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade parcial dos parágrafos 2º, 9º, 10 e 12 do art. 100 da Constituição da República de 1988, com a redação que lhe foi conferida pela EC nº 62/2009. Portanto, em relação ao § 12 do art. 100 da CR/88, restou declarada a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, como taxa de correção monetária dos precatórios, por ser insuficiente para recompor as perdas inflacionárias.

O STF, ao julgar as referidas ADI's, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADI's (art. 100, § 12, da CR/88, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização de requisitos, e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento.

Assim, o Tribunal Pleno, sob a relatoria do ilustre Ministro Luiz Fux, ao reputar constitucional a questão debatida nos autos do Recurso Extraordinário nº 870.947 RG/SE, destacou que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, em sua atual redação, não foi declarado inconstitucional por completo e continua, portanto, em pleno vigor para os débitos fazendários apurados tanto na fase de conhecimento - como no caso dos autos -, quanto na fase de execução.

Destaco, nesse ponto específico, que não desconheço que o colendo STF, em 20 de setembro de 2017, analisou o mérito do tema que teve repercussão geral reconhecida na ocasião do julgamento do RE nº 870.947/SE, concluindo 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 a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

Não obstante, a recente decisão ainda se encontra pendente de trânsito em julgado, com possibilidade de modulação de seus efeitos, motivo pelo qual, em respeito à segurança jurídica, entendo pela sua inaplicabilidade imediata.

Nesse diapasão, deverá ser observado o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, em sua redação atual, dada pela Lei nº 11.960/09 - índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) ou outro índice que venha a ser adotado, de forma definitiva e com o respectivo trânsito em julgado, em decisão do colendo STF no RE nº 870.947/SE, sob a sistemática da repercussão geral, caso o julgamento ocorra antes da data do pagamento -, durante todo o período. Inaplicável, por ora, o IPCA-E.

Quanto aos índices dos juros de mora, mantenho a fixação, por aplicável o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

No tocante à fixação da verba honorária, revela-se escorreito o ato sentencial.

Nos termos do art. 85, § 4º, II, do CPC de 2015, o arbitramento dos honorários deverá ocorrer somente quando da liquidação do julgado nos casos de sentenças ilíquidas proferidas em face da Fazenda Pública.

Posterga-se, assim, a condenação da verba honorária para momento oportuno, quando da liquidação da sentença, na forma como restou determinado pelo d. Juiz monocrático.

Finalmente, quanto às custas e despesas processuais, necessária a observância da isenção legal que ampara o ente estadual (Lei Estadual nº 14.939/03).

Ante o exposto, reformo parcialmente a sentença, na remessa necessária procedida de ofício, e dou provimento parcial ao recurso voluntário tão somente para determinar que a correção monetária observe o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09 - índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) ou outro índice que venha a ser adotado, de forma definitiva e com o respectivo trânsito em julgado, em decisão do colendo STF no RE nº 870.947/SE, sob a sistemática da repercussão geral, caso o julgamento ocorra antes da data do pagamento -, durante todo o período.

Deixo de fixar os honorários recursais, na forma do art. 85, § 4º, II, do CPC de 2015.

Custas recursais, pelo Estado de Minas Gerais, isento nos termos do artigo 10, I, da Lei Estadual nº 14.939/03.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM e ARMANDO FREIRE.

Súmula - REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, NA REMESSA NECESSÁRIA PROCEDIDA DE OFÍCIO, E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

Apelação cível - Ação cautelar de exibição de documentos.
Atendimento em juízo - Inexistência de prova de recusa anterior.
Ônus de sucumbência da parte autora - Princípio da causalidade

- O atendimento do pedido de exibição de documentos quando da apresentação da defesa elide a imposição dos ônus de sucumbência à parte requerida nos casos em que a parte autora não demonstra a recusa de atendimento da requisição feita, extrajudicialmente, antes do ajuizamento da ação.

- A propósito da comprovação do prévio pedido, quando o documento apresentado não goza de fé pública (v.g., certidão entrega de notificação encaminhada via cartório), o meio utilizado deve expressar certeza de que o pedido formulado pela parte, ou por procurador devidamente habilitado, foi efetivamente recebido no endereço de quem está obrigado à exibição (v.g.: correspondência encaminhada pelos Correios com declaração de conteúdo).

- Em se tratando de documentos bancários, dada a notória dificuldade de localização e remessa, que decorre da logística operacional das instituições bancárias, reputo necessário um prazo mínimo de 30 (trinta) dias para que sejam disponibilizados, de forma que somente após o seu esgotamento é que pode ficar caracterizada a violação de direito que autoriza a caracterização do interesse de agir no ajuizamento da ação cautelar de exibição.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.14.060957-3/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Boa Vista Serviços S/A - Apelada: Rosana Pereira Moreira - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 6 de julho de 2017. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente embate sobre recurso de apelação interposto por Boa Vista Serviços S/A, contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Contagem, Dr. Marcus Vinicius do Amaral Daher, que, em ação cautelar de exibição de documentos, julgou extinto o processo, com resolução do mérito, diante da satisfação do pedido inicial. Ainda, condenou a parte requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$1.000,00.

O apelante principal argui preliminar de falta de interesse de agir, ao argumento de que o atendimento administrativo poderia ter sido atendido se a apelada tivesse enviado cópia de seus documentos pessoais. No mérito, alega que o documento requerido foi apresentado juntamente com a tese defensiva, sem resistência à pretensão; sustenta que o documento pleiteado é sigiloso, fornecido apenas mediante solicitação justificada e apresentação de documentos pessoais, o que não foi atendido pela requerente; pugna pelo provimento do recurso para julgar improcedente a ação.

Preparo comprovado às f. 72/73.

Contrarrazões às f. 77/87, pugnando pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

Decido.

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

Há preliminar de ausência de interesse de agir, sob o fundamento de que o atendimento administrativo poderia ter sido atendido, se a apelada tivesse enviado cópia de seus documentos pessoais.

Examino a preliminar juntamente com o mérito, uma vez que suas matérias se confundem.

A propósito da caracterização do interesse de agir como condição para o ajuizamento das ações cautelares de exibição de documentos, a posição que eu vinha sustentando até aqui era no sentido de que somente poderia ser verificado pela investigação do propósito da ação, que encontra garantia no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal). Uma vez demonstrada a existência de uma relação jurídica entre as partes e reconhecida a utilidade do processo proposto e sua adequação, firmei entendimento de não existir razão para que se afirme faltar à parte postulante o interesse de agir, mesmo porque a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vinha se pacificando em ter como irrelevante a existência de prévia remessa de extratos e da disponibilização do contrato quando de sua celebração, ou mesmo a solicitação prévia no âmbito administrativo, para que se reconheça o interesse de agir na propositura da ação cautelar de exibição de documentos.

Porém, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 631.240 o Excelso Supremo Tribunal Federal firmou orientação mais rígida a propósito da necessidade de prévio requerimento extrajudicial para a caracterização do interesse de agir no ajuizamento de ações previdenciárias, que estabelece distinção entre o “prévio requerimento” e o “exaurimento das vias administrativas” para afastar a existência de inconstitucionalidade na exigência de que o ajuizamento da ação seja justificado pela resistência oposta pela parte requerida. E firmou posição no sentido de que “decisões extintivas de processos por ausência de condições da ação não violam a inafastabilidade da jurisdição”.

Diante de tal pronunciamento, que afasta a violação ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nos casos em que a extinção do processo ocorre por falta de uma condição da ação expressamente prevista em lei (CPC, arts. 3º; 4º; 267, VI; e 295, III), o Colendo Superior Tribunal de Justiça reviu a sua jurisprudência, adotando, em julgamento de recurso representativo de controvérsia, a seguinte orientação jurisprudencial:

Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Exibição de extratos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Interesse de agir. Pedido prévio à instituição financeira e pagamento do custo do serviço. Necessidade. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido (STJ, Recurso Especial, Nº 1.349.453/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* de 2/2/2015).

Portanto, para a caracterização do interesse de agir, a parte autora da ação cautelar de exibição de documentos deve comprovar, além da existência de relação jurídica entre as partes, o prévio pedido feito à parte requerida, em prazo razoável para atendimento.

A propósito da comprovação do prévio pedido, quando o documento apresentado não goza de fé pública (v.g., certidão de entrega de notificação encaminhada via cartório), o meio utilizado deve expressar certeza de que o pedido formulado pela parte, ou por procurador devidamente habilitado, foi efetivamente recebido no endereço de quem está obrigado à exibição (v.g.: correspondência encaminhada pelos Correios com declaração de conteúdo).

Em se tratando de documentos bancários, dada a notória dificuldade de localização e remessa, que decorre da logística operacional das instituições bancárias, reputo necessário um prazo mínimo de 30 (trinta) dias para que sejam disponibilizados, de forma que somente após o seu esgotamento é que pode ficar caracterizada a violação de direito que autoriza a caracterização do interesse de agir no ajuizamento da ação cautelar de exibição.

Da leitura que fiz dos autos, especificamente da notificação e do aviso de recebimento em documento às f. 18/19, verifiquei que o meio utilizado para envio da solicitação extrajudicial não confere certeza quanto à efetividade do requerimento formulado pela parte, uma vez que o endereço indicado para envio dos documentos é distinto daquele descrito na inicial, sujeitando a instituição financeira à violação de sigilo bancário caso tais documentos sejam encaminhados para pessoa distinta da contratante. Ainda, verifiquei que a notificação que foi formulada nem mesmo conta com a assinatura do ora apelado, pelo que entendo que a solicitação dos documentos na via administrativa não restou satisfatoriamente comprovada.

A respeito da fixação dos ônus de sucumbência, considero que deve ser analisada segundo a regra do art. 85, do Código de Processo Civil de 2015, a qual requer a observância do princípio da causalidade.

No meu modo de ver, o atendimento do pedido de exibição de documentos quando da apresentação da defesa elide a imposição dos ônus de sucumbência à parte requerida nos casos em que a parte autora não demonstra a recusa de atendimento da requisição feita, extrajudicialmente, antes do ajuizamento da ação.

A jurisprudência deste Tribunal tem precedente no mesmo sentido, v.g.

Ação cautelar de exibição de documentos. Inexistência de prova da recusa do réu em promover a exibição extrajudicialmente. Documento exibido com a contestação. Condenação do requerido nos ônus de sucumbência. Descabimento. Manutenção da sentença. Recurso conhecido e não provido. - Não se deve condenar o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários da sucumbência, tendo em vista que não há, nos autos, prova de que a autora tenha requerido, extrajudicialmente, a apresentação dos documentos, e que o réu tenha se negado a exibí-los. - Diante da inexistência de demonstração de que a parte ré tenha dado causa ao ajuizamento da ação, impossível se falar em condenação ao pagamento de ônus sucumbenciais (TJMG, Apelação Cível nº 1.0097.09.006687-5/001, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha - DJe de 22/9/2009).

No presente caso, verifiquei que os documentos foram exibidos no curso do processo (f. 42/43) e não há prova suficiente nos autos de que a parte apelada tenha requerido, extrajudicialmente, a apresentação dos documentos, nem que a parte apelante tenha se recusado a fornecê-los.

Sendo assim, entendo que o requerente, ora apelado, deu causa à presente demanda, pelo que deve arcar com os ônus sucumbenciais.

Feitas tais considerações, dou provimento à apelação, reformando a sentença para dela decotar a condenação da parte requerida, ora apelante, devendo o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ficar a cargo da parte autora, ora apelada, restando, entretanto, suspensa a exigibilidade por estar litigando sob os auspícios da justiça gratuita.

Custas do recurso pela apelada, suspensa a exigibilidade.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA e ALBERTO HENRIQUE.

Súmula - DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Civil e Processo Civil - Acidente de trânsito - Veículo de transporte coletivo urbano - Queda no interior do ônibus - Responsabilidade objetiva da empresa prestadora de serviço público - Dever de indenizar

- A concessionária de serviço público de transporte responde objetivamente pelos danos causados aos seus usuários, conforme determinação do art. 37, § 6º, da Constituição Federal/88.

- A concessionária só se eximirá da responsabilidade pelo acidente de trânsito se comprovar a culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de força maior, situações que, se não forem demonstradas, induzirão à reparação civil, bastante, para tanto, a coexistência do comportamento ofensor do agente administrativo e a relação de causalidade entre a conduta dele e o abalo perpetrado à vítima.

- A indenização fixada a título de dano moral deve levar em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja a de desestimular o responsável pelo dano, de forma a levá-lo a tomar atitudes que previnam a ocorrência futura de atos semelhantes, e a de compensar a vítima pela dor e inconvenientes que lhe foram indevidamente impostos.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.061330-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Viação Cometa S/A - Apelada: Erica Fonseca - Relator: DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO

Acórdão

Acorda esta 13ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Newton Teixeira Carvalho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Trata-se de apelação interposta por Viação Cometa S/A contra sentença, de f.180/183, pela qual o douto Juiz, nos autos da “ação de reparação cível” movida por Erica Fonseca, julgou procedentes os pedidos condenando-a ao pagamento da quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais), acrescida de juros e correção monetária atualizados pelos índices fornecidos pela Corregedoria de Justiça de Minas Gerais, a partir daquela decisão e juros moratórios, de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data do acidente.

Condenou, a apelante, ainda, nas custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento), incidente sobre o valor da condenação, nos termos da Súmula 54, do STJ.

Alega a recorrente, às f. 189/197, ausência do dever de indenizar, sob o argumento de que a parte apelada não sofreu qualquer tipo de dano psíquico que viesse a se perpetrar, para fins de indenização na esfera moral.

Subsidiariamente, não concorda com o valor fixado, a título de danos morais, na sentença, eis que estaria além da praxe deste Tribunal de Justiça, razão pela qual pugna pela minoração da indenização.

Contrarrrazões, pela autora, às f. 200/204, requerendo a manutenção da sentença.

É relatório.

Conhecemos do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Resumidamente, a apelante pugna pela reforma da sentença ou, subsidiariamente, pela minoração dos danos morais.

Nesse sentido, a apelante entende que não restou demonstrado qualquer abalo ou sofrimento de ordem psíquica apta a legitimar a procedência da indenização, em favor da autora, razão pela qual não há que se falar em procedência do pedido exordial, muito menos em condenação dela.

Essa espécie de responsabilidade tem como pressupostos a comprovação do dano e do nexo de causalidade, dispensando a prova de culpa dos seus agentes.

Segundo remansosa jurisprudência de nossos Tribunais, que originou a Súmula nº 187, do Superior Tribunal Federal, é presumida a culpa do transportador pelos danos experimentados por seus passageiros, tratando-se de presunção legal, *juris tantum*, que somente pode ser elidida mediante a comprovação de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

E, ainda, conforme lição doutrinária de Maria Sylvia Zanela Di Pietro:

É a chamada teoria da responsabilidade objetiva, precisamente por prescindir da apreciação dos elementos subjetivos (culpa ou dolo); é também chamada teoria do risco, porque parte da idéia de que a atuação estatal envolve um risco de dano, que lhe é inerente (cf. Cretella Júnior, 1970, v. 8:69-70) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004, p. 551).

Assim, dúvida não há de que a responsabilidade da ré é objetiva, por se tratar de concessionária de serviço público, por atuar no ramo de transporte coletivo.

Além disso, por se consubstanciar o contrato de transporte, em obrigação de resultado, o transportador tem o dever de zelar pela integridade física de seus passageiros, conduzindo-os sãos e salvos ao local de destino, só se eximindo de reparar os eventuais danos se provar a existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

A propósito, nesse sentido é a lição de Sérgio Cavalieri Filho, na obra *Programa de Responsabilidade Civil*, 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores:

Sem dúvida, a característica mais importante do contrato de transporte é a cláusula de incolumidade que nele está implícita. A obrigação do transportador é de fim, de resultado, e não apenas de meio. Não se obriga ele a tomar as providências e cautelas necessárias para o bom sucesso do transporte; obriga-se pelo fim, isto é, garante o bom êxito. Tem o transportador o dever de zelar pela incolumidade do passageiro na extensão necessária a lhe evitar qualquer acontecimento funesto, como assinalou Vivante, citado por Aguiar Dias. O objeto da obrigação de custódia, prossegue o Mestre, é assegurar o credor contra os riscos contratuais, isto é, pôr a cargo do devedor a álea do contrato, salvo, na maioria dos casos, a força maior (José de Aguiar Dias, ob. Cit., v. I/230).

Importante salientar que a doutrina e a jurisprudência têm deixado claro que a responsabilidade peculiar das transportadoras de pessoas, por dano causado aos seus passageiros, apenas pode ser excluída por caso

fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Fora estas hipóteses, o excelso Supremo Tribunal Federal já consignou que o fato de terceiro não exclui a responsabilidade da transportadora, ao editar a Súmula nº 187: “Súmula 187. A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva”.

No caso dos autos, como a responsabilidade da ré é objetiva, desnecessária, para fins de indenização, a prova de culpa de seus agentes. Porém, o dever de indenizar só ocorre se constatado o dano e se houver nexo entre ele e o ato da empresa de transporte que o gerou, o que ocorreu no caso dos autos.

Assim, a vítima, para ser indenizada, deve demonstrar a conduta lesiva do agente, a extensão do dano, bem como o nexo de causalidade entre eles, elementos estes que ficaram indubitavelmente comprovados no caso em apreço.

Verifica-se, no caso, que a ocorrência do acidente ficou devidamente comprovada, bem como a conduta ilícita da ré, além das lesões sofridas pela apelada, tudo segundo se extrai da documentação anexada aos autos, cuja dinâmica, foi bem relatada pelo juiz sentenciante.

Desta forma, para se eximir de reparar o dano, cabia, à parte ré, comprovar a ocorrência de uma das causas excludentes da responsabilidade, o que não ocorreu no caso em apreço, eis que requereu ainda, subsidiariamente, a minoração do valor indenizatório.

Conforme dispõe o § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se:

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Neste sentido, é o entendimento jurisprudencial:

Ação de indenização. Transporte coletivo. Responsabilidade objetiva caracterizada. Acidente com passageiro. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Sentença. Reformada. Pedidos julgados parcialmente procedentes. Voto vencido. - As empresas concessionárias de serviços públicos de transportes respondem objetivamente pelos danos que causarem aos seus passageiros, à inteligência da norma do art. 37, § 6º, da CR/88, pois têm a obrigação de levá-los incólumes até o seu destino, só se eximindo da responsabilidade mediante prova da existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima. Não demonstrada a alegada culpa exclusiva da vítima e presentes o dano e o nexo de causalidade, impõe-se o dever de indenizar. Recurso parcialmente provido. V.v.p.: Fica ao arbítrio do magistrado a fixação do pretium doloris’ devendo, contudo, ser observados parâmetros razoáveis para que seja atendido tanto o caráter punitivo da empresa que deu causa, bem como o sofrimento psíquico e moral suportados pela vítima. (Des. Electra Benevides) (TJMG. Apelação Cível nº 1.0610.04.008244-4/001. Rel. Des. Marcos Lincoln. DJe de 20/1/2009. D.p. 6/2/2009).

Desta forma, comprovada a existência da responsabilidade da transportadora, parte ré, impõe-se a obrigação de indenizar.

Em relação ao dano moral, é sabido que se caracteriza 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, causando-lhe constrangimentos.

Assim, no caso dos autos, os danos morais restaram configurados, diante do patente sofrimento físico e abalo psicológico suportado pela autora, em decorrência do acidente que sofreu.

Em relação ao *quantum* indenizatório, este Tribunal tem primado pela razoabilidade na fixação dos valores das indenizações.

No presente caso, é necessário lembrar que essa espécie de indenização deve alcançar valor tal que sirva de exemplo à ré, mas, por outro lado, nunca deve ser fonte de enriquecimento para os autores, servindo-lhe apenas como compensação pela dor sofrida. Deve ser arbitrado com a devida observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como das peculiaridades do caso.

Na espécie, considerando que a conduta ilícita adotada pela ré foi negligente, tenho que a indenização fixada, pela doura sentenciante, no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) à parte autora, mostra-se, segundo nosso entendimento razoável e proporcional, à praxe adotada por este Tribunal.

A propósito, sobre o tema:

Apelação cível. Ação de indenização. Acidente. Interior de ônibus. Responsabilidade objetiva. Risco do empreendimento. Dever de indenizar. Quantum. Majoração. Juros. Evento danoso. Honorários advocatícios. Manutenção. Sentença reformada em parte. Recurso provido parcialmente. - O valor da indenização tem como objetivo compensar uma lesão que não se mede pelos padrões monetários, devendo ser levadas em conta as peculiaridades de cada caso e principalmente o nível socioeconômico das partes, bem como a gravidade da lesão assim também a penalização do responsável, buscando a sua conscientização, a fim de que sejam evitadas novas práticas lesivas. - Na estipulação do quantum devido a título de danos morais, o Julgador deve pautar-se pelo bom senso, moderação e prudência, sem perder de vista que, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível e, por outro, ela não pode tornar-se fonte de lucro. - Todavia, mostrando-se insuficiente o valor fixado no grau a quo, deve ser majorada a indenização. - Quanto ao início da incidência de juros de mora, urge a determinação da fluência do encargo desde o evento danoso, de acordo com a Súmula 54 do STJ e o art. 398, do CC. - honorários - Sentença reformada em parte. Recurso provido parcialmente. (Apelação Cível nº 1.0024.12.040571-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Luana Marra Pereira - Apelada: Territorial Transp. Empreend. Ltda, Companhia Mutual Seguros. Des.^a Mariângela Meyer. Data do julgamento: 30/6/2015).

Neste sentido esta Câmara já se posicionou, senão vejamos:

Apelação cível. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Empresa de transporte coletivo. Responsabilidade objetiva do transportador. Danos morais. Lesões leves. Dever de indenizar configurado. Culpa exclusiva de terceiro. Excludente de responsabilidade não configurada. Art. 735 do CC. Quantum indenizatório. Majoração. Admissibilidade. Caráter pedagógico da condenação. Juros de mora. Responsabilidade contratual. Termo inicial. Data da citação. - A responsabilidade da empresa prestadora e exploradora de serviços públicos é objetiva, sendo suficiente a comprovação do dano e do nexos causal para que seja responsabilizada pelos danos causados a terceiros, decorrentes de sua atividade, aplicando-se a regra do art. 37, § 6º, da CR. As lesões sofridas pela parte autora, em razão de acidente de trânsito envolvendo o ônibus coletivo da empresa ré no qual ela se encontrava, ainda que leves, associadas à angústia, temor, aflição e sentimentos similares causados pelo acidente narrado nos autos, justificam a condenação ao pagamento de dano moral. A culpa exclusiva de terceiros capaz de elidir a responsabilidade do

fornecedor de serviços ou produtos pelos danos causados é somente aquela que se enquadra no gênero de fortuito externo, ou seja, aquele evento que não guarda relação de causalidade com a atividade do fornecedor, absolutamente estranho ao produto ou serviço. Outrossim, nos termos do art. 735 do CC, a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva. Conquanto o arbitramento do valor da indenização por dano moral seja de livre arbítrio do julgador, admite-se a sua majoração visando atender ao caráter punitivo-pedagógico da condenação, tendo em vista as condições econômicas do ofensor, desde que não implique enriquecimento sem causa do ofendido. Nos casos de responsabilidade contratual (contrato de transporte), os juros de mora incidem desde a citação. Apelação Cível nº 1.0024.12.051475-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Companhia Mutual Seguros - Apelante adesiva: Edna de Fátima Batista de São José - Apelada: Companhia Mutual Seguros, Edna de Fátima Batista de São José, Viação Progresso Ltda. - Des. José de Carvalho Barbosa. Data do julgamento: 9/7/2015).

Apelação cível. Ação de reparação civil. Acidente de trânsito. Ônibus. Arbitramento do valor. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Majoração do quantum. Possibilidade. Provimento do recurso. Medida de rigor. - A fixação da indenização decorrente do dano moral, não pode ser inexpressiva a ponto de estimular a repetição de fatos, tais como, os narrados nos autos, nem ser exorbitante a ponto de ocasionar enriquecimento sem causa. (Apelação Cível nº 1.0024.12.052189-3/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Sebastiao Martinho Soares da Silva - Apelada: Companhia Mutual de Seguros, Viação Progresso Ltda. - Des. Luiz Carlos Gomes da Mata. Data do julgamento: 26/6/2014).

Acidente de trânsito. Freada brusca. Lesões leves. Valor dos danos morais. Majoração necessária. Valor insuficiente. Caráter punitivo da condenação. Juros de 1%. - Considerando a dor e sofrimento vivenciado pela autora deve ser reformada a sentença para que haja a majoração do valor da indenização por danos morais, após constatar a boa situação econômica da requerida, mostrando-se, o valor inicialmente fixado na sentença, acanhado para inibir os representantes da requerida em reiterar nesta conduta, atendendo o caráter punitivo e pedagógico da condenação (Apelação Cível nº 1.0024.11.057781-4/001. Comarca de Belo Horizonte. 1ª Apelante: Maria das Graças Lana de Barros. 2º Apelante: Betânia Ônibus Ltda. Apelado: Betânia Ônibus Ltda., Nobre Seguradora Brasil S/A, Maria das Graças Lana de Barros - Des. Alberto Henrique. Data do julgamento: 28/11/2013).

Isso posto negamos provimento ao recurso.

Assim e em razão do improvimento do recurso, condenação de 1ª instância majorada para 20% (vinte por cento), incidente sobre o valor da condenação, corrigidos monetariamente, com incidência de juros moratórios, a partir do trânsito em julgado deste acórdão, conforme art. 85, § 16, do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA e JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Mandado de segurança - Testamento público - Art. 1.864 do Código Civil - Acesso às informações estando o testador vivo - Impossibilidade - Efeitos *post mortem* - Privacidade do testador - Provimento 260/2013 da Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais - Direito líquido e certo não verificado

- O mandado de segurança, seja ele na forma repressiva ou preventiva, é cabível para a proteção de direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* nem por *habeas data*, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do poder público, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88.

- De acordo com o art. 1.864 do CC, o testamento público é aquele escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador; lavrado por instrumento, lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; devidamente assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

- O fato de se tratar de um testamento público não significa que as informações nele contidas serão de acesso livre a qualquer indivíduo, mesmo sendo ele seu filho ou um membro qualquer da família.

- A vontade do testador deve ser respeitada, no sentido de que suas manifestações sejam tornadas públicas apenas após a sua morte. É um direito seu, que deve ser respeitado. O ordenamento jurídico assim o garante.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.17.073240-8/001 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Clovis Cavalcanti Piragibe Magalhães - Interessado: Oficial Titular do Primeiro Tabelionato de Notas de Juiz de Fora - Eny Mauro de Faria - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de apelação cível interposta por Clovis Cavalcanti Piragibe Magalhães contra sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara de Sucessões, Empresarial e Registros da Comarca de Juiz de Fora, que, nos autos do Mandado de Segurança, impetrado em face de ato atribuído a

Eny Mauro de Faria, Oficial Titular do Primeiro Tabelionato de Notas de Juiz de Fora, indeferiu a petição inicial, com arrimo no art. 10 da Lei nº 12.016/2009, julgando extinto o feito.

Em suas razões, aduz que, sendo filho da testadora, como comprovou, resta patente o seu interesse em conhecer do teor do Testamento Público de sua genitora que “não se pode negar ciência do conteúdo de um testamento público, a um dos sucessores do testador, seu filho, pois, se assim fosse, estaríamos diante do ‘espírito’ do testamento cerrado” (*sic*); que “o autor, Magistrado mineiro aposentado, é filho da testadora, possuindo interesse legítimo em conhecer do testamento público de sua mãe”; que, “dentre as espécies de testamento elencadas no art. 1.862 do Código Civil, o Testamento Público é o primeiro e tem por característica ser de viva voz e feito na presença de uma autoridade com função notarial, ou seja, o que o notabiliza é o fato de ter o conteúdo aberto, portanto, qualquer pessoa pode ter acesso ao seu conteúdo, podendo inclusive extrair dele uma certidão” (*sic*); que não pretende a anulação do testamento, mas, tão somente, acesso ao seu conteúdo; que “não é razoável que exista superioridade do Provimento nº 260/CGJ/2013 TJMG, sobre a Lei Federal, no caso em tela, Lei 10.406/2002, que institui o Código Civil brasileiro. O provimento mostra-se ilegal e afrontoso à legislação aplicável à espécie. Tem-se que, no caso presente, é o Provimento que deve se adequar aos termos da lei, e não o contrário.” (*sic*).

Com esses argumentos, requer seja dado provimento ao recurso.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões.

A douta Procuradoria-geral de Justiça ofertou parecer opinando pelo não provimento do recurso.

Ausente o preparo, já que o apelante goza de isenção legal.

Assim, presentes os demais pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário.

Como cediço, o mandado de segurança, seja ele na forma repressiva ou preventiva, é cabível para a proteção de direito líquido e certo, não protegido por *habeas corpus* nem por *habeas data*, em sendo o responsável pelo abuso de poder ou ilegalidade da autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do poder público, nos termos do art. 5º, LXIX da CF/88.

Sobre as modalidades da citada ação, leciona o ilustre doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (*Manual de direito administrativo*. 10. ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003):

Através do mandado de segurança repressivo, o impetrante defende seu direito contra ato do Poder Público que já é vigente e eficaz. Como esses elementos tornam o ato operante, o mandado de segurança visa a reprimir a conduta administrativa já realizada. Consertar-se-á o erro já cometido.

O mandado de segurança preventivo visa a evitar a lesão ao direito líquido e certo. No caso, o ato ainda não foi praticado, mas já há elementos certos de que o será. O interessado, por outro lado, se sente seriamente ameaçado pelo advento do ato. Presentes tais pressupostos, cabe o mandado de segurança preventivo. Observe-se apenas que a prevenção deve atender a três aspectos: o primeiro deles é o da realidade, pelo qual o impetrante demonstra realmente que o ato vai ser produzido; o outro é o da objetividade, segundo o qual a ameaça de lesão deve ser séria, não se fundando em meras suposições; o último é o da atualidade, que indica que a ameaça é iminente e deve estar presente no momento da ação, não servindo, pois, ameaças pretéritas e já ultrapassadas.

Nessa seara, ato de autoridade, na lição de Hely Lopes Meirelles, (*Mandado de segurança*. 23. ed. Editora Malheiros, p. 32/33) pode ser assim conceituado:

Ato de autoridade é toda manifestação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Por autoridade entende-se a pessoa física investida de poder de decisão dentro da esfera de competência que lhe é atribuída pela norma legal.

[...]

Equiparam-se a atos de autoridade as omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte, ensejando mandado de segurança para compelir a Administração a pronunciar-se sobre o requerido pelo impetrante, e durante a inércia da autoridade pública não corre o prazo de decadência da impetração.

Percebe-se, pois, que o Mandado de Segurança é remédio processual destinado a coibir atos abusivos ou ilegais de autoridades públicas, protegendo o direito individual do cidadão diante do poder por elas exercido.

Portanto, por ser remédio tão relevante e eficaz contra os atos ilegais e abusivos, deve ter seus requisitos respeitados e interpretados de forma restritiva, sob pena de se tornar um instrumento arbitrário e inconsequente de controle dos atos administrativos.

Ressalte-se que a impetração desse tipo de ação somente é possível, nos termos do texto constitucional, para proteger direito líquido e certo, sendo que, ausente um desses requisitos, não caberá a concessão da segurança.

Infere-se dos autos que o ora apelante impetrou o presente *mandamus* em face de ato atribuído ao Oficial Titular do primeiro Tabelionato de Notas de Juiz de Fora, alegando, em resumo, que sua genitora possuiria Testamento Público, registrado junto à Serventia do impetrado, na Comarca de Juiz de Fora, lavrado em 1º de abril de 2016, no Livro 538 T, f. 106, e, que, embora tenha formulado requerimento administrativo para ter acesso ao inteiro teor do referido documento, não obteve êxito.

Alega o apelante, em sua peça de ingresso, ser líquido e certo o direito aqui vindicado, por ser filho da testadora.

Em razão da improcedência do pedido, interpôs o presente recurso.

Entretanto, depois de acurada análise da questão, estou a concluir que a pretensão do impetrante não encontra respaldo jurídico, devendo prevalecer a sentença guerreada, visto que ausentes os requisitos necessários à concessão da segurança.

Segundo o art. 1.864 do CC, o testamento público é aquele escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador; lavrado por instrumento, lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; devidamente assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Por se tratar de testamento público, entende o apelante que teria livre acesso ao seu conteúdo.

Ocorre que, ao contrário do que entende o apelante, o fato de se tratar de um testamento público não significa que as informações nele contidas serão de acesso livre a qualquer indivíduo, mesmo sendo ele seu filho ou um membro qualquer da família.

Isso por um simples motivo, a vontade da testadora deve ser respeitada, no sentido de que suas manifestações sejam tornadas públicas apenas após a sua morte. É um direito seu, que deve ser respeitado. O ordenamento jurídico assim o garante.

Saliente-se que, independentemente do conteúdo do testamento, ele apenas surtirá efeito após a morte do testador.

O ilustre Procurador de Justiça, em seu parecer, salienta

que uma leitura constitucional do instituto impõe entender que a livre disposição dos bens por meio de testamento público é um direito personalíssimo e que a privacidade do seu teor é indispensável para assegurar essa livre manifestação, posto que a publicidade pode causar instabilidade familiar.(sic).

Os fundamentos aqui expostos encontram respaldo no art. 249, § 2º, do Provimento 260/CGJ/MG/2013, que “codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notarias e de registro”, em seu art. 249, *in verbis*:

Art. 249. Concluída a lavratura do testamento público com a assinatura do testador, das testemunhas e do tabelião, será entregue traslado ao testador ou ao testamentário designado no ato.

[...]

§ 2º Somente será fornecida certidão de testamento requerida por interessado ou por tabelião de notas encarregado de lavrar escritura pública de inventário e partilha mediante apresentação da certidão de óbito do testador, no original ou em cópia autenticada, ou por ordem judicial.

Assim, ausente o direito líquido e certo de o apelante ter acesso ao testamento público, de autoria de sua genitora, pelos motivos expostos anteriormente, a confirmação da sentença, que denegou a segurança, é medida que se impõe.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterado o *decisum* objurgado.

Custas recursais, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO DRESCH e MOREIRA DINIZ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação - Condomínio - Área comum - Publicidade vedada em convenção - Utilização do espaço sem autorização.
 Preliminar - Falta de interesse de agir - Indenização material.
 Possibilidade - Previsão na convenção de condomínio - Fixação através de assembleia geral - Perda superveniente do objeto - Ônus sucumbenciais - Princípio da causalidade - Aplicação

- Se a parte se utiliza indevidamente, sabendo ser vedado pelo condomínio, da área externa comum do edifício, para instalação de placa publicitária em sua fachada, a fim de auferir vantagem, é cabível a fixação de penalidade em favor do condomínio, se prevista na Convenção.

- Havendo previsão de fixação de penalidade nas normas condominiais, deve o feito ser extinto, sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, quanto ao pedido de indenização, que deverá ser fixado através de Assembleia Geral, como previsto.

- O cumprimento pelo réu do pedido exordial superveniente à distribuição do processo não afasta o dever daquele de arcar com os ônus de sucumbência, tendo em vista que fora necessário o acionamento do Judiciário pela requerente para ver satisfeita sua pretensão, devendo ser condenada a parte que deu causa à propositura da ação, com fundamento no princípio da causalidade, a remunerar o trabalho desenvolvido pelo procurador da parte.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.10.073826-0/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Condomínio do Edifício Santorino - Apelada: CSMJ Turismo e Treinamento Ltda. - Litisconsorte: Habitual Imobiliária Ltda. - Relator: DES. AMAURI PINTO FERREIRA

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 ACOLHER PRELIMINAR DE OFÍCIO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE, E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Amauri Pinto Ferreira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AMAURI PINTO FERREIRA - Tratam os autos de ação de reintegração de posse c/c pedido de perdas e danos manejada por Condomínio do Edifício Santorino em desfavor da empresa CSMJ Turismo e Treinamentos Ltda. (Influx English School) por meio da qual pretende alcançar provimento jurisdicional final para retirada de placa fixada na fachada do prédio, área comum do condomínio, sob pena de multa diária e condenação em indenização pela utilização indevida para fins publicitários da fachada do condomínio.

Adoto o relatório do juízo *a quo*, às f. 222/226, por representar fidedignamente os fatos ocorridos em primeira instância.

Prolatada sentença pelo Juízo da 1ª Vara Cível Comarca de Uberlândia, o pedido inicial foi julgado improcedente, nos seguintes termos:

[...] Assim, fica rejeitada a pretensão indenizatória, f. 10, item 6.3, pois o Condomínio autor não teve nenhum prejuízo patrimonial efetivo em decorrência da violação da Convenção do condomínio da ré, pois nunca locou, e nunca poderá locar o espaço em questão para fins de publicidade.

A única pretensão que o autor poderia exercer em face da utilização indevida da parede externa do edifício, seria a possessória para a retirada da placa publicitária, o que já foi executado pela própria ré.

Assim, julgo improcedente a ação principal, condenando o autor no pagamento das custas processuais da lide principal e honorários advocatícios ao procurador da ré, que arbitro em R\$1.000,00, conforme art. 85, § 8º do CPC/2015, com acréscimo de correção monetária a partir desta data e juros moratórios de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado até o efetivo pagamento.

[...]

Assim, julgo extinta a lide secundária, sem resolução de mérito, conforme art. 485, VI do CPC/2015, condenando a ré/denunciante ao pagamento das custas da lide secundária e honorários advocatícios ao procurador da Denunciada, que arbitro em R\$1.000,00, conforme art. 85, § 8º do CPC/2015, com acréscimo de correção monetária a partir desta data e juros moratórios de 1% ao mês a contar do trânsito em julgado até o efetivo pagamento.

Diante dos termos da sentença, o Condomínio do Edifício Santorino interpôs o presente Recurso de Apelação Cível com o fito de reformá-la, tendo, em suas razões recursais, deduzido que, por ter a requerida retirado a placa espontaneamente, o feito não deveria ter sido julgado improcedente, mas extinto parcialmente, sem resolução de mérito, por perda superveniente de objeto, nos termos do art. 485, VI. Aduziu, ainda, que o período em que a requerida utilizou-se do local para exposição da placa publicitária, (de 2009 a 2013, conforme informado) deveria ser pago ao condomínio, por utilização de sua fachada, cabendo-lhe indenização, “em evidente prejuízo à coletividade do condomínio”.

Ofertada vista à parte apelada, esta não apresentou contrarrazões, f. 244.

Este é o breve relatório.

Do juízo de admissibilidade.

O recurso encontra-se preparado. f. 248, próprio e tempestivo. Conheço do recurso, uma vez que preenche os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Das preliminares.

Preliminar de ausência de interesse.

Suscito de ofício, preliminar de ausência de interesse de agir do condomínio quanto ao pedido de fixação de indenização pelo período de utilização da área comum pelo apelado, por haver previsão na convenção de condomínio da penalidade a ser aplicada, a ser fixada através de Assembleia Geral.

Trata-se de ação de reintegração de posse interposta pelo autor a fim de reintegrar na posse do condomínio a fachada do prédio utilizada indevidamente pelo apelado para fixação de placa de publicidade, e indenização pelo ato ilícito praticado pelo réu.

Caio Mário da Silva Pereira leciona sobre o caráter cogente da convenção de condomínio, afirmando que, “uma vez aprovada pelo *quantum* regular, a Convenção adquire força obrigatória. Impõe-se, obviamente, aos seus signatários [...]. Mais longe ainda, impõe-se também aos que recusaram sua aprovação ou sua assinatura por discordarem total ou parcialmente de sua preceituação [...]. A Convenção passa a ser a lei daquela comunidade, e seus dispositivos obrigam a todo o condomínio. Sujeita mesmo a própria Assembleia, salvo a esta a faculdade de alterá-lo regularmente. Mas não se impõe somente às partes, tomada esta expressão no sentido de pessoas integrantes do condomínio como titularidade jurídica do edifício” (*Condomínio e Incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 134, item 63).

O Código Civil de 2002 em seu art. 1.336, III, bem como o artigo 10 da Lei de Condomínio e Incorporações, nº 4591/64 preceituam:

Art. 10. É defeso a qualquer condômino: I - alterar a forma externa da fachada; II - decorar as partes e esquadriais externas com tonalidades ou cores diversas das empregadas no conjunto da edificação, III - destinar a unidade a utilização diversa de finalidade do prédio, ou usá-la de forma nociva ou perigosa ao sossego, à salubridade e à segurança dos demais condôminos; IV- embaraçar o uso das partes comuns (= art. 1.336, III, CC/2002).

A apelante assevera que ao utilizar-se indevidamente da área comum do condomínio, afixando placa publicitária a fim de auferir vantagem à empresa, violando convenção condominial, restou em evidente prejuízo à coletividade que o condomínio representa.

Na r. sentença, o magistrado entendeu que o pleito deveria ser julgado improcedente, tendo em vista que o condomínio autor não teve nenhum prejuízo, pois que é proibida pela Convenção a fixação da placa ou a locação do espaço em questão para fins de publicidade.

Entretanto, entendo que, apesar de ser vedada a locação, tem-se que a empresa requerida utilizou-se indevidamente da fachada externa do edifício a fim de obter vantagem, salientando-se tratar-se de local de grande circulação, como mesmo afirmado pelo magistrado sentenciante: “o edifício está situado em local central nesta cidade, em avenida de grande fluxo de veículos, onde qualquer um pode confirmar que a placa em questão foi removida há muito tempo” (f. 227).

Como se vê, o local onde fora afixada a placa é de grande movimentação, e a conduta da apelada gerou lucro à apelada. Ao instalar a placa na parte externa do edifício, tendo conhecimento da vedação constante da convenção, e mantendo-a mesmo após recebimento da notificação extrajudicial promovida pelo autor, cometeu flagrante infração à regra do condomínio, que, nos termos do disposto em Convenção de Condomínio, à f. 26, no título Penalidades, ficará sujeito a penalidade a ser fixada através de Assembleia Geral, revertida em favor da massa condômina, em valor de 01 (um) a 03 (três) MVR (Maior Valor de Referência), conforme a gravidade da falta.

Nessa senda, estando a penalidade a ser aplicada em caso de descumprimento da regra condominial, prevista na convenção do condomínio como acima asseverado, o próprio condomínio deverá, através de realização de assembleia geral, fixar e aplicar a multa cominada pelo descumprimento de suas normas, em especial no caso em comento, pela utilização da área comum do edifício para publicidade, em valor a ser apurado na forma da convenção de condomínio, f. 26, sendo desnecessária a intervenção judicial, impondo-se a

extinção do feito, quanto ao pleito indenizatório, por falta de interesse de agir, nos termos do artigo 485, VI, do CPC.

Do mérito.

Da perda de objeto superveniente.

Analisando os autos, entendo que o recurso merece provimento parcial.

Conforme se verifica dos autos, a empresa ré locou loja no pavimento térreo 1 do condomínio autor e em meados de janeiro de 2009 passou a ocupar indevidamente a fachada do condomínio, instalando grande placa publicitária de f. 42/43, na área comum do prédio.

A par da Convenção de Condomínio de f. 20/21, verifica-se no título das Obrigações, letra c, que é proibida a colocação de “letreiros luminosos ou não, figuras ou qualquer anúncio, nas paredes externas ou nas fachadas, nem tão pouco (*sic*) externamente, nas partes comuns do Edifício”.

Nessa senda, restou incontroversa e caracterizada a infração à regra do condomínio por parte da empresa ré ao afixar a placa na fachada do prédio, mormente por seu estabelecimento comercial estar localizado no interior do edifício e extravasar os limites da loja locada.

Com efeito, se infere da leitura dos autos que a empresa apelada informou que, no ano de 2012 (f. 218), encerrou suas atividades, retirando a placa que fora instalada no local informado pelo condomínio, na área comum do prédio. Sendo assim, requereu a apelada a extinção do feito por perda de objeto superveniente, sendo que o magistrado julgou o pedido improcedente, conforme sentença de f. 223/228.

Entendo que o pleito recursal do condomínio merece provimento para que o feito seja extinto, ante a perda de objeto superveniente, no que tange ao pedido de reintegração de posse da área em que fora fixada a placa publicitária, e não julgada improcedente a ação como proferido pelo MM. Juiz.

Ao interpor a ação, no que concerne ao pedido de retirada da placa publicitária, o autor tinha interesse de agir a fim de tutelar seus interesses, tendo a empresa requerida dado causa à interposição da ação. Posteriormente, com o encerramento das atividades da requerida, houve a retirada da placa afixada indevidamente em local de área comum do prédio, operando-se a perda superveniente do objeto, na forma do art. 493 do CPC:

Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Este é o entendimento desta Câmara:

Apelação cível. Ação de resolução de negócio jurídico cumulada com reparação de danos. Fato superveniente. Extinção do feito, sem resolução do mérito- custas processuais e honorários advocatícios. Princípio da causalidade. - A responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios não se vincula, necessariamente, à derrota no litígio, mas ao Princípio da causalidade, mais abrangente que o Princípio da sucumbência. - Verificada a perda do objeto da ação, por força de ato superveniente e externo, revela-se adequada a imposição do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios à parte requerida, quando identificado que, em razão do seu incontroverso inadimplemento contratual, ela deu causa à instauração do litígio (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.375907-6/001, Relator Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 2/2/2017, p. em 15/2/2017).

Desta feita, deve o feito ser extinto, sem resolução de mérito, por perda superveniente de objeto, no que concerne ao pedido de reintegração de posse da área onde fora instalada a placa pela empresa requerida, com fundamento no art. 493 do CPC.

Dos honorários.

Acrescente-se que o fato de ter o requerido retirado a placa instalada no local desde o ano de 2009, após o encerramento de suas atividades em 2012, com a consequente perda superveniente do objeto da ação, não o exime de arcar com os ônus da sucumbência, uma vez que deu causa à instauração do processo, e, pelo princípio da causalidade, deve arcar com as despesas decorrentes. Ademais o pleito indenizatório também restou procedente.

O pagamento dos ônus sucumbenciais, regido pelo princípio da causalidade, é obrigação que recai sobre a parte que deu causa ao ajuizamento da demanda.

Sobre o tema, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade:

Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. [...]. (NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 192).

Ressalte-se, ainda, no tocante aos ônus sucumbenciais, que, diante da reforma da sentença ora operada, restou inexistente qualquer sucumbência por parte do apelante, pelo que necessária se apresenta a redistribuição dos ônus sucumbenciais impostos na sentença primeva, devendo-se impor ao apelado a condenação no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do autor, que ora mantenho em R\$1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 85 do NCPC.

Dispositivo.

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para acolher a preliminar de falta de interesse de agir, de ofício, quanto ao pedido de fixação de indenização, julgando extinto o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, bem como para julgar extinto o processo sem julgamento de mérito, por perda superveniente de objeto, o que se faz com fundamento no art. 493 do Código de Processo Civil, quanto ao pedido de reintegração de posse da área comum.

Condeno, ainda, o apelado, no pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos supracitados.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores LUCIANO PINTO e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

Súmula - ACOLHERAM A PRELIMINAR DE OFÍCIO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE E DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

• • •

Reexame necessário conhecido de ofício - Apelação cível - Direito ambiental - Instituição de reserva legal - Averbação no registro imobiliário - Superveniência do Novo Código Florestal - Dispensa condicionada ao registro da reserva legal no cadastro ambiental rural (CAR) - Cumprimento das obrigações pelo proprietário - Área de reserva legal preservada e em bom estado de conservação - Danos morais (sociais) não verificados

- A obrigatoriedade de instituição de reserva legal (art. 12 da Lei nº 12.651/12 - Novo Código Florestal) independe da prévia análise de necessidade ou não de sua averbação à margem do registro imobiliário correspondente.

- Sob pena de ofensa à garantia da vedação do retrocesso ambiental, apenas a efetiva inscrição da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural - CAR dispensa o proprietário de proceder à averbação da área de proteção junto à matrícula do imóvel (art. 18, § 4º, da Lei nº 12.651/12).

- Para a válida e eficaz instituição e registro da área de reserva legal junto ao CAR, imprescindível que o proprietário do imóvel rural respeite os percentuais estabelecidos pela Lei nº 12.651/12.

- Constatado nos autos que o réu cumpriu, satisfatoriamente, a obrigação de instituição da área de reserva legal, com seu registro perante o CAR e, ainda, com sua averbação na matrícula do imóvel, estando a referida área de proteção ambiental devidamente preservada e em bom estado de conservação, não há razão para que a sentença proferida em primeira instância, que julgou improcedentes os pedidos inaugurais da ação civil pública, seja reformada.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0702.15.085974-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Elson Gomes Rosa - Relatora: DES.^a ANA PAULA CAIXETA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, CONFIRMAR A SENTENÇA; PREJUDICADA A APRECIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2017. - *Ana Paula Caixeta* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 124/126-verso, proferida pela MM. Juíza de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, Dra. Claudiana Silva de Freitas, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de Elson Gomes Rosa, julgou improcedentes os pedidos iniciais. Não houve condenação em custas processuais ou em honorários advocatícios de sucumbência.

Em suas razões recursais de f. 129/150, o autor afirmou que o réu adquiriu o imóvel rural na data de 19 de fevereiro de 2002, quando ainda se encontrava em vigência a Lei nº 4.771/65; que a obrigação de instituição de reserva legal “é anterior ao ato e, portanto, deve seguir a legislação vigente à época”; que “através de simples sobreposição do diploma normativo novo ao anterior, tornou-se evidente que o âmbito jurídico de proteção às áreas ambientais sofreu diminuição”.

Asseverou que “a ilicitude praticada pelo proprietário do imóvel, qual seja deixar de instituir e averbar a área de reserva legal de sua propriedade, eis que precedente era o comando legal que lhe impunha, inicialmente, reservar e proteger a mata, para em seguida averbá-la à margem da matrícula imobiliária, conferindo-lhe, portanto, publicidade e facilitando, ao mesmo tempo, o Poder Público a exercer a fiscalização sobre a boa manutenção da mesma”; que “a lei nova (Lei nº 12.651/2012), mais precisamente seu art. 17, não retroage para ser aplicada”; que o Conselho Nacional de Justiça, em liminar deferida em representação apresentada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, suspendeu a vigência da Orientação nº 59.512/12 e do Provimento nº 242/12, ambos da Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado, que dispensavam a obrigatoriedade de averbação da área de reserva legal à margem da matrícula do imóvel.

Disse que a obrigação de manter mata nativa no imóvel rural não teria sido revogada pela Lei nº 12.651/12 e que a referida legislação e a Lei nº 12.727/12 seriam inconstitucionais, por violarem o princípio da proibição do retrocesso socioambiental, na exata medida em que permitiriam computar, na área de reserva legal, as áreas de preservação permanentes existentes na propriedade.

Regularmente intimado, o réu apresentou as contrarrazões recursais de f. 152/171.

Intervindo no feito, o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, emitiu o parecer de f. 176/178, opinando pelo conhecimento e pelo provimento do recurso de apelação.

Conheço do recurso de apelação, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade e, de ofício, do reexame necessário, por aplicação analógica ao disposto no art. 19 da Lei nº 4.717/65.

Prefacialmente, cumpre registrar que a questão alusiva à declaração de inconstitucionalidade das leis mencionadas na peça de ingresso - e nas razões recursais - já foi submetida à apreciação do Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ocasião em que se reconheceu a irrelevância da arguição. Confira-se, a propósito, a ementa do r. acórdão:

Incidente de inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 14.309/02, Lei Federal nº 12.651/12 e Lei Federal nº 12.727/12. Irrelevância da arguição. Incidente não conhecido. Incidente não conhecido, com fulcro no art. 297, § 1º, IV, do RITJMG, segundo o qual a arguição de inconstitucionalidade será tida como irrelevante, quando o julgamento pelo órgão a que couber o conhecimento do recurso, em que se levantou a arguição, puder ser feito independentemente da questão constitucional (TJMG, Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0702.11.023491-2/003, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, Órgão Especial, j. em 13/7/2016).

Quanto às demais matérias e pedidos ventilados, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 225, assegura que “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”.

Não se pode mais ignorar os efeitos danosos que a degradação ambiental acarreta à flora, à fauna, aos ecossistemas em geral, bem como à saúde humana, provocando doenças e outros males. Nem se pode olvidar a necessidade extrema de medidas preventivas, mais do que corretivas, nessa seara, haja vista a lentidão com que os recursos naturais (quando possível) são renovados e a facilidade com que podem ser dilapidados. Daí, imperar em matéria ambiental, dentre outros, o princípio da prevenção.

É inegável a importância de um ambiente ecologicamente equilibrado para toda a coletividade, verdadeiro direito fundamental, tido como de terceira geração, e, até mesmo, condição *sine qua non* para que haja a almejada sustentabilidade.

A conscientização nacional sobre o tema vem sendo amadurecida ao longo dos anos e, pelo princípio que veda o retrocesso socioambiental, não pode mais ser obstada.

No Código Civil de 1916, apesar da preocupação principal ser a proteção da propriedade, aparecem os primeiros sinais de cuidado em relação ao Meio Ambiente.

Na década de 30, surgiram as primeiras leis de proteção ambiental, com o Código Florestal (Decreto nº 23.793/34), o Código das Águas (Decreto nº 24.643/34), assim como o Código de Caça e Pesca (Decreto nº 23.672/34), o Decreto de Proteção aos Animais (Decreto nº 24.645/34) e o Decreto nº 25/37, que organizou a proteção ao Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

O Código Florestal de 1934 já trazia instituto que proibia aos proprietários de terras cobertas de matas o abate de três quartas partes da vegetação existente (art. 23), sendo que tal proibição só se referia à vegetação espontânea, ou resultante do trabalho feito por conta da administração pública, ou de associações protetoras da natureza, mas não às resultantes de sua própria iniciativa.

Na década de 60, foram editadas importantes legislações sobre questões ambientais, como o Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64), o Código Florestal (Lei nº 4.771/65), a nova Lei de Proteção da Fauna (Lei nº 5.197/67), a Política Nacional do Saneamento Básico (Decreto nº 248/67) e a criação do Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental (Decreto nº 303/67).

Em meio às acerbadas críticas da comunidade internacional, após a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, no ano de 1972, em Estocolmo/Suécia, manifestou-se a “reação neutralizadora” do Brasil, com a edição do Decreto nº 73.030/1.973, que instituiu a Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA, no seio do Ministério do Interior, com o precípuo objetivo de “orientar uma política de conservação do meio ambiente e o uso racional dos recursos naturais”.

Nessa quadra, urge atentar que um grande marco da nova postura nacional sobre o tema foi a edição da Lei nº 6.938/81, que, bem antes do advento da atual Carta Política, já dispunha sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, criando o Sisnama (Sistema Nacional de Meio Ambiente), com o intuito de favorecer o planejamento de uma ação integrada de vários órgãos governamentais e da sociedade civil, por meio de uma política específica para o setor ambiental. Estabeleceu, ainda, a obrigação do poluidor de reparar os danos ambientais causados, sob a égide da responsabilidade objetiva.

Adveio, então, a Lei nº 7.347/85, que disciplinou a ação civil pública, como instrumento processual específico para a defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; a nova Carta Magna, que dedicou à matéria um capítulo próprio, em texto considerado por muitos como um dos mais avançados do

mundo; a Lei nº 9.605/98, dispondo sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis “às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente” e a chamada “Lei dos Crimes Ambientais”.

Via de consequência, na esteira da Lei Maior, as Constituições Estaduais, juntamente com as Leis Orgânicas dos Municípios, passaram a incorporar o tema ambiental. Especificamente em Minas Gerais, foram editados a Lei Estadual nº 14.309/02 e o Decreto nº 43.710/04, que a regulamentava.

Em 28 de maio de 2012, foi publicado e entrou em vigor o Novo Código Florestal, Lei nº 12.651/12, que trouxe significativas alterações na legislação infraconstitucional brasileira.

Trata-se da instituição de reserva legal de uma limitação administrativa imposta a todo proprietário de imóvel rural, nos percentuais legalmente delimitados, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa (art. 12, Lei nº 12.651/2012).

O Código Florestal revogado (Lei nº 4.771/65), em sua redação original, previa a possibilidade de derrubadas de florestas nativas, primitivas ou regeneradas, desde que observados certos limites mínimos de área de cobertura arbórea em cada propriedade, percentual que dependia da região do país, do tipo de vegetação e da utilização do solo.

Com a Lei nº 7.803/1989, o Código foi alterado, passando a denominar expressamente de “reserva legal” a área de, no mínimo, 20% (vinte por cento) de cada propriedade rural, “onde não é permitido o corte raso, deverá ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento da área”, inclusive nas áreas de Cerrado.

Novas alterações no Código Florestal foram feitas com a Medida Provisória nº 2.166/2001, que alterou substancialmente seu art. 16, que tratava da reserva legal:

Art. 16. As florestas e outras formas de vegetação nativa, ressalvadas as situadas em área de preservação permanente, assim como aquelas não sujeitas ao regime de utilização limitada ou objeto de legislação específica, são suscetíveis de supressão, desde que sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:

I - oitenta por cento, na propriedade rural situada em área de floresta localizada na Amazônia Legal;

II - trinta e cinco por cento, na propriedade rural situada em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, sendo no mínimo vinte por cento na propriedade e quinze por cento na forma de compensação em outra área, desde que esteja localizada na mesma microbacia, e seja averbada nos termos do § 7º deste artigo;

III - vinte por cento, na propriedade rural situada em área de floresta ou outras formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do País; e

IV - vinte por cento, na propriedade rural em área de campos gerais localizada em qualquer região do País.

Os §§ do art. 16 foram modificados e outros foram incluídos, prevendo a possibilidade de utilização da área de reserva legal sob regime de manejo florestal sustentável, critérios a serem considerados na aprovação da

localização da área, determinados tipos de vegetação que poderiam ser utilizados em seu cômputo, hipóteses de redução ou ampliação, possibilidade de instituição de reserva legal em regime de condomínio e, sobretudo, manteve-se a exigência de que a área de reserva legal fosse averbada à margem da inscrição da matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente (§ 8º). Tal previsão também se encontrava na Lei Estadual nº 14.309/02 (art. 16, § 2º).

No caso concreto, a presente ação civil pública foi ajuizada em 04 de novembro de 2015 (f. 02-verso), portanto, na vigência do Novo Código Florestal, constando a averbação da área de reserva legal no registro de imóveis como um de seus pedidos.

O Novo Código Florestal - Lei Federal nº 12.651/12, a despeito de ter mantido a exigência de constituição da área de reserva legal, facultou sua averbação junto ao Cadastro Ambiental Rural - CAR. Veja-se:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa; [...]

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel:

I - localizado na Amazônia Legal:

- a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;
- b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
- c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;

II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento). [...]

Art. 18. A área de Reserva Legal deverá ser registrada no órgão ambiental competente por meio de inscrição no CAR de que trata o art. 29, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, ou de desmembramento, com as exceções previstas nesta Lei.

[...]

§ 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade deste ato. [...]

Verifica-se, portanto, que, no Novo Código Florestal, permanece a obrigação de instituição da reserva legal para os proprietários de imóveis rurais, independente da existência de florestas ou outras formas de vegetação nativa na gleba, sendo alterada apenas a forma de averbação dessa área. A legislação atual continua obrigando o proprietário a manter e, eventualmente, recompor a fração da propriedade reservada por lei, não havendo, por isso, que se falar em retrocesso socioambiental ou mesmo em inconstitucionalidade, vez que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado continua resguardado pela referida lei infraconstitucional.

Daí, a obrigatoriedade de instituição de reserva legal encontra-se prevista no art. 12 da Lei nº 12.651/12 (Novo Código Florestal), independente da prévia análise de necessidade ou não de sua averbação à margem do registro imobiliário correspondente.

Assim, constitui obrigação do réu a instituição e a regularização da área de reserva legal junto ao órgão competente.

Firme no entendimento de obrigatoriedade da instituição da área de reserva legal no imóvel objeto desta lide, mantida no Novo Código Florestal, passa-se à análise da forma de sua averbação ou registro.

O CAR foi instituído pelo Novo Código Florestal como um registro eletrônico de abrangência nacional, junto ao órgão ambiental competente, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - Sinima, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. No entanto, por versar sobre um sistema complexo de informações, interligado entre os Municípios, Estados e União, sua implementação prática não foi imediata.

O próprio art. 12 do Decreto nº 7.830/12 - que dispõe, entre outros, sobre o CAR -, prevê que “ato do Ministro de Estado do Meio Ambiente estabelecerá a data a partir da qual o CAR será considerado implantado para os fins do disposto neste Decreto e detalhará as informações e os documentos necessários à inscrição no CAR, ouvidos os Ministros de Estado da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Desenvolvimento Agrário”.

O CAR foi implantado pela Instrução Normativa nº 02/2014 do Ministério do Meio Ambiente. Diante disso, foi publicado o Aviso nº 25/2014, da Corregedoria Geral de Justiça deste egrégio TJMG, noticiando a implantação do CAR no Estado de Minas Gerais a partir de 09 de maio de 2014, cujo gerenciamento compete à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - Semad, sob a coordenação executiva do Instituto Estadual de Florestas - IEF, por meio do Sicar-MG, disponível no portal SisemaNet.

Assim, nos termos do art. 18, § 4º, do Novo Código Florestal, apenas a efetiva inscrição no CAR desobriga a averbação da área de reserva legal junto à matrícula no registro de imóveis.

Do contrário, no interstício da vigência do Novo Código Florestal até o registro no CAR, seriam ofendidas todas as balizas que regem a preservação do meio ambiente, que arcariam com a conta da burocracia administrativa necessária à sua efetiva proteção, implicando, pois, verdadeiro retrocesso socioambiental.

Sobre a questão, trago à colação trecho do voto proferido pela doutra Des.^a Áurea Brasil na relatoria da Apelação Cível nº 1.0702.12.028045-9/001:

De fato, a novel forma de execução da obrigação de instituição da reserva legal não pode suplantiar a própria obrigação de manter área de reserva legal - conservada pela nova legislação -, inviabilizando sua concretização.

Afirmar a facultatividade do registro durante o prazo que o proprietário dispõe para inscrever seu imóvel no CAR equivale a permitir que, nesse lapso temporal, sejam desrespeitados os demais preceitos legais, protetivos da área de reserva legal. Significaria admitir que as normas referentes à reserva legal estariam desprovidas de eficácia em relação a todos os imóveis que ainda não a possuísem, autorizando indiretamente que se perpetuasse a exploração desordenada dos recursos naturais nesses terrenos até seu registro no CAR - o que se choca frontalmente com toda a lógica que rege o direito ambiental, notadamente com o princípio da vedação do retrocesso.

[...]

Por todo o exposto, a interpretação mais adequada quanto ao registro da área de reserva legal, segundo o Novo Código Florestal, é de que não foi suprimida sua obrigatoriedade, nem mesmo temporariamente, permanecendo válida a exigência de averbação no Cartório de Registro de Imóveis até que venha a ser efetuada a respectiva inscrição no CAR, cujo ônus de comprovação é do proprietário.

No direito ambiental, deve ser cumprido o dever de progressividade, por meio da adoção de medidas legislativas e administrativas que objetivem um aprimoramento no que diz respeito aos direitos socioambientais; portanto, há inequivocamente uma vedação no sentido de não se retirar as garantias destinadas à proteção ambiental já existentes.

Na hipótese *sub judice*, demonstrou o réu, com os documentos de f. 66/76 e 87/88-verso, que promoveu, nas datas de 13 de fevereiro de 2015 e de 07 de julho de 2015, a inscrição do imóvel rural, registrado sob o nº 73.733, perante o 2º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Uberlândia, junto ao CAR e, ainda, a averbação da área de reserva legal na matrícula do referido imóvel. Verifica-se que, da área total do imóvel rural, foi destacada a área de preservação permanente e a área de reserva legal, não tendo sido considerada, para fins desta última área, a metragem daquela outra.

Assim, o que se observa é que o réu cumpriu a obrigação de instituição e registro da área de reserva legal, uma vez que obedeceu o percentual de 20% (vinte por cento) da área total do imóvel rural, sem que houvesse o cômputo da área de preservação permanente.

Constato, ainda, que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais formulou pedidos específicos de condenação do réu a obrigações de fazer e não fazer, como se nota de f. 10-verso/11, itens 01 a 04.

Nesse contexto, o trabalho técnico realizado pela Nona Companhia de Polícia Militar Independente de Meio Ambiente e Trânsito Rodoviário, acostado às f. 42/44, é bastante elucidativo ao apontar que a integridade da área de reserva legal se encontra preservada e em bom estado de conservação. Veja-se a resposta ao seguinte quesito formulado pelo autor:

004 - Quantos hectares de mata nativa há no imóvel? Qual seu estado de conservação?

Resposta: Toda a área 23 ha; 27 a; 61 ca é de mata nativa e está em bom estado de conservação.

Da mesma forma, os documentos de f. 71 e 75 indicam que a área de reserva legal se encontra devidamente delimitada e demarcada.

Por fim, no que toca ao pedido de indenização, insere-se o alegado prejuízo imaterial no denominado “dano social”, assim definido por Flávio Tartuce, em sua obra *Manual de direito civil*, citando Antônio Junqueira de Azevedo:

O professor titular da Universidade de São Paulo, Antônio Junqueira de Azevedo, propõe uma nova modalidade: o dano social. Para ele, ‘os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral - principalmente a respeito da segurança - quanto por diminuição na qualidade de vida.’ O que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.

O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do nós em detrimento do eu, a superação do caráter individualista e egoísta da Codificação anterior. Assim, os danos sociais decorrem de condutas socialmente reprováveis ou comportamentos exemplares negativos, como quer Junqueira de Azevedo. Os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis. A sua reparação também consta expressamente do art. 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor (2. ed. p. 467-468).

Na situação em comento, não há que se falar em condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, uma vez que, conforme registrado em passagem anterior desta decisão, o trabalho técnico realizado pela Polícia Militar Estadual apontou que a integralidade da área de reserva legal se encontrava preservada e em bom estado de conservação.

Diante do exposto, em reexame necessário, conhecido de ofício, confirmo a sentença proferida às f. 124/126-verso. Julgo prejudicada a apreciação do recurso de apelação.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO DRESCH e KILDARE CARVALHO.

Súmula - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA; PREJUDICADA A APRECIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO.

• • •

Apelações cíveis - Ação anulatória - Procedimento administrativo - Procon estadual - Empresa Sky - Diferenças de preço de mensalidade em virtude da forma de pagamento - Cláusula contratual abusiva - Aplicação de multa - Possibilidade - Critérios para fixação - Art. 57 do CDC e Resolução PGJ 11/2011 - Valor excessivo - Proporcionalidade e razoabilidade - Diminuição devida - Honorários advocatícios - Percentual aplicável

- O Procon tem competência administrativa para apurar as infrações contra o consumidor e aplicar a penalidade correlata, quando não observadas as normas contidas no CDC.

- Os descontos concedidos para algumas formas de pagamento configuram prática abusiva e nociva ao equilíbrio contratual.

- Pela prática adotada pela empresa Sky, a tarifa cobrada pelos bancos para emissão dos boletos bancários, que deveria ser de exclusiva responsabilidade da empresa, está sendo, em verdade, repassada aos seus clientes.

- Observa-se, ainda, um repasse ilícito aos clientes dos riscos da atividade econômica empresarial, ao apenas conceder o desconto se puder obter o pagamento pelos serviços diretamente da conta do cliente, sem sua participação periódica no pagamento por meio de boleto, que poderia sofrer atrasos ou omissões.

- Legalidade da aplicação da multa, que, contudo, deve ter seu valor reduzido, conforme realizado na sentença, em atenção à proporcionalidade, razoabilidade e aos critérios previstos no art. 57 do CDC e na Resolução PGJ nº 11/2011.

- Recurso da empresa parcialmente provido, apenas para se definir o percentual aplicável a título de honorários advocatícios, sob o proveito econômico obtido. Recurso do Estado de Minas Gerais não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.106035-0/001 - Comarca de Belo Horizonte – 1ª Apelante: Sky Brasil Serviços Ltda. - 2º Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelados: Sky Brasil Serviços Ltda., Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.^a HILDA TEIXEIRA DA COSTA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2017. - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de recursos de apelação interpostos em face da r. sentença de f. 317-319-v., proferida nos autos da ação anulatória ajuizada por Sky Brasil Serviços Ltda. (“Sky”) contra

o Estado de Minas Gerais, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, reduzindo a multa aplicada nos autos do processo administrativo nº 0145.10.000741.1/002 para a quantia de R\$200.000,00 (duzentos mil reais). Diante da sucumbência recíproca, impôs à autora o percentual de 60% das custas processuais e honorários advocatícios, e ao réu o percentual de 40%, nos termos do art. 858, § 3º, inciso I, do CPC.

A autora opôs embargos de declaração às f. 321-328, insurgindo-se contra o valor da multa e a omissão no arbitramento devido dos honorários advocatícios, sendo que o recurso não foi acolhido pela decisão de f. 330.

Inconformada, a Sky apelou pelas razões de f. 331-353, afirmando que nenhuma infração foi cometida por ela, sendo injustificável a manutenção da exorbitante multa aplicada nos autos do processo administrativo.

Defende que sua conduta está em conformidade com a legislação consumerista, não havendo que se falar em prática abusiva ou ilegalidade de diferenciação de preços entre os diferentes meios de pagamento, uma vez que a empresa havia feito apenas promoções aos consumidores.

Aduz que cabe ao Judiciário o controle de legalidade do ato, pois o Procon extrapolou a discricionariedade administrativa, impondo sanção pecuniária descabida, em ato eivado de nulidades por vício de motivação.

Esclarece que, nas condições gerais de assinatura, está prevista a possibilidade de concessão de desconto em função da forma de pagamento escolhida pelo assinante, sendo que tal desconto vem sendo de R\$10,00, sempre que o consumidor realiza o pagamento de suas faturas por meio de débito em conta e cartão de crédito.

Sustenta que a legalidade da conduta decorre diretamente do princípio da livre iniciativa, de ausência de abuso de poder econômico, de inexistência de aumento de preço (e sim redução por meio de desconto) e da disponibilização de outras formas de pagamento, como o boleto bancário.

Discorre sobre os produtos existentes e sua oferta de canais, concluindo que não se configurou ofensa ao art. 51, inciso X, do CDC, pois não houve o caráter de variação unilateral de preços, não cabendo à 13ª Promotoria de Justiça, enquanto órgão do Estado de Minas Gerais, a interpretação de cláusulas contratuais.

Salienta que a aplicação da multa consistiu em exercício arbitrário do poder fiscalizatório, tendo sido também fixada em ofensa aos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, não tendo o Juiz sentenciante esclarecido os motivos pelos quais, mesmo tendo reduzido a multa, ainda a manteve em patamar tão elevado.

Pugna, por fim, pelo provimento do apelo, para que a multa seja anulada ou para que seja reduzida para patamares proporcionais e razoáveis.

Recurso devidamente preparado às f. 365-366.

Contrarrazões do réu às f. 367-374.

O Estado de Minas Gerais também apelou pelas razões de f. 375-380, defendendo que os órgãos públicos criados para a defesa do consumidor podem funcionar no processo administrativo como instância de instrução e julgamento, podendo aplicar a penalidade pecuniária como sanção.

Aduz que a pena de multa tem as funções de retribuir a violação dos direitos dos consumidores e de desestimular o infrator a reincidir na prática do ilícito, devendo provocar repercussão no patrimônio do infrator, ante sua situação financeira, sob pena de não produzir os efeitos pretendidos.

Assevera que foram considerados, para a fixação da multa, a natureza da infração e o porte econômico da empresa, tendo também sido levado em conta que a infração não gerou vantagem econômica à autora, bem como o caráter repetitivo das infrações, sendo critérios objetivos que devem ser observados.

Pugna, por fim, pelo provimento do recurso, para que seja mantida a multa no patamar de R\$442.081,67.

As contrarrazões da autora foram apresentadas às f. 381-387.

Em juízo preliminar de admissibilidade, o recurso foi recebido no duplo efeito legal, nos termos do art. 1.012, *caput*, do CPC.

Ainda, foi deferida a tutela recursal requerida pela primeira apelante, nos termos do art. 300 do CPC, para que se suspendesse a exigibilidade do crédito ora discutido, até o julgamento dos presentes recursos, nos termos da decisão de f. 397-398.

É o relatório.

Conheço dos recursos interpostos, pois presentes todos os pressupostos de sua admissibilidade. Registro que ambos serão analisados em conjunto, o que não implicará prejuízo para nenhuma das partes.

Revelam os autos que, após representação formulada por um consumidor, o Procon instaurou peça de informação para apurar supostas irregularidades apontadas, tendo sido instaurado processo administrativo para apuração de infrações à legislação consumerista por parte da empresa autora, tendo o Ministério Público do Estado de Minas Gerais requisitado à empresa Sky informações acerca da transmissão do sinal do SBT de São Paulo e do motivo da cobrança de valores diferenciados para pagamento da assinatura via débito ou cartão de crédito em relação ao boleto bancário, em janeiro de 2011 (f. 80).

No referido procedimento, a empresa manifestou-se e prestou as informações que entendia devidas, tendo a Promotoria de Justiça entendido pela legalidade das questões referentes à transmissão do canal televisivo; porém, pela abusividade da cláusula contratual que prevê preços diferenciados para modalidades diferentes de pagamento, entendeu-se pela irregularidade da conduta e aplicação de multa à empresa (f. 129).

No decorrer do processo administrativo, a empresa foi notificada para que apresentasse cópia do balanço patrimonial, mas não o fez, motivo pelo qual a condição econômica da autora foi auferida com base em demonstrativo utilizado em outro processo administrativo, cálculos e informações obtidas no *site* da Receita Federal e a fórmula prevista no art. 65 da Resolução PGJ nº 11/11.

Assim, após a devida tramitação do procedimento administrativo, a empresa foi multada no valor de R\$442.081,67, tendo recorrido de tal decisão, sendo que o recurso foi desprovido pela Junta Recursal da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 273-277), o que motivou o ajuizamento da presente ação anulatória.

A princípio, é de se ressaltar que o procedimento administrativo tramitou com a estrita observância do devido processo legal, tendo a autora apresentado defesa, argumentos e documentação com vistas a influenciar no convencimento do julgador, não havendo qualquer vício que macule o procedimento de ilegalidade.

Nesse ponto, saliente-se que não há que se falar em vício de motivação da decisão administrativa, uma vez que, tanto a decisão que arbitrou o valor da multa, quanto o acórdão que apreciou o recurso interposto pela empresa, mostram-se devidamente motivados e fundamentados, tendo sido explicitados, ainda, os critérios utilizados para o arbitramento da multa.

Tampouco há que se falar que o Procon extrapolou de sua competência e que não poderia aplicar multa e nem classificar uma cláusula como abusiva, uma vez que o art. 18 do Decreto nº 2.181/97 autoriza a aplicação de multa pelo Procon, quando não observadas as normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, inclusive de forma cautelar, antecedente ou incidente no processo administrativo.

Assim, o Procon tem competência administrativa para apurar as infrações contra o consumidor e aplicar a penalidade correlata.

A propósito, veja-se o entendimento jurisprudencial do TJMG:

Agravo de instrumento. Direito administrativo e do consumidor. Ação anulatória. Antecipação de tutela. Cláusula abusiva. Competência do Procon para aplicação de multa. Regularidade do processo administrativo. Decisão fundamentada. Observância à ampla defesa e ao contraditório. Verossimilhança das alegações não constatada. Risco de ineficácia do provimento final. Ausência. Recurso não provido. 1. O Procon do Município de Uberlândia possui legitimidade para enquadrar determinada cláusula contratual como abusiva, por ser tal atividade interpretativa inerente à sua competência para aplicação das penalidades previstas no art. 22 do Decreto nº 2.181, de 20.03.1997. [...] 6. Recurso a que se nega provimento (Agravo de instrumento cv nº 1.0702.13.039220-3/001 - Rel. Des.^a Áurea Brasil - j. em 29/8/2013).

No que tange à legalidade da aplicação da multa, entendo ter agido com acerto o d. julgador, que assim a considerou.

Isso porque, de fato, os descontos concedidos para algumas formas de pagamento configuram prática abusiva. O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que não se permite a cobrança de preços diferenciados de acordo com a forma de pagamento escolhida pelo consumidor, que se configura prática nociva ao equilíbrio contratual.

Na hipótese, a empresa alega conceder desconto a quem optar por pagar a fatura em débito automático ou em cartão de crédito, que não é concedido a quem optar pelo pagamento em boleto bancário.

Contudo, o STJ já entendeu que “a diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual” (STJ, Resp 1.479.039-MG, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 6/10/2015).

Ou seja, constitui prática abusiva a situação em que o fornecedor determina preços mais favoráveis para o consumidor que paga em determinadas formas de pagamento, em detrimento daquele consumidor que opta por outra forma, tida como menos segura pelo fornecedor do produto ou serviço.

Interpretando-se o entendimento majoritário em relação à hipótese dos autos, tem-se que, na verdade, não há um real desconto fornecido aos consumidores. O que ocorre é que a tarifa cobrada pelos bancos para emissão dos boletos bancários, que deveria ser de exclusiva responsabilidade da empresa, está sendo, em verdade, repassada aos seus clientes.

Da mesma forma já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso em que um consumidor questionava a empresa Sky justamente quanto à razão da diferenciação no valor da mensalidade, em R\$10,00 (da mesma forma como está noticiado nos presentes autos), para a forma de pagamento por meio de boleto bancário, tendo sido considerado no voto que “é abusiva a prática da agravada de cobrar do consumidor os custos pela emissão do boleto bancário, pois impõe ônus excessivo ao consumidor”. Veja-se a ementa do julgado:

Ação de obrigação de fazer ‘Pacote Sky’ - Contratação de serviços da empresa ‘Sky’ de TV a cabo por R\$49,90 com ressalva no sentido de que, caso o pagamento não fosse efetuado por cartão de crédito ou débito em conta, seria acrescido ao valor da mensalidade R\$ 10,00 Oferta que contrariou o disposto no art. 6º, III, do CDC, violando direito básico do consumidor de informação Cobrança indevida, que no caso não configura dano moral Sentença de parcial procedência mantida - Recursos desprovidos (TJSP, 23ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0036868-79.2011.8.26.0005, Relator Des. Sérgio Simura, j. em 13/8/2014).

E, ainda, a concessão do aludido desconto acaba por atrair o consumidor a essa forma de pagamento em razão do melhor preço, sendo que, em verdade, a empresa acaba convencendo o consumidor, por vias transversas, a optar por um pagamento que é mais seguro à própria empresa e protege seus interesses, uma vez que o boleto bancário confere um risco adicional (falta de pagamento) em relação ao débito compulsório já previamente autorizado.

Veja-se que o que ocorre é que a empresa repassa aos clientes os riscos de sua atividade econômica, ao apenas conceder o desconto, se puder obter o pagamento pelos serviços diretamente da conta do cliente, sem sua participação periódica no pagamento, que pode sofrer atrasos ou omissões.

Com tais considerações, entendo que não há lastro para a anulação da multa aplicada.

No que tange à fixação da quantia da penalidade em discussão, constata-se que, nos termos do art. 57 do CDC, o seu valor deve ser estipulado levando-se em consideração a gravidade da infração, a vantagem auferida e a capacidade econômica do infrator.

Do mesmo modo, estipula o art. 28 do Decreto federal nº 2.281/97, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, entre outras providências, que,

[...] 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.

No caso concreto, verifico pelo documento de f. 224-225 que, apesar de terem sido sopesadas as circunstâncias da primariedade e da ausência de vantagem auferida com a prática infratora, aptas a atenuarem a pena aplicada, o valor de R\$442.081,67 mostrou-se desarrazoado e elevado, devendo ser observada, sobretudo, a gravidade do ato cometido e a necessidade de que o princípio da razoabilidade não seja vulnerado.

Cabe ao julgador utilizar-se dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para adequar o *quantum* a um patamar que atenda o escopo da lei, que é o de penalizar a empresa para que não repita o comportamento lesivo, mas sem implicar onerosidade excessiva.

Sobre o princípio da razoabilidade que deve nortear a atividade administrativa, sabe-se que também é chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins.

Isso posto, levando-se em conta a gravidade da infração, que não gerou efetiva vantagem financeira objetivamente aferível (pois efetuada sob a rubrica de “desconto”), a capacidade econômica da prestadora de serviço e, ainda, não se olvidando do teor do parágrafo único do art. 57 do CDC, entendo que agiu com acerto o Magistrado primevo ao reduzir o valor da multa para o patamar de R\$ 200.000,00, que se mostra mais consentâneo com a gravidade do ato cometido, não havendo, de fato, que se anular o processo administrativo ou mesmo a multa dele decorrente.

Não há que se falar em redução ainda mais significativa do valor, como pleiteia a empresa primeira apelante, sob pena de não se atender as finalidades de punição da abusividade da cláusula e de desmotivação da prática do ilícito. Também não se deve manter o valor aplicado no procedimento administrativo, que ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como desconsidera a gravidade do ato cometido e o fato de que, de certa forma, não houve proveito econômico para a empresa, e os assinantes acabaram por pagar valores mais baixos, ainda que na forma de uma ilegalidade “maquiada” de desconto.

Embora o Estado de Minas Gerais, segundo apelante, afirme que foram aplicados os critérios previstos no art. 65 da Resolução PGJ nº 11/11, por meio de fórmula que utiliza a receita líquida, o faturamento bruto da empresa, seu porte econômico e as vantagens auferidas, não estão comprovados nos autos todos os valores que fizeram com que se chegasse à pena-base de R\$884.163,33, que foi posteriormente reduzida pela metade em razão da primariedade (f. 225).

Assim, entendo que, ainda que se alegue que o art. 65 da Resolução PGJ nº 11/11 foi aplicado em seus exatos termos, o fato é que a conduta lesiva está enquadrada no Grupo I do art. 60 da mesma resolução e que a pena-base foi calculada em valor que se mostrou desproporcional e desarrazoado, merecendo minoração, da forma como foi feita pelo Juiz primevo.

Entendo, assim, que também o apelo do Estado de Minas Gerais não merece provimento.

Por fim, registro que assiste parcial razão ao primeiro apelante, quando afirma que a forma de incidência dos honorários advocatícios não ficou clara na sentença, mesmo após a oposição de embargos de declaração exatamente sobre o tema.

Nesse ponto, apesar de o primeiro apelante não ter formulado no item “pleitos recursais” de seu apelo o pedido de análise da base de incidência dos honorários, ele debateu em suas razões recursais a matéria, inclusive salientando que o Juiz, mesmo instado a se manifestar sobre o tema, por meio de embargos declaratórios, permaneceu omissos na definição precisa da verba honorária devida por ambas as partes.

Veja-se o que restou decidido sobre a matéria na sentença:

Diante da sucumbência recíproca, imponho à parte autora o percentual de 60% das custas processuais e honorários advocatícios e ao réu o percentual de 40%, nos termos do art. 85, § 3º, inciso I, do CPC (f. 319-v).

E, na decisão que rejeitou os embargos declaratórios, o d. Juiz afirmou que “os percentuais de custas e honorários advocatícios são devidos sobre a condenação imposta nos termos do CPC”.

Ocorre que o novo CPC assim dispõe:

§ 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.

E o Juiz apenas fixou a proporção da sucumbência recíproca havida (60% a cargo da autora e 40% a cargo do réu), não tendo definido sobre qual percentual do valor da condenação ou do proveito econômico, nas faixas entre dez e vinte por cento (inciso I) e entre oito e dez por cento (inciso II), incidiriam os valores devidos por cada parte.

Veja-se que as partes não se insurgiram contra o percentual de sucumbência recíproca fixado para cada uma delas (60% e 40% para autora e réu, respectivamente); contudo, deve ser elucidado o valor sobre o qual incidirão esses percentuais definidos.

E, nesse caso, deve ser considerado o proveito econômico obtido, já que o valor de R\$200.000,00 não se trata, propriamente, de um valor de condenação, tendo a sentença sido proferida em uma ação anulatória. O proveito econômico obtido pela empresa autora é a diferença entre a multa anteriormente aplicada (R\$442.081,67) e a que se está definindo como devida, neste processo (R\$200.000,00).

O proveito econômico obtido, portanto, é no valor de R\$242.081,67, valor que foi decotado da multa administrativa aplicada.

E, aplicando-se os incisos do § 3º do art. 85 do CPC, bem como o § 11 do mesmo dispositivo, que determina a majoração da verba a título de honorários recursais, determino que, sobre o proveito econômico até 200 salários mínimos, deverá ser aplicado o percentual de 11% (inciso I do § 3º do art. 85 do CPC); já sobre a quantia que ultrapassa o valor de 200 salários mínimos, deverá ser aplicado o percentual de 9%.

Em face ao exposto, dou parcial provimento ao primeiro recurso e nego provimento ao segundo, apenas para determinar a faixa percentual sobre a qual incidirão os percentuais de sucumbência recíproca determinados na sentença, na seguinte forma, considerando o proveito econômico obtido com o presente processo, no valor de R\$242.081,67: sobre a faixa de proveito econômico até 200 salários mínimos, deverá ser aplicado o percentual de 11% (inciso I do § 3º do art. 85 do CPC); já sobre a quantia que ultrapassa o valor de 200 salários mínimos, deverá ser aplicado o percentual de 9% (inciso II do § 3º do art. 85 do CPC), já considerados, nesses valores, os honorários recursais (§ 11 do art. 85 do CPC).

Custas recursais, por cada respectivo apelante, ressalvada a isenção legal do segundo.

DES. AFRÂNIO VILELA - Pedi vista dos autos, para melhor analisar a matéria, tendo em vista a dúvida que me ocorreu relativa à abrangência do disposto na Medida Provisória MP nº 764/2016, convertida na

Lei nº 13.455/2017, que possibilitou aos estabelecimentos comerciais diferenciarem o preço de produtos e serviços oferecidos ao público em função do prazo e do meio de pagamento.

É que, até a edição da MP, posteriormente convertida em lei, os estabelecimentos não podiam fazer diferenciação de preço segundo a forma de pagamento (cartão, dinheiro, débito em conta, boleto bancário, etc.), considerando-se essa prática abusiva.

Todavia, a partir da vigência da aludida MP, foi autorizada a cobrança diferenciada de valor, dando mais liberdade aos estabelecimentos comerciais para negociar os valores dos produtos e serviços em razão da forma de cobrança.

Ocorre que a situação posta nos autos já se encontra consolidada, não podendo ser modificada por lei posterior, cujos efeitos podem ser reconhecidos apenas a partir da entrada em vigor da norma.

É que, como se depreende dos autos, a apelante pretendeu a anulação de multa fixada em procedimento administrativo instaurado pelo Procon/MG, para apurar infração ocorrida no ano de 2010. Após a tramitação e julgamento do processo administrativo, foi arbitrada multa pelo Procon, a qual foi reduzida pelo MM. Juiz singular para R\$200.000,00 (duzentos mil reais).

Portanto, verificando que, na espécie, não incidem os novos ditames da Lei nº 13.455/2017, eis que a norma vigente ao tempo da infração era diversa, bem ainda que a em. relatora, Des.^a Hilda Teixeira da Costa, analisou todas as questões devolvidas a este Sodalício, de forma justa e coesa, adiro ao seu voto que tão somente deu provimento ao 1º recurso para ajustar o valor do percentual dos honorários advocatícios.

Isso posto, acompanho a em. relatora, Hilda Teixeira da Costa, para dar parcial provimento ao 1º recurso e negar provimento ao 2º, nos termos do judicioso voto da relatora, tão somente para determinar que, no cálculo dos honorários advocatícios, incida o previsto no inciso I do § 3º do art. 85 do CPC.

DES. CAETANO LEVI LOPES - De acordo com a Relatora.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO.

• • •

Apelação cível - Remessa necessária - Direito autoral - Cobrança - Evento sem fins lucrativos - Possibilidade - Multa - Ausência de previsão legal - Juros e correção monetária - Honorários advocatícios

- A utilização de obra lítero-musical, ainda que sem fins lucrativos, demanda o pagamento de direitos autorais ao seu autor.
- O pagamento, se não for realizado antes do evento, será devido com a incidência de encargos.
- Sem que haja previsão legal, indevida a cobrança de multa.
- Em se tratando de condenação da Fazenda Pública, os juros de mora são computados de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, considerada a redação vigente quando da citação e a correção monetária, devida desde a data em que deveriam ser efetuados os pagamentos pelo IPCA, tendo em vista o entendimento do STJ esposado em seu REsp nº 1.270.439/PR, julgado sob a sistemática do recurso repetitivo.
- À luz do art. 85, § 4º, II, e § 11, do CPC/2015, os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela pessoa jurídica de direito público, sejam os da primeira ou os da segunda instância, só serão definidos em liquidação de sentença quando inevitável a realização dessa fase processual.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0271.08.122281-9/002 - Comarca de Frutal - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Frutal - 1º Apelante: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - 2º Apelante: Município de Fronteira - Apelados: os mesmos - Relator: DES. PEIXOTO HENRIQUES

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, NA REMESSA NECESSÁRIA, REFORMAR EM PARTE A SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS VOLUNTÁRIOS.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2017. - *Peixoto Henriques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEIXOTO HENRIQUES - O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - Ecad e o Município de Fronteira se insurgem, via apelações (f. 370/380 e 397/413, respectivamente), contra a sentença (f. 365/368-v.) que, prolatada nos autos da ação de cumprimento de preceito legal proposta pelo primeiro em face do segundo, julgou parcialmente procedentes os pedidos. Em decorrência, foi o réu proibido de “usar obras lítero-musicais e de fonogramas, inclusive em carnavais, festas afins, micaretas, festas juninas, aniversários do Município, festas religiosas e comícios, até que obtenha a respectiva autorização exigida em lei, sob pena de incidir multa diária no valor de R\$50.000,00, limitada a R\$500.000,00, a cada evento realizado sem prévia autorização e o recolhimento dos direitos autorais”, sendo ainda condenado ao pagamento ao autor de “uma indenização por perdas e danos, referente aos carnavais dos anos de 2008, 2009 e 2011, bem como

a festividade de ano novo do ano 2010/2011, no valor de R\$37.090,30, acrescidos de correção monetária, desde as datas dos referidos eventos, e de juros de mora, a partir da citação, nos termos do art. 1-F da Lei nº 9.494/97”, bem como de “uma indenização por perdas e danos, decorrente do não recolhimento da retribuição autoral, no percentual de 10% sobre o custo musical dos eventos públicos, durante o carnaval de 2010, a ser apresentado pelo Município requerido, considerando contratos musicais e de equipamentos de som, montagem de palco, serviços técnicos de qualquer natureza e todos os aportes efetivados por eventuais subvenções ou patrocinadores, a ser apurado em sede de liquidação de sentença, acrescidos de correção monetária, desde as datas dos referidos eventos, e de juros de mora, a partir da citação, nos termos do art. 1-F da Lei nº 9.494/97”. Imposto ao réu o pagamento de custas processuais de que não for isento e de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Ordenada a remessa necessária.

Em suma, aduz o 1º apelante (Ecad): que a sentença deixou de aplicar a multa de 10% em razão do atraso do pagamento dos direitos autorais, decisão esta que viola o Regulamento Geral de Arrecadação; que ao utilizar das obras lítero-musicais sem prévia e expressa autorização de seus autores, o Município, além de incorrer na violação dos direitos autorais preconizados na Lei nº 9.610/1998, aceitou tacitamente as regras e sanções do Regulamento de Arrecadação; que o regulamento tem por finalidade estabelecer princípios e normas para a arrecadação dos direitos autorais e dos que lhes são conexos relativos à execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas; e, enfim, que os honorários advocatícios devem ser revistos, para que sejam aplicados em 20% sobre o valor total do débito apurado.

Requer a reforma da sentença, para que sejam julgados “totalmente procedentes todos os pedidos efetivados na exordial, reformando a decisão de primeiro grau no sentido de condenar o Município de Fronteira, ora recorrido, ao pagamento de multa de 10% pela mora no pagamento dos valores a título de sanção pela violação dos direitos autorais, conforme Regulamento de Arrecadação do Ecad, conforme dispõe a Lei Autoral - Lei Federal 9.610/98 e a Constituição Federal”, tendo prequestionado a matéria.

Efetuada preparo (f. 381/382).

O 2º apelante (Município de Fronteira), por sua vez, sustenta: que os documentos apresentados no curso do processo não são suficientes para sustentar a cobrança; que os eventos realizados não tiveram fins lucrativos, não tendo havido venda de ingressos; que a finalidade dos eventos foi difundir a cultura nacional, obrigação esta que lhe compete em razão de disposição constitucional; que a cobrança é excessiva e os preços foram fixados de forma unilateral; que não foram observados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e, ainda, que a multa não pode ser aplicada por questões orçamentárias e também em atenção aos princípios da reserva do possível e da separação dos poderes.

Pede pelo provimento do recurso com a reforma da sentença, a fim de negar todo e qualquer tipo de pedido referente à cobrança efetuada pelo Ecad, pelo não preenchimento dos requisitos legais previstos na lei para sua constituição.

Dispensado o preparo (art. 1.007, § 1º, CPC/2015).

Ofertadas contrarrazões só pelo réu (f. 423/436).

Sem a oitava da d. PGJ/MG (Res. CNMP nº 16/2010).

É, em síntese, o relatório.

Por primeiro, mantendo coerência com o entendimento por mim adotado nos casos sob minha relatoria e atento aos ditames dos Enunciados nº 3 do STJ e nº 54 deste Tribunal, saliento que, prolatada a sentença e interposto o recurso sob a vigência do CPC/2015, impõe-se a aplicação da nova legislação processual civil (Lei nº 13.105/2015).

Tanto a remessa necessária quanto as apelações são admissíveis e, dada a primazia daquela (quer por sua maior abrangência ou quer por imprescindível à própria validade e eficácia da sentença), passo ao seu enfrentamento e julgamento, o que, fique certo, não afasta os efeitos destas para fins dos arts. 85, § 11 (honorários sucumbenciais recursais), e 942 (ampliação do colegiado julgador), ambos do CPC/2015.

Tem-se aqui “ação de cumprimento de preceito legal” proposta pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad) em face do Município de Fronteira, sustentando o autor, em síntese, que foram realizados eventos festivos com apresentações de bandas musicais e execução de obras musicais e lítero-musicais sem a devida autorização de seus autores e titulares, bem como sem o pagamento dos respectivos direitos autorais.

Instruída a inicial com documentos (f. 27/102).

O réu, em contestação, diz ser arbitrário o valor cobrado a título de direito autoral, defende o descabimento da multa e aponta insuficientes os documentos apresentados pelo autor para a comprovação de suas alegações (f. 122/137).

Impugnada a contestação (f. 138/149).

Em especificação de provas, foram apresentados novos documentos (f. 157/206, 213/222, 228/251 e 260/282).

Tentada a conciliação, não houve acordo (f. 210/211).

Em audiência de instrução e julgamento, foram realizadas as oitivas de testemunhas (f. 326/329 e 354/355).

Só o réu apresentou alegações finais (f. 362/363).

Adveio, então, a sentença em comento.

Pois bem...

No que se refere ao direito autoral, a Constituição da República de 1988, no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, preconiza:

Art. 5º. [...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

[...].

Regulamentando o referido direito, a Lei federal nº 9.610/1998 assim estabelece:

Art. 22. Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.

[...]

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica.

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

Verifica-se, assim, que o direito de utilização das obras é exclusivo de seus autores, sendo imprescindível a autorização para sua utilização.

Se não bastasse, a referida lei ainda determina:

Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

§ 1º Considera-se representação pública a utilização de obras teatrais no gênero drama, tragédia, comédia, ópera, opereta, balé, pantomimas e assemelhadas, musicadas ou não, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, em locais de frequência coletiva ou pela radiodifusão, transmissão e exibição cinematográfica.

§ 2º Considera-se execução pública a utilização de composições musicais ou lítero-musicais, mediante a participação de artistas, remunerados ou não, ou a utilização de fonogramas e obras audiovisuais, em locais de frequência coletiva, por quaisquer processos, inclusive a radiodifusão ou transmissão por qualquer modalidade, e a exibição cinematográfica.

§ 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas.

§ 4º Previamente à realização da execução pública, o empresário deverá apresentar ao escritório central, previsto no art. 99, a comprovação dos recolhimentos relativos aos direitos autorais.

§ 5º Quando a remuneração depender da frequência do público, poderá o empresário, por convênio com o escritório central, pagar o preço após a realização da execução pública.

Diante disso, indubitável que o pagamento referente aos direitos autorais deve ocorrer antes da realização dos eventos.

Vale destacar, nesse ponto, que o posicionamento do c. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o pagamento deve ocorrer mesmo nos casos em que o evento seja gratuito.

Só para ilustrar, permito-me colacionar:

Civil. Direito autoral. Espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade em logradouros e praças públicas. Pagamento devido. Utilização da obra musical. Lei nº 9.610/98, art. 28, 29 e 68. Exegese. Precedente específico. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag nº 1.249.164/RJ, 3ª T/STJ, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 7/8/2012).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Alegação genérica. Súmula 284/STF. Ecad. Cobrança de direitos autorais. Execução pública de músicas. Município. Pagamento. Festa de carnaval. Ano de 2000.

Lei nº 9.610/98. 1. Alegação genérica, sem a indicação incisiva do dispositivo, supostamente, ofendendo, além de não atender à técnica própria de interposição do recurso especial, configura deficiência de fundamentação. Inteligência da Súmula 284/STF. 2. 'A utilização de obras musicais em espetáculos carnavalescos gratuitos promovidos pela municipalidade enseja a cobrança de direitos autorais à luz da novel Lei nº 9.610/98, que não mais está condicionada à auferição de lucro direto ou indireto pelo ente promotor' (REsp 524.873/ES, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, j. em 22/10/2003, DJ de 17/11/2003, p. 199) 3. A interposição, nesta Corte, de agravo regimental manifestamente infundado torna forçosa a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (AgRg no Ag n.º 1.363.434/PR, 4ª T/STJ, rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe de 1º/7/2011).

Este posicionamento também é adotado por este eg. TJMG; só para ilustrar, permito-me colacionar:

Civil. Direito autoral. Festas de carnaval. Ecad. Legitimação e competência para regular a cobrança. Cálculo do valor. Regulamento de arrecadação. Multa indevida. Tutela inibitória. Art. 68 e 105 da Lei nº 9.610/98. Cabimento. - É questão já pacificada nos tribunais pátrios que a partir da vigência da Lei nº 9.610/98 não mais se condicionou o pagamento de direitos autorais à obtenção de lucro direto ou indireto pelo promotor do evento, motivo pelo qual mesmo os eventos franqueados gratuitamente ao público, como as festas de carnaval, se sujeitam à respectiva cobrança. - Conquanto possa estabelecer as bases e valores devidos pela execução de obras musicais, é certo que falece competência ao Ecad de criar penalidades não previstas em lei ou que apenas seriam devidas em virtude de vínculo contratual, o que não é a hipótese dos autos. - É lícito que a tutela inibitória, requerida em ação ordinária movida pelo Ecad contra o Município, obrigue o réu a não realizar futuros espetáculos musicais sem que, antes, seja efetuado o recolhimento dos direitos autorais (AC/RN n.º 1.0330.09.012458-8/001, 1ª CCív/TJMG, rel. Des. Alberto Vilas Boas, DJ de 9/11/2012).

No caso em questão, em uma análise detida dos autos, especialmente dos documentos de f. 164/177, 183/205, 178/180, 218/221, 243/250, 265/267 e 272/282, é possível verificar que, para a realização dos eventos de carnaval dos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, bem como das festas de ano novo do ano de 2010/2011, o Município de Fronteira contratou bandas artísticas, utilizando-se inequivocamente de obras lítero-musicais para o entretenimento do público.

E, quanto ao devido recolhimento prévio dos valores referentes aos direitos autorais, inevitável concluir pela sua não realização porquanto, como defendido em contestação, o réu os tem por indevidos (f. 122/137).

Por conta desse não recolhimento, cumpre arbitrar o valor a ser ressarcido pelo réu ao autor, devendo, neste pormenor, ser a sentença reformada.

Certo é que o Regulamento de Arrecadação Consolidado do Ecad prevê a cobrança de 10% da receita bruta dos eventos em que feita a execução ao vivo de músicas (f. 54).

Porém, nos contratos juntados aos autos, cujos valores serviram de base para a condenação na instância primeva, tenho que existem quantias que não devem servir como base de cálculo do que haverá de ser ressarcido pelo Município de Fronteira ao Ecad.

Ora, em sua Parte II, I, 3, a, o Regulamento de Arrecadação Consolidado assim dispõe:

3 - Tratando-se de espetáculo, show ou evento musical realizado em ambiente aberto ou logradouro público, e inexistindo qualquer tipo de pagamento para ingresso nos locais de realização desses shows, eventos ou espetáculos musicais, o Ecad utilizará os seguintes critérios, em ordem de preferência:

a) a retribuição autoral será calculada com base em 10% (dez por cento) do orçamento total do evento, composto pelos custos com artistas e músicos, equipamentos de som, montagem de palco, serviços técnicos de qualquer natureza e todos os aportes feitos por e todos os aportes feitos por eventuais patrocinadores. (f. 45)

Ao compulsar, por exemplo, o Anexo VI do Edital de Licitação nº 88/2009 (f. 202), vê-se que a “Planilha de Serviços” referente ao Pregão Presencial nº 88/2009 (f. 214), assim como igualmente ocorre com a “Planilha de Serviços” referente ao Pregão Presencial nº 1/2008 (f. 222), contempla como objeto da licitação, além de gastos com banda, som, iluminação e palco, a locação de tendas e decoração, o que, venhamos e conve-nhamos, não deve fazer parte do cálculo do valor devido ao Ecad por não se encaixar nos termos da supra-citada alínea *a*.

Logo, a indenização devida pelo Município de Fronteira ao Ecad por conta do não recolhimento, a tempo e modo, dos direitos autorais correspondentes aos carnavais dos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, bem como do *réveillon* de 2010/2011, deverá ser apurada em liquidação de sentença, quando se definirá com exatidão os 10% (dez por cento) do que efetivamente gasto pela municipalidade apenas com os músicos, equipamentos de som, montagem de palco e serviços técnicos de qualquer natureza desses eventos.

Saliento, ainda, que, como bem esclareceu o d. sentenciante, não há se falar em cobrança de multa pelo não pagamento, posto inexistente previsão legal.

É o que já assentado pelo c. Tribunal da Cidadania:

Recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Inexistência. Violação ao direito autoral. Multa e juros de mora. Relação extracontratual. Incidência das diretrizes do código civil em detrimento do regulamento de arrecadação do Ecad. Recurso improvido. 1 - Os embargos de declaração consubstanciam-se no instrumento processual destinado à eliminação, do julgado embargado, de contradição, obscuridade ou omissão sobre tema cujo pronúnciamiento se impunha pelo Tribunal, não se prestando para promover a reapreciação do julgado. 2 - No que toca às consequências afetas às ilicitudes praticadas contra o direito autoral, na falta de previsão expressa na Lei nº 9.610/98, é de ser respeitado o estatuído na Legislação Civil, em detrimento do Regulamento de Arrecadação do Ecad. 3 - Recurso improvido. (REsp nº 1.094.279/RJ, 3ª T/STJ, rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 28/6/2011).

No que se refere aos encargos e aos honorários advocatícios sucumbenciais, entendo que também devem ser feitas alterações.

No que tange aos encargos, como é sabido, “por constituírem matéria de ordem pública, a aplicação, bem como alteração de juros e correção monetária de ofício, pelo juiz ou tribunal, é perfeitamente possível, não configurando, assim, julgamento *extra petita* ou *reformatio in pejus*” (AC nº 1.0123.09.034286-6/001, 7ª CCív/TJMG, rel. Des. Peixoto Henriques, DJ de 20/11/2012).

Como se sabe, com o advento da Lei nº 11.960/2009 (vigência em 30/6/2009), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 passou a assim ordenar:

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.

Em face dessa inovação legislativa, o c. STJ vaticinou:

Processual civil e administrativo. Recurso especial. Servidor público. Verbas remuneratórias. Correção monetária e juros de mora devidos pela fazenda pública. Lei 11.960/09, que alterou o artigo 1º-F da Lei 9.494/97. Natureza processual. Aplicação imediata aos processos em curso quando da sua vigência. Efeito retroativo. Impossibilidade. [...] Assim, os valores resultantes de condenações proferidas contra a Fazenda Pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização (correção monetária e juros) nela disciplinados, enquanto vigorarem. Por outro lado, no período anterior, tais acessórios deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente (REsp n.º 1.205.946/SP, Corte/STJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* de 2/2/2012 - ementa parcial).

Entretanto, não se pode ignorar que, em recente julgado, o c. Tribunal da Cidadania também assentou:

Recurso especial representativo de controvérsia. [...] 17. Como o art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09, praticamente reproduz a norma do § 12 do art. 100 da CF/88, o Supremo declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, desse dispositivo legal. 18. Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas. 19. O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota. 20. No caso concreto, como a condenação imposta à Fazenda não é de natureza tributária - o crédito reclamado tem origem na incorporação de quintos pelo exercício de função de confiança entre abril de 1998 e setembro de 2001 -, os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação da Lei 11.960/09. Já a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada do período. 21. Recurso especial provido em parte. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08/2008 (REsp n.º 1.270.439/PR, 1ª Seç/STJ, rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 2/8/2013 - ementa parcial).

No mesmo sentido: AgRg no AREsp nº 261.596/SP, 2ª T/STJ, rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 22/8/2013.

Destarte, a correção monetária deverá incidir com a aplicação do IPCA - Índice de Preços ao Consumidor Amplo, em observância ao entendimento do Tribunal da Cidadania, vez que referido índice é aferido pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e é reconhecido pelo Conselho Monetário Nacional - CMN como índice oficial de inflação no Brasil (art. 9º da Lei nº 4.595/1964, art. 3º do Decreto nº 3.088/1999 e Resolução CMN nº 2.615/1999).

Vale registrar, não desconheço que o ex. STF, ao concluir em sua sessão de 25/3/2015 o julgamento das ADIs nº 4.357/DF e nº 4.425/DF, modulou os efeitos das decisões, considerando que, a partir de 25/3/2015, para

a atualização monetária, deverá ser aplicado o IPCA-E e juros de mora correspondentes aos índices oficiais da caderneta de poupança.

Entretanto, não vejo razões para alterar meu entendimento.

Continuo a ter por correta a incidência dos juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 (redação dada pela Lei nº 11.960/2009), porquanto se trata aqui de verba devida pela Fazenda Pública em decorrência de sua sucumbência em procedimento judicial, o que não destoia do quanto decidido pela nossa Corte Máxima, visto que, ao concluir o julgamento, restou resolvido que “(ii) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários”.

De igual maneira, tenho que manutenção da incidência do IPCA, tal como definida encontra-se também adequada, até porque, como visto, a nossa c. Corte Constitucional determinou nas decisões das ADIs em referência que a partir de 25/3/2015 os créditos em precatórios deverão se corrigidos pelo IPCA-E.

Ademais, digno de nota ainda que o Supremo Tribunal Federal, considerando a necessidade de esclarecer aspectos não abordados no julgamento das ADIs nº 4.357 e nº 4.425, reconheceu a repercussão geral de um recurso relativo à incidência de juros de mora e correção em precatórios, cujo tema é abordado no RE nº 870.947, de relatoria do em. Min. Luiz Fux, quando sua excelência disse que a Corte se manifestou apenas quanto às regras para a atualização dos valores de precatórios, faltando ainda um pronunciamento expreso quanto às regras de correção monetária na fase anterior, relativa às condenações.

Certo é que, no tocante às custas processuais, o réu faz jus à isenção prevista no art. 10, I, da Lei nº 14.939/2003.

Quanto aos honorários advocatícios, *in casu*, foram fixados em 10% do valor atualizado da causa a ser pago pelo Município ao procurador do Ecad, sucumbente mínimo, sendo necessária a reforma a sentença também neste ponto.

Isso porque, no que tange à verba honorária, sendo ilíquida a condenação do ente municipal, cabível aqui a aplicação do art. 85, § 3º, *caput*, e § 4º, II, do CPC/2015, que dispõe:

Art. 85. [...]

§ 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:

[...]

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

[...]

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado; [...].

Destarte, descabida a definição do percentual dos honorários na fase de conhecimento como feito pelo d. Magistrado primevo, devendo ser encaminhada para a fase de liquidação de sentença.

Em comentários ao art. 85 do CPC/2015, assim esclarece Luiz Henrique Volpe Camargo:

Também nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a natureza da sentença terá relevância para a definição sobre o que incidirá o percentual definido pelo juiz. Diante disso: a) se a sentença tiver natureza condenatória, o percentual (a ser fixado em observância a uma das faixas do § 3º do art. 85 na qual o processo enquadrar-se) incidirá sobre a condenação, seja quando o valor for mensurado na fase de conhecimento (inc. I do § 4º, do art. 85), seja quando o valor for apurado na fase de liquidação do julgado (inc. II do § 4º, do art. 85). É que na liquidação de sentença se definirá o valor da condenação principal e, em consequência desta, o percentual dos honorários (se entre 10 e 20%; ou se entre 8 e 10%; ou se entre 5 e 8%; ou se entre 3 e 5%; ou, ainda, se entre 1 e 3%), posto que este depende daquela (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. RT, p. 317).

Assim, deve ser reformada a sentença neste ponto, isso para que a apuração do percentual dos honorários advocatícios sucumbenciais seja realizada na fase de liquidação de sentença.

Em resumo: à luz do art. 85, § 4º, II, e § 11, do CPC/2015, os honorários advocatícios sucumbenciais devidos pela pessoa jurídica de direito público, sejam os da primeira ou os da segunda instância, só serão definidos em liquidação de sentença quando inevitável a realização dessa fase processual.

Mediante tais considerações, na remessa necessária, reformo parcialmente a sentença, isso para determinar: (A) que a indenização devida pelo réu (Município de Fronteira) ao autor (Ecad) por conta do não recolhimento, a tempo e modo, dos direitos autorais correspondentes aos carnavais dos anos de 2008, 2009, 2010 e 2011, bem como do *réveillon* de 2010/2011, seja apurada em liquidação de sentença, quando sua definição se limitará à apuração do correspondente aos 10% (dez por cento) do que efetivamente gasto pela municipalidade apenas com os músicos, equipamentos de som, montagem de palco e serviços técnicos de qualquer natureza desses eventos; (B) que a incidência de correção monetária sobre o apurado seja feita pelo IPCA; e, ainda, (C) que os honorários sucumbenciais (primeira e segunda instância) devidos aos patronos do autor sejam arbitrados pelo d. Julgador *a quo* por ocasião da liquidação de sentença.

Por óbvio, fica mantida a sentença quanto ao mais.

Prejudicadas as apelações.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OLIVEIRA FIRMO E WILSON BENEVIDES.

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

• • •

Apelações cíveis - Ação civil pública por ato de improbidade administrativa - Cessões temporárias do Estádio do Mineirão - Pagamento de valores inferiores aos previstos em portarias - Sem prova de dano ao erário - Violação aos princípios administrativos - Ausência de dolo

- Para que se caracterize o ato de improbidade que importe prejuízo ao erário, previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/92, é indispensável a prova do efetivo prejuízo.

- A configuração da hipótese prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/92 pressupõe a prova do dolo do agente ou, ao menos, o dolo genérico, isto é, a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da administração.

- Não havendo prova de que, nas datas dos eventos contratados, existiria proposta de uso do estádio por valor maior, não se cogita em concorrência e, por isso, não há falar em licitação.

- Diante da ocorrência de pagamentos significativos pela cessão temporária de espaço público, para a caracterização da improbidade há que ficar demonstrado que a importância adimplida teria sido insuficiente para cobrir eventuais gastos do próprio erário, causando-lhe prejuízos.

- Sem a prova do dano e do dolo de malferir princípios administrativos, incabíveis as penalidades da Lei nº 8.429/92.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.133714-9/003 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: Jose Eustáquio Natal - 2ª Apelante: DM Promoções e Eventos Ltda. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessado: 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 AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2017. - *Wilson Benevides* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WILSON BENEVIDES - Trata-se de duas apelações interpostas contra a sentença de f. 860/866-v., proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou procedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de José Eustáquio Natal, na qualidade de Diretor-Geral da Ademg, autarquia essa responsável, na época dos fatos, pela administração dos estádios do Estado de Minas Gerais, e de DM Promoções e Eventos Ltda.

Na ocasião, o Magistrado primevo: i) declarou a ilicitude da contratação objeto deste processo, *ex tunc*, por ofensa ao art. 10, II, VII e XII, da Lei nº 8.429/92, desconstituindo os indigitados atos administrativos de

concessão do Estádio Mineirão e de todos os efeitos patrimoniais negativos ao Estado de Minas Gerais; ii) condenou os réus a ressarcirem os danos causados ao Estado no importe de R\$135.000,00, além de multa arbitrada em R\$135.000,00, quantia total a ser devidamente atualizada e acrescida de juros moratórios; iii) condenou o primeiro réu, José Eustáquio Natal, à suspensão dos seus direitos políticos por 5 anos; e iv) proibiu ambos os demandados de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 anos.

Irresignado, o 1º réu, José Eustáquio Natal, argui, preliminarmente, em suas razões recursais de f. 887/902, a nulidade da sentença, ao fundamento de que os argumentos apresentados na defesa e nas alegações finais não teriam sido considerados, conforme art. 489, § 1º, IV, do CPC.

Explica que o ato impugnado não foi singular, mas colegiado, de maneira que seria indispensável o litisconsórcio passivo necessário, embora tal matéria tenha sido negligenciada na origem.

No mérito, aduz não ter sido demonstrado que: ocorreu algum prejuízo ao erário, que houve culpa ou dolo por parte dos requeridos, que os preços cobrados foram subfaturados, que a contratação foi ilegal, ou que tenha sido concedido algum benefício ao 1º apelante, Sr. José Eustáquio Natal.

Narra que todos os contratos firmados pela Ademg, tanto os anteriores quanto os posteriores aos únicos dois que foram reputados ímprobos pela promotoria, sempre contaram com a previsão de algumas “vantagens”, citando, por exemplo, os ingressos de cortesia em partidas de futebol.

Insiste que eventual prova de subfaturamento apenas poderia ter sido produzida mediante perícia que analisasse as condições do mercado na época das contratações questionadas; entretanto, com a desistência da prova técnica, referida comprovação restou inviabilizada.

Lado outro, defende que não pode ser condenado apenas por ter reproduzido cláusulas inseridas nos instrumentos contratuais que vinham e que continuaram sendo celebrados.

Ademais, sustenta que a falta de publicação do contrato constitui mera falha administrativa.

Acrescenta que a autorização de uso de bem público prescindiria de licitação, especialmente quando for o caso de utilização temporária e remunerada pelo particular.

Nesses termos, na hipótese de não ser anulada a sentença, pleiteia pela improcedência da pretensão inicial e, na remota eventualidade de manutenção da condenação, pede que se excluam as sanções de suspensão de direitos políticos, de proibição de contratar com o poder público e de ressarcimento, ficando somente a multa em patamar razoável.

Por sua vez, DM Promoções e Eventos Ltda. aviou apelação às f. 910/956, arguindo, em sede de preliminar, cerceamento de defesa, na medida em que o sentenciante teria desprezado as provas produzidas, violando, assim, o devido processo legal.

Outrossim, suscita preliminar de ilegitimidade passiva, sob a alegação de que a responsabilidade de terceiro não ocupante de funções públicas não poderia ser, em hipótese alguma, objetiva.

Ainda como questão prévia, questiona a ocorrência de quebra de sigilo bancário por parte do Ministério Público sem a correspondente autorização judicial. Desse modo, disserta sobre o suposto abuso de poder perpetrado.

No mérito, propugna que, para a aplicação do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, seriam indispensáveis o elemento subjetivo e o efetivo prejuízo ao erário, os quais, segundo a 2ª recorrente, não se fizeram presentes.

Narra que, no âmbito penal, a denúncia foi rejeitada liminarmente, o que corroboraria a necessidade de, também nesta seara cível, ter sido rechaçada a pretensão ministerial.

Propugna inexistir qualquer indício de prova de que os réus, a fim de obterem vantagem em prejuízo da Administração Pública, teriam efetuado algum ajuste para diminuir o preço da cessão de uso do Mineirão, e enfatiza que, na realidade, os valores recolhidos aos cofres públicos por meio das contratações impugnadas teriam sido superiores aos arrecadados em outros eventos com utilização do mesmo espaço.

Nesses moldes, insiste que a manutenção do *decisum* objurgado resulta em enriquecimento sem causa da Administração Pública, carecendo, assim, de reparo.

Preparo comprovado à f. 959.

Às f. 1.010/1.018, foram carreadas contrarrazões, pretendendo o apelado, em suma, o desprovimento de ambos os recursos.

Por força do documento de f. 1.021, foi proferido despacho às f. 1.026/1.026-v., oportunizando ao 1º apelante, Sr. José Eustáquio Natal, o recolhimento em dobro do preparo, sob pena de deserção, o que foi atendido, conforme f. 1.029/1.035.

Às f. 1.038/1.050, foi colacionado parecer da douta PGJ, opinando pelo desprovimento dos recursos.

É, em breve síntese, o relatório.

Presentes todos os pressupostos de admissibilidade, em razão do disposto nos art. 229 e 1.003, § 5º, do CPC/2015, conheço dos dois apelos e os recebo em seus regulares efeitos.

Relativamente às preliminares arguidas pelos apelantes, convém enfatizar que nenhuma delas merece prosperar, haja vista que, embora os recorrentes apontem supostas irregularidades na sentença vergastada, certo é que a matéria discutida foi apreciada pelo sentenciante, restando claros os fundamentos que o conduziram ao resultado, de sorte que possível *error in iudicando* há de ser reparado quando da apreciação do mérito da controvérsia.

Nesses termos, com o fito de não alongar desnecessariamente em matéria de pouca ou nenhuma utilidade para o que realmente se almeja com a apresentação dos recursos, rejeito as questões prévias.

Verifica-se que o Ministério Público ajuizou a presente ação de improbidade administrativa em desfavor de José Eustáquio Natal e de DM Promoções e Eventos Ltda., ao argumento de que o 1º réu, no exercício de seu cargo de Diretor-Geral da Ademg, autarquia responsável pela administração dos estádios do Estado de Minas Gerais, teria violado princípios constitucionais, causando lesão ao erário, em benefício da 2ª ré. Isso

porque, nos anos de 2007 e de 2008, teria cedido o Mineirão para os eventos “Axé Brasil 2007” e “Axé Brasil 2008” mediante a cobrança de preço inferior ao estabelecido em tabela da própria entidade.

Assim, segundo o *Parquet*, enquanto deveria ter sido cobrada a importância de R\$120.000,00 por dia de evento, em 2006, o Mineirão teria sediado o “Axé Brasil 2007”, de dois dias, pelo preço total de R\$150.000,00, e, em 2007, embora o valor mínimo da diária do evento fosse R\$100.000,00, o “Axé Brasil 2008” teria obtido o espaço por apenas R\$155.000,00, em vez de R\$200.000,00.

Nota-se que o Órgão Ministerial acusa o 1º réu de ter sido beneficiado pelas contratações, tendo recebido algumas vantagens, tais como ingressos para os eventos, credenciais de “livre trânsito”, entre outros.

Não obstante a defesa dos requeridos, o pleito contido na exordial foi acolhido no juízo *a quo*, conforme alguns trechos que se colhem das f. 863-v./864-v.:

[...]

Como cediço, os atos que importam em improbidade administrativa encontram previsão na Lei nº 8.429/1992, e caracterizam-se pelo dano ao erário, pelo enriquecimento ilícito e pela violação aos princípios administrativos.

No caso, as condutas relatadas enquadram-se perfeitamente nos atos descritos pelo art. 10, II, VII e XII, da Lei nº 8.429/92 [...].

[...]

Diante disto, observa-se que pela tabela de preços contida na Portaria nº 14/06, a utilização do Estádio Mineirão importaria em R\$120.000,00 por dia, sendo que, no evento Axé Brasil 2007, os réus contrataram a permissão de uso do estádio por dois dias, no valor de R\$150.000,00. Por conseguinte, em 17 de maio de 2007, o Diretor-Geral fez publicar nova Portaria estabelecendo o preço mínimo de R\$100.000,00 por dia de evento, sendo que a empresa DM Produções fora novamente contratada para a realização do Axé Brasil 2008, pelo preço de R\$155.000,00 por dois dias de evento, desta vez sob o pretexto de um suposto interesse público, o qual não encontra justificativa plausível nos autos.

A inexistência de livro de registro de contratos, atrelada à ausência de datação nos contratos juntados indicam que houve a alteração da data da assinatura do primeiro contrato para o dia 5 de junho de 2006, com o intuito de fazer parecer que ele fora firmado antes da entrada em vigor da Portaria 14/06. Dessa forma, ainda que se tratasse de uma publicação extemporânea do contrato, como alegado pela defesa, tem-se indícios de violação ao princípio administrativo da publicidade e/ou celeridade.

[...]

O cerne da lide diz respeito, contudo, à celebração do acordo sem procedimento licitatório, não tendo sido demonstrada cabalmente a situação de exceção, por interesse público, violando, assim, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e os deveres de legalidade e imparcialidade, o que desponta a improbidade administrativa, ainda que não venha a ser possível, posteriormente, se apurar qual o tamanho exato do prejuízo ao erário, pois que a hipótese amolda-se ao conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, e inciso I, da Lei 8.429/92.

[...]

No caso em exame, é evidente a improbidade do Diretor-Geral da Ademg, eis que, consoante se denota dos contratos firmados com a empresa de eventos, foram ajustados valores aquém do mínimo que estava

sendo divulgado pelas Portarias, amoldando-se tal conduta nos exatos termos do art. 10, II, VII e XII da Lei de Improbidade Administrativa.

Não obstante, são notórios os atos ímprobos, ainda, em razão de favorecimento ao Diretor-Geral da Ademg, que obteve 200 ingressos de cortesia, além de um camarote privativo nos eventos, na mais clara imoralidade administrativa.

[...]

In casu, a meu ver, a concessão das cortesias revela o dolo da organizadora, ainda que genérico, no sentido de induzir o Diretor-Geral da Ademg a contratá-la, motivo pelo qual deve ser também responsabilizada pelos prejuízos daí decorrentes [...]

Apesar do exposto na sentença, não se pode olvidar que o caso retratado nos autos não se confunde com a contratação, pelo poder público, de empresa organizadora de determinado evento, sem a devida licitação.

Em verdade, na espécie, o que se discute é tão somente se o fato de o Mineirão ter sido cedido temporariamente (2 dias) mediante pagamento inferior ao previsto em Portaria, em duas oportunidades, seria suficiente para caracterizar ato de improbidade.

Portanto, dois pontos merecem especial destaque, quais sejam: i) não há notícias de que o estádio tinha oferta de uso, nas mesmas datas, por preço maior; logo, em não se podendo cogitar em concorrência, não há como se falar em cabimento de licitação; e ii) no caso, não se trata de cessão de espaço público a particular sem qualquer contraprestação, mas com remuneração considerável, de R\$150.000,00 ou mais, sem prova alguma de que teria sido insuficiente para cobrir eventuais gastos do próprio erário pela realização do evento.

Assim, no caso vertente, não se discute o que o Poder Público pagou, mas sim o que recebeu, o que é bastante diferente, e por isso não se compara com o julgado de minha relatoria citado na sentença.

Ora, no apelo registrado sob o nº 1.0024.10.166591-7/001, cuja ementa foi mencionada à f. 866 da decisão recorrida, no qual atuei como relator, a situação era completamente distinta, afinal, o Ministério Público acusava os réus de terem incorrido nas condutas do art. 10, II e XI, da Lei nº 8.429/92, em razão da liberação de verba sem a observância das normas pertinentes e permissão dada à pessoa jurídica de direito privado de utilizar-se de verbas integrantes do acervo patrimonial da Belotur.

Assim, definidas as peculiaridades do caso, e antes de adentrar o âmago do debate, é necessário tecer algumas considerações acerca dos atos de improbidade administrativa.

No plano constitucional, o art. 37, § 4º, restringiu-se a delimitar as sanções aplicáveis àqueles que praticam atos de improbidade administrativa, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Coube à Lei nº 8.429/92 regulamentar os seus contornos, disciplinando não só o conceito de agente público para fins desta lei, mas também os atos de improbidade e as consequentes punições.

No que tange à definição do ato de improbidade, leciona Waldo Fazzio Júnior:

Acontece que a improbidade administrativa, como concebida no direito brasileiro, pela Constituição Federal (1988) e, depois, pela Lei nº 8.429/92, não se restringe à simples desonestidade ou à singela ruptura de valores. Se há uma qualificação especial da improbidade, em razão da lesão ao erário (art. 10) ou do enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º), o fato é que aquela lei ordinária prevê (art. 11) modalidade de ato de improbidade que não carece de nenhum desses resultados para se caracterizar (art. 21, I).

[...]

Imoralidade e improbidade não são a mesma coisa, conquanto possam advir do mesmo tronco. A imoralidade é o oposto de um dos princípios constitucionais da Administração (o da moralidade), ao passo que a improbidade surge, na Lei nº 8.429/92, como a antítese não de um princípio, mas do conjunto coordenado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 72).

As três modalidades de atos ímprobos são trazidas pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade. Enquanto o art. 9º dispõe sobre os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, o art. 10 elenca aqueles que causam prejuízo ao erário e, por fim, o art. 11 prevê as hipóteses nas quais o agente público comete atos que atentam contra os princípios da administração pública.

Especificamente no caso em testilha, consoante já adiantado, os atos imputados aos réus/apelantes seriam considerados ímprobos, segundo a perspectiva do *Parquet*, por coincidirem com as previsões dos arts. 10 e 11 da LIA.

Reza o art. 10 da Lei nº 8.429/92:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (Redação dada pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014) (Vigência)

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Releva esclarecer que, para que se caracterize o ato de improbidade que importe prejuízo ao erário, faz-se indispensável a prova do efetivo dano. Sobre o tema, explica Arnaldo Rizzardo:

A lesão, sem a qual não se dá a configuração da espécie, importa em perda patrimonial, ou em ofensa à integridade do patrimônio público econômico, por ato comissivo ou omissivo do agente. Acarreta a redução ilícita de valores patrimoniais através de várias condutas, como malversação, desperdício, indevida aplicação, apropriação de bens e valores, dissipação, destruição e demolição. Há um ato voluntário dirigido para lesar, e, por isso, desonesto; ou um ato culposo, causado, neste caso, por desleixe, falta de cuidado, negligência no cumprimento das obrigações, descontrole administrativo. [...]

Sempre deverá existir dano ao erário ou patrimônio público. Não tem aplicação, no caso, o inciso I do art. 21, pelo qual independe a incidência das sanções da efetiva ocorrência do dano ao patrimônio público. Todavia, não basta o dano. É imprescindível que a conduta tenha infringido qualquer um dos princípios que informam a Administração Pública, de modo a se enquadrar em uma das figuras do conjunto de ações que a lei assinala. Do contrário, apesar da lesão, não se tacha de ímprobo o ato, como nos investimentos em obras que não resultem o benefício esperado, ou nos planos de governo que fracassam por fatores da conjuntura momentânea, ou nas atividades que nem sempre, por sua natureza, tragam proveito, pois fatores externos concorrem para o insucesso. (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense, 2014. p. 570).

Nessas circunstâncias, uma vez que o efetivo prejuízo é elemento *sine qua non* para a caracterização do ato de improbidade inserto no art. 10, há que se apurar se restou comprovado ou não.

Relativamente às contratações do estádio do Mineirão para a realização dos eventos “Axé Brasil 2007” e “Axé Brasil 2008”, observa-se que o suposto dano alegado pelo Ministério Público consiste apenas no fato de que o espaço público foi cedido temporariamente por preço inferior ao estabelecido nas Portarias nº 14/2006 e nº 17/2007.

Todavia, algumas ponderações devem ser tecidas.

Em primeiro lugar, não se encontra qualquer estudo ou relatório informando qual o preço de custo para a cessão do estádio do Mineirão para a realização de um evento. Isto é, inexistente previsão alguma concernente aos valores a serem desembolsados pelo erário, a título de manutenção e conservação do estádio para receber um evento, tais como água, energia elétrica, limpeza, entre outros.

Como se não bastasse, não há qualquer estimativa de custo de acordo com a quantidade de dias, mesmo sendo fato notório que, em muitas situações, o valor de um evento extenso não fica proporcionalmente mais caro que um evento de apenas um dia, eis que algumas despesas são invariáveis, a despeito do tempo de utilização do espaço.

Dessa maneira, seria importante que tivessem sido juntados aos autos não somente os custos necessários para a cessão do Mineirão em um dia de evento, mas também uma projeção dos dispêndios ao longo do tempo.

Exemplificativamente, o custo da cessão do estádio por 01 dia seria X, mas há que se convir que não necessariamente o custo da cessão do estádio por 02 dias seria 2X. Entretanto, se não fosse, qual seria? Não há resposta para essa pergunta. Aliás, sequer se sabe o valor de “X”.

Em segundo lugar, há que se obter que, ainda que os valores pagos nos anos de 2007 e 2008, de R\$150.000,00 e R\$155.000,00, respectivamente, não tivessem sido suficientes para criar lucro para a Administração Pública, será que a despeito disso não teriam sido vantajosos pelo simples fato de coincidirem com os gastos que sairiam dos cofres públicos para a manutenção do local, independentemente dos eventos?

Não se pode negligenciar que as despesas de manutenção e conservação dos grandes estádios são um tanto quanto altas, já tendo sido, inclusive, publicadas diversas reportagens sobre cidades que abrigaram jogos de Copa do Mundo, que investiram em estádios e, após o evento mundial, mal conseguem cobrir os custos de tais monumentos, os quais chegam a ser denominados de “elefantes brancos”.

Com efeito, na ausência de provas de que, nas datas do “Axé Brasil” de 2007 e 2008, o Mineirão poderia ter sido cedido por valor mais alto do que aquele pago pela 2ª ré/apelante, não se pode cogitar em efetivo prejuízo ao erário, mormente quando as máximas de experiência apontam no sentido de que os valores de R\$150.000,00 e de R\$155.000,00, ainda que inferiores aos previstos nas Portarias nº 14/2006 e nº 17/2007, teriam ensejado benefícios aos cofres públicos, mesmo que fosse para evitar dispêndios por parte do erário.

Em suma, o que se percebe é que os importes dos contratos não tiveram o condão de prejudicar as contas públicas, sendo certo que, caso não tenham caracterizado verdadeiro lucro, no mínimo, foram úteis para custear as despesas do estádio, que existem independentemente da cessão remunerada do bem.

Logo, diante dos argumentos expendidos, inaplicável o art. 10 da LIA ao caso em exame.

Em casos similares, vasta a jurisprudência deste sodalício mineiro adotando a mesma razão de decidir:

Apelação cível. Ação civil pública: improbidade administrativa. Utilização de bem público. Autorização de uso. Ato ímprobo: não configuração. 1. Configura-se ato de improbidade administrativa aquele que fere direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente da existência de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. Imperioso, para tanto, o dolo genérico - vontade livre e consciente do agente em praticar a conduta descrita na lei -, sendo prescindível a existência de dano material ao erário. Inteligência do art. 11 da Lei federal nº 8.429/1992. 2. A autorização de uso de bem público em favor de particular é ato unilateral, discricionário e precário, prescindível a existência de lei e realização de licitação. 3. Sem a comprovação da prática do ato que eventualmente contraria os princípios da administração pública, o pedido deve ser julgado improcedente (Apelação Cível nº 1.0439.11.004276-9/001, Rel. Des. Oliveira Firmo, j. em 25/8/2015, DJe de 31/8/2015).

Apelações cíveis. Direito administrativo. Ação de improbidade administrativa. Ato que causa lesão ao erário e violação aos princípios da administração. Renovação de contrato de locação. Ilegalidade. Conduta ímproba não demonstrada. Improcedência do pedido de condenação nas sanções do art. 12 da LIA. - Para caracterização do ilícito regulado pelo art.10 da Lei 8.429/92, hão de estar presentes, concomitantemente, o elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) e a prova do dano efetivo ao erário decorrente da ação ou omissão do agente. Precedentes do STJ. - A violação aos princípios da Administração deve ser combinada com a comprovação do dolo do agente público para caracterização da infração prevista no art. 11 da Lei 8.429/92. - Ausente a demonstração de que a renovação do contrato de locação de espaço no Hospital 20 de Julho, pelo Município de Lavras, visou a fim defeso em lei ou contrário ao interesse público, mediante conduta dolosa do Administrador, descabida a aplicação das sanções previstas na Lei

nº 8.429/92 (Ap. Cível/Reexame Necessário nº 1.0382.10.015800-7/002, Rel.ª Des.ª Ana Paula Caixeta, j. em 2/7/2015, DJe de 8/7/2015).

Noutro giro, deve ser examinado se o ato praticado pelos requeridos viola os princípios da Administração Pública, adequando-se na espécie prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Especialmente quanto ao art. 11, é evidente a abrangência e generalidade do dispositivo, ao estabelecer como ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

Diante disso, compete ao Julgador interpretá-lo com cautela, a fim de se evitarem radicalismos, impedindo a abrangência de situações que, apesar de ilegais ou irregulares, passíveis de correção administrativa, não detêm o *status* de improbidade.

Sobre o tema, colhe-se de excerto do voto do Ministro Relator Luiz Fux, no REsp 939118/SP, que

[...] a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

Interessantes, a respeito, são as lições de Waldo Fazzio Júnior:

É cediço que a má-fé é premissa do ímprobo. Por isso, a ilegalidade só adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade.

As condutas gravadas no art. 11 e seus incisos pressupõem a consciência da ilicitude de conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido. Se não houver dolo, não há ato administrativo que atenta contra os princípios constitucionais da administração, mediante a inobservância de deveres gerais sobejamente conhecidos, como padrões morais (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 167/168).

Nesse espeque, a configuração da hipótese prevista no referido artigo pressupõe a prova do dolo do agente ou, ao menos, o dolo genérico, isto é, a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da administração.

No caso em exame, não ficou comprovado o dolo, ainda que genérico, dos agentes em violar os princípios da Administração Pública.

Embora os valores contidos nas Portarias não tenham sido fielmente observados, o que poderia configurar transgressão ao princípio da legalidade, não se pode dizer que as contratações foram realizadas com o dolo de malfezer.

Ao que tudo indica, os valores pagos pela cessão do estádio do Mineirão para a concretização do “Axé Brasil” nos anos de 2007 e 2008 foram fruto de negociação, por meio da qual a Ademg procurou se ajustar

às circunstâncias do mercado, com o intuito de conjugar os interesses da Administração Pública com os dos organizadores do evento.

Em verdade, sequer se pode afirmar que, caso a Ademg, por meio de seu Diretor-Geral, tivesse se mantido inflexível quanto aos valores cobrados pela cessão temporária do espaço público, ainda assim os eventos teriam sido realizados.

Com efeito, por todos os ângulos de análise, não se encontram firmes elementos capazes de corroborar a caracterização de atos ímprobos.

Assim também já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação civil pública por improbidade administrativa. Ex-prefeito. Termo de cessão de uso de bem público a igreja evangélica, tendo como finalidade a efetivação de atividades sociais direcionadas para crianças e adolescentes. Ausência de comprovação de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito do agente público. Impossibilidade de presunção. Manutenção da sentença. - A existência de improbidade administrativa prevista na Lei 8.429/92, mormente em relação ao art. 11, está condicionada ao dolo ou má-fé por parte do agente público e deve restar comprovada indubitavelmente nos autos. Nem sempre um ato ilegal é ímprobo, pelo que a especificidade da legislação em crivo pressupõe dano à administração, mormente em questões patrimoniais. - É necessário o exame do elemento volitivo para fins de reconhecimento do ato de improbidade administrativa, associado à ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. O pedido de ressarcimento de danos deve ser julgado improcedente, se não vieram aos autos provas seguras no sentido de demonstrar que a cessão do bem não ocorreu visando ao cumprimento das finalidades elencadas no termo de cessão firmado entre as partes (Apelação Cível nº 1.0040.12.010404-3/001, Rel.ª Des.ª Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. em 7/10/2015, DJe de 16/10/2015).

Por derradeiro, convém enfatizar que, embora a prática de obtenção de credenciais e de ingressos em eventos realizados nos estádios do Estado de Minas Gerais não se coadune com os princípios administrativos, em especial os da moralidade e da impessoalidade, referida praxe deve ser combatida por outros meios que não pela ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Em vista de todos os argumentos expendidos, rejeito as preliminares e dou provimento a ambos os recursos, para reconhecer a improcedência da pretensão inaugural, haja vista a não comprovação dos atos ímprobos narrados na exordial.

Sem custas, em virtude da isenção legal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ALICE BIRCHAL e BELIZÁRIO DE LACERDA.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

• • •

Recurso de apelação - Ação ordinária - Menor portador de necessidades especiais - Idade para ingressar no ensino fundamental - Circunstâncias que recomendam a manutenção no ensino infantil por mais um ano - Impossibilidade de adaptação ao sistema de ensino regular - Exceção cabível - Melhor interesse do infante - Isonomia - Sentença confirmada - Recurso desprovido - Reexame necessário exaurido

- Embora seja preferencial a inclusão dos portadores de deficiência na rede regular de ensino, na fase correspondente à sua idade, nos termos do art. 208, III, da CF c/c art. 58 da Lei nº 9.394/96, se não for possível a integração dos infantes nas classes comuns de ensino regular, deverá lhes ser oferecido atendimento educacional compatível com suas condições.

- Se, apesar de ter atingido 6 (seis) anos de idade, o menor portador de Síndrome de Down (CID Q90) que demanda acompanhamento especial ainda necessitar de permanecer por mais 1 (um) ano na Educação Infantil, por indicação dos profissionais que o acompanham e para seu melhor desenvolvimento e formação, cabível o deferimento da exceção pleiteada. O melhor interesse da criança e as especificidades do caso concreto têm privilégio em detrimento da determinação de que as crianças com mais de 6 (seis) anos sejam matriculadas no Ensino Fundamental.

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0024.15.136116-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da Vara Cível da Infância e da Juventude da Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelado: A.M.G. representado p/ mãe A.A.C.M.G. - Relator: DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, EXAURIDO O REEXAME NECESSÁRIO.

Belo Horizonte, 4 de julho de 2017. - *Carlos Roberto de Faria* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA - Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação aviado às f. 80/83 pelo Município de Belo Horizonte, nos autos da ação ordinária que lhe move A.M.G., representado por sua genitora, A.A.C.M.G., demonstrando inconformismo perante a sentença proferida às f. 73/77, que julgou procedente o pedido e determinou que o infante fosse matriculado na Educação Infantil da UMEI Alaíde Lisboa no ano letivo de 2016.

Para fundamentar a pretensão de reforma da decisão, alega o recorrente que nos termos do art. 2º da Lei Estadual nº 20.817/13, a criança que completou 06 (seis) anos antes de 30/06 do ano de 2016 deveria ser matriculada no Ensino Fundamental, de forma que a manutenção da criança com idade para ingresso no

Ensino Fundamental na Educação Infantil consiste em descumprimento do direito e da obrigatoriedade previstos na Constituição Federal.

Coloca que o “direito de participação das pessoas com deficiência deve ser garantido mediante a adaptação do ambiente e, no caso da escola, de sua proposta pedagógica e dos recursos utilizados”, sendo que a “idade mental como justificativa para retenção das crianças em nível de ensino correspondente à idade cronológica inferior não se justifica do ponto de vista educacional ou do desenvolvimento infantil”.

Acrescenta que a “manutenção da criança com deficiência no convívio com crianças mais novas força o atraso de desenvolvimento de capacidades psicomotoras e cognitivas naquelas que possuem deficiência intelectual”. Por fim, pugna pelo provimento do recurso e consequente reforma da sentença.

Contrarrrazões às f. 86/89, pelo desprovimento do recurso aviado.

A d. Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às f. 98/100, opinando pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Considerando que a legislação processual que rege os recursos é aquela vigente na data da publicação da decisão judicial, registro que o feito deverá ser analisado segundo as disposições do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Conheço do recurso voluntário, por se tratar de sentença desfavorável ao Município de Belo Horizonte sem valor líquido, e conheço também do recurso voluntário interposto, uma vez que próprio e tempestivo.

O cerne da controvérsia é saber se o autor, o menor A.M.G., tinha o direito de ser matriculado na Educação Infantil da UMEI Alaíde Lisboa no ano letivo de 2016.

De início, esclareço que o menor teve liminar deferida em seu favor, conforme f. 33/37, e o ano letivo de 2016, por óbvio, já se findou, sendo que a pretensão de matrícula no ano passado já foi efetivada. Contudo, registro que não se entende que tenha o feito perdido o objeto, uma vez que a tutela antecipada não pode se confundir com a sentença definitiva. Dessa forma, ainda que o menor já tenha cursado o ano letivo de 2016 na UMEI em questão, sendo este um fato consumado, deve persistir a análise quanto à legalidade da negativa da matrícula do menor na Educação Infantil.

O direito à educação é constitucionalmente assegurado nos artigos 205 e 227 da Constituição da República. A efetivação da educação básica é dever do Estado e garantia das crianças e adolescentes dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos, nos termos do art. 208 da CR/88.

É certo, ainda, que os Municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, conforme se extrai do art. 211, § 2º, da CR/88.

O art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente assim dispõe:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

[...]

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

O tema ainda é regulado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal nº 9.394/96), que não só reforça o dever do Estado de prover educação escolar pública, inclusive infantil e gratuita às crianças e adolescentes, como expõe sobre a finalidade e a forma como deve ser oferecida.

Na particularidade aqui tratada, aplica-se a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, entre outras providenciais. Pertinente transcrever:

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Merece destaque, ainda, a redação do inciso III do art. 208 da Constituição Federal da República, que dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Feitas estas considerações, passa-se à análise dos autos:

Na presente hipótese o menor já estava matriculado na UMEI Alaíde Lisboa no ano letivo de 2015. A negativa da Secretaria Municipal de Educação em realizar sua matrícula no ano de 2016 não se deu por justificativa de falta de vagas como comumente ocorre, mas sim porque como o menor atingiria a idade de 06 (seis) anos, a Secretaria entendeu que no ano de 2016 ele deveria obrigatoriamente ser matriculado no Ensino Fundamental, e não repetir um ano na Educação Infantil.

O autor foi diagnosticado com Síndrome de Down (CID Q90) e necessita de acompanhamento especial. Cumpre destacar os fatos narrados na exordial:

O autor está matriculado no último ano do ciclo da Educação Infantil na ‘Unidade Municipal de Ensino Infantil (UMEI) Alaíde Lisboa’, escola que compõe a rede regular de ensino e é destinada especificamente à Educação Infantil.

Através da parceria e da constante troca de experiências entre a genitora da criança e os profissionais da instituição de ensino, o menor A. apresentou uma trajetória escolar satisfatória do ponto de vista da inclusão escolar, mesmo considerando as justificáveis limitações da criança e precariedades apresentadas pelo sistema educacional.

Contudo, observa-se nos relatórios multidisciplinares anexados que o autor não apresentou o desenvolvimento físico, psicológico, intelectual e social esperado para o seu avanço e matrícula no ensino fundamental.

A inicial foi acompanhada com uma carta escrita pela genitora do menor (f. 20/23), relatórios firmados pelos profissionais que acompanham o menor, quais sejam, pediatra, fonoaudióloga, terapeuta ocupacional e fisioterapeuta (f. 24/29) e, ainda, Relatório da própria UMEI em questão no qual se chegou à seguinte conclusão:

As dificuldades apresentadas por A. São notórias. Acredito que o poder contar com uma auxiliar de apoio à inclusão e a permanência no ciclo da educação infantil por mais tempo trarão benefícios para o mesmo no seu processo de autonomia e aprendizagem, favorecendo seu amadurecimento e tranquilidade no fluir do seu processo de crescimento.

Pertinente destacar trecho do Relatório apresentado à f. 28 pela Terapeuta Ocupacional que acompanha o menor:

Arthur não apresenta maturidade e está com desenvolvimento aquém do esperado para realizar a mudança de ciclo. Diante disso, sugiro a permanência do mesmo na UMEI por mais um ano para concretizarmos suas habilidades e podermos prepará-lo para o próximo ciclo de forma que ele acompanhe sua turma.

É certo que há um sistema de educação inclusivo na Política Nacional de Educação Especial, sendo que o que se objetiva é, como o nome diz, a inclusão dos educandos portadores de deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na escola regular, sendo que eles devem contar, se necessário, com serviço especializado de apoio para de adaptarem. É o que dispõe o art. 58, § 2º, da Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da Educação Nacional:

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

Não obstante a regra seja a tentativa de inclusão dos portadores de deficiência no Ensino Regular, como bem dispõe o § 2º do art. 58 reproduzido acima, se não for possível a integração dos alunos nas classes comuns de ensino regular, deverá lhes ser oferecido atendimento educacional compatível com suas condições.

Nesse contexto, entende-se que, no caso dos autos, a pretensão autoral merece guarida. É que os relatórios médicos juntados pelo autos são claros no sentido de que a matrícula do menor no Ensino Fundamental já no ano de 2016 seria prematura.

Tais fatos a meu ver são suficientes para demonstrar que a manutenção do menor no Ensino Infantil no ano de 2016 era mais propícia ao seu desenvolvimento e formação, atendendo ao melhor interesse da criança e ao princípio da isonomia.

Em casos como o presente, outro não tem sido o entendimento deste Tribunal:

Reexame necessário//apelação. Ação ordinária menor portador de autismo. Direito à assistência educacional especializada. Impossibilidade de ingresso no ensino fundamental. Permanência na educação infantil. Limite etário afastado. 1. O Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe que a inclusão dos portadores de necessidades especiais no sistema educacional deverá se basear nas aptidões e condições intelectuais individualizadas de cada um, visando sempre à promoção do máximo desenvolvimento do deficiente, conforme suas capacidades, interesses e necessidades. 2. Deve ser assegurada a permanência do menor, portador de autismo, na educação infantil, mesmo que ele já tenha atingido a idade para o ingresso no ensino fundamental, quando demonstrado que essa medida lhe assegurará melhor desenvolvimento e, por conseguinte, maior inclusão. 3. Recurso desprovido. Prejudicado o reexame necessário

(TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.15.136413-0/001, Rel.^a Des.^a Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, j. em 10/11/2016, p. em 22/11/2016).

Ação ordinária. Reexame necessário. Preliminar de incompetência absoluta do juízo da infância e da juventude rejeitada. Permanência de menor com necessidades especiais na educação infantil, tutela constitucional. Respeito ao estatuto da criança e do adolescente. Necessidade de garantir o acesso efetivo e imediato à educação. Manutenção da decisão. 1 - É competente o juízo da Vara da Infância e da Juventude para a causa fundada na proteção de interesse individual de menor (artigos 148, IV, e 209 da Lei nº 8.069/90/ECA). 2 - Tratando-se de menor portadora de Síndrome de Smith-Lemli-Opitz, com desenvolvimento neuro-físico-motor atrasado, conforme atestado em relatório médico subscrito por profissional especialista, exsurge o direito à permanência no Ensino Infantil, ainda que atingido o limite etário para matrícula no Ensino Fundamental. 3 - Sentença confirmada, em reexame necessário, prejudicada a apelação (TJMG - Ap. Cível nº 1.0024.15.002264-8/001, Rel.^a Des.^a Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, j. em 17/5/2016, p. em 1º/6/2016).

Reexame necessário. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Menor com paralisia cerebral. Educação infantil. Idade máxima. Permanência na fase anterior. Possibilidade. Necessidade especial do aluno. Tutela antecipada. Deferimento. Teoria do fato consumado. Aplicação. Sentença confirmada. Recurso voluntário. Prejudicado. 1. Conforme o art. 205 da Constituição da República, a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. 2. A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública. 3. Havendo comprovação de que o aluno, consideradas suas necessidades especiais, carece de mais um ano na educação infantil, ainda que tenha atingido a idade para avançar para o ensino fundamental, faz-se necessária a sua permanência no ciclo anterior para garantir-lhe o direito à educação na sua plenitude. 4. Reconhecida a irreversibilidade da tutela jurisdicional concedida antecipadamente, impõe-se a aplicação da teoria do fato consumado, preservando a situação fática já consolidada (TJMG. Ap. Cível/Reexame Necessário nº 1.0024.13.290922-7/001, Rel. Des. Marcelo Rodrigues, 2ª Câmara Cível, j. em 21/7/2015, p. em 27/7/2015).

Em conclusão, nego provimento ao recurso voluntário, exaurido o reexame necessário. Deixo de aplicar o que dispõe o art. 85, § 11, do CPC, por ser inaplicável à espécie. Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES GILSON SOARES LEMES e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, EXAURIDO O REEXAME NECESSÁRIO.

• • •

Apelação cível - Falência - Prestação de serviços advocatícios à massa falida - Contratação realizada posteriormente à quebra - Crédito de natureza extraconcursal - Pedido de pagamento antecipado - Alvará judicial - Deferimento - Sentença confirmada

- Para efeito de pagamento dos serviços advocatícios contratados pela massa falida para a defesa em juízo dos seus interesses, o art. 150 da Lei Federal nº 11.101/05 autoriza a sua quitação antecipada pelo administrador judicial, por se tratar de despesas indispensáveis à administração da falência.

- Recurso não provido.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.15.171326-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: Gontijo Mendes Advogados Associados S/C - Interessado: Probank S/A Representado p/ Administrador Judicial da massa falida, Sérgio Mourão Corrêa Lima - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2017. - *Audebert Delage* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a sentença de f. 209/210-TJ, a qual julgou procedente, em parte, o pedido inicial, para determinar a expedição de alvará autorizando o administrador judicial a proceder ao pagamento parcial do valor devido ao autor na quantia de R\$20.652,00 (vinte mil, seiscientos e cinquenta e dois reais).

Nas razões recursais de f. 212/223-TJ, o apelante sustenta que o procedimento de alvará judicial não constitui via adequada para a satisfação da pretensão e que o pedido deduzido está a exigir prévia prestação de contas. Aduz que os valores sujeitos à antecipação de recursos em caixa por parte da massa falida são restritos às hipóteses dos arts. 150 e 151 da Lei Federal nº 11.101/15 e que a atividade exercida por escritório de advocacia em favor da massa falida não se enquadra nos casos que permitem a antecipação de pagamento. Alega que o processo falimentar não se encontra em fase de pagamentos de créditos, tendo em vista a etapa de formação de ativo ainda em curso.

Contrarrazões às f. 234/239-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se às f. 247/250-TJ, pelo provimento do recurso.

Atendidos os requisitos legais, conheço do recurso.

Extrai-se dos elementos dos autos que se trata de alvará judicial promovido por Gontijo Mendes Advogados Associados S/C, mediante o qual postula o levantamento de quantia a título de serviços de honorários advocatícios trabalhistas prestados à massa falida de Probank, correspondente ao período entre 1º/5/15 e 31/5/15 (f. 04-TJ).

Pois bem.

Ficou incontroverso nos autos que o apelado, mediante autorização prévia do Juízo Falimentar (f. 13/14-TJ), prestou serviços advocatícios à massa falida de Probank durante o período de 1º/5/15 a 31/5/15.

Também, restou incontroverso que a contratação dos serviços advocatícios ocorreu após a decretação da quebra da empresa (11/9/13).

Em casos da espécie, tem-se que as dívidas que se formaram devem ser pagas preferencialmente na qualidade de crédito extraconcursal, conforme estabelece o art. 84 da Lei Federal nº 11.101/15:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:

I - remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares e créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

II - quantias fornecidas à massa pelos credores;

III - despesas com arrecadação, administração, realização do ativo e distribuição do seu produto, bem como custas do processo de falência;

IV - custas judiciais relativas às ações e execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V - obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

Para efeito de pagamento dos honorários advocatícios contratados pela massa falida para a defesa em juízo dos seus interesses, como neste caso, sem a necessidade de formação de concurso, tenho que o art. 150 da Lei Federal nº 11.101/05 autoriza a sua quitação antecipada pelo administrador judicial, por se enquadrar tal verba no conceito de despesas indispensáveis à administração da falência:

Art. 150. As despesas cujo pagamento antecipado seja indispensável à administração da falência, inclusive na hipótese de continuação provisória das atividades previstas no inciso XI do caput do art. 99 desta Lei, serão pagas pelo administrador judicial com os recursos disponíveis em caixa.

Sobre o tema, em caso idêntico, esta 6ª Câmara Cível, ao julgar os Embargos de Declaração nº 1.0024.15.167670-7/002, alterou o seu entendimento inicial para admitir, em sede de procedimento de alvará judicial, o pagamento antecipado de honorários advocatícios contratuais pelos serviços prestados em processos envolvendo a massa falida.

Confira-se o teor da ementa:

Embargos de declaração. Apelação cível. Falência. Honorários advocatícios contratuais. Serviços advocatícios prestados à massa falida. Obrigação exsurgida após a quebra. Crédito extraconcursal. Natureza alimentar. Jurisprudência do superior tribunal de justiça. Deferimento de alvará. Pagamento antecipado. Atividade essencial à administração da falência. Pagamento indispensável à administração. Embargos de declaração acolhidos. - O pagamento dos honorários advocatícios contratuais, em razão dos serviços já prestados em diversos processos trabalhistas envolvendo a massa falida, é considerado indispensável à administração da falência, devendo, portanto, ser pago antecipadamente, ex vi do art. 150 da Lei nº 11.101/05. Omissão reconhecida. - Embargos de declaração acolhidos (relator o Des. Corrêa Júnior).

Registro que a massa falida de Probank S/A, destinatária dos serviços advocatícios em questão, não se opôs ao pedido de levantamento formulado na inicial (f. 197/202-TJ), ao fundamento de que o apelado atuou efetivamente em centenas de reclamações trabalhistas, defendendo seus interesses.

Logo, atendidos os requisitos legais, mantenho a decisão de primeiro grau que determinou a expedição de alvará judicial, em favor do autor.

Ante tais considerações, nego provimento à apelação.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDILSON FERNANDES e SANDRA FONSECA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Preliminares - Competência da justiça laboral afastada - Ausência de vínculo com relação de emprego - Inépcia da inicial não caracterizada - Responsabilidade civil - Arts. 186 c/c 927 do CC - Aquiliana - Discurso proferido na ALMG - Colisão de direitos fundamentais - Manifestação do pensamento e direito à honra - Ofensas pessoais a dirigente de universidade - Danos morais configurados - Transmissão na TV Assembleia - Preponderância do direito à honra - Desqualificação dos cursos - Mácula à imagem da universidade - Danos morais caracterizados - Sentença mantida

- As ações de indenização decorrentes de relação de trabalho deverão ser processadas e julgadas na Justiça Laboral, nos termos do art. 114, VI, da CR.

- Tratando-se, contudo, de fatos ofensivos que não têm relação com vínculo empregatício estabelecido entre as partes, mas mero descontentamento do recorrente com aqueles que estavam, à época, no exercício dos cargos de direção de universidade, inviável reconhecer-se a competência da Justiça Laboral.

- A petição de ingresso da lide que atende de forma adequada aos requisitos previstos nos arts. 282 e 283 do CPC/73, e permite extrair dela a causa de pedir (próxima e remota), bem como estando os pedidos devidamente indicados, não pode ser considerada inepta, sendo certo que em ações de indenização por danos morais não se exige a indicação do valor pretendido, conforme entendimento do STJ.

- A responsabilidade civil encontra suas diretrizes nos arts. 186 e 927 do Código Civil, que dizem que todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, tem o encargo de reparar o dano.

- A liberdade de manifestação de pensamento constitui direito fundamental assegurado no art. 5º, inciso IV, da Constituição da República. Por outro lado, a Magna Carta protege também o direito à honra das pessoas, garantindo o direito de resposta e indenização no caso de ofensa aos direitos da personalidade, nos termos do art. 5º, incisos V e X.

- Nesse contexto de aparente colisão de princípios fundamentais, deve haver, no caso concreto, a adequada ponderação dos dispositivos constitucionais, de modo a aferir qual prevalecerá na controvérsia em exame.

- Configuram-se abalos morais indenizáveis as ofensas dirigidas pessoal e nominalmente por ex-professor a colega e dirigente de Universidade em uma Comissão Parlamentar na ALMG, sobremaneira, quando transmitida na emissora do próprio Poder Legislativo.

- Os danos morais são presumidos nos casos em que a ofensa é proferida em meios de comunicação, devido à ampla divulgação e aos evidentes prejuízos decorrentes desta.

- Conquanto possam sofrer danos morais, as pessoas jurídicas recebem tratamento diverso, visto que não gozam de honra subjetiva. Assim, o dano moral em relação a elas é mais restrito, de modo que só ocorre quando forem atingidas em sua honra objetiva, devendo a ofensa gerar um “desconforto extraordinário”, capaz de afetar o nome e a tradição da pessoa jurídica no mercado.
- O requerido deve indenizar a instituição de ensino, porquanto, ao proferir discurso desqualificando seus cursos e imputando a prática de atos ilícitos a seus dirigentes, prejudicou a imagem da universidade perante o mercado e a sociedade.
- Recurso não provido. Sentença mantida.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.08.197611-0/004 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Antônio Pereira dos Santos - Apelados: Fundação Mineira de Educação e Cultura - Fumec, Emerson Tardieu Aguiar Pereira Junior - Relatora: DES.^a MARIÂNGELA MEYER

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 AS PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, INÉPCIA DA INICIAL E ILEGITIMIDADE ATIVA DA PRIMEIRA REQUERENTE (FUMEC). NO MERITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2017. - *Mariângela Meyer* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a MARIÂNGELA MEYER - Trata-se de apelação cível interposta por Antônio Pereira dos Santos contra a sentença de f. 485/491, prolatada pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Capital, nos autos da Ação Indenizatória ajuizada por Fundação Mineira de Educação e Cultura - Fumec e outro, que julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar o requerido a pagar aos autores o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) para cada um deles, a título de danos morais, corrigidos pelos índices da CGJ, a contar da publicação da sentença e acrescidos de juros de mora desde a citação. Condenou, por fim, o requerido ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como honorários de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do NCPC.

Inconformado, o apelante afirma que os fatos objeto da lide dizem respeito a comportamento inserido numa relação de emprego, sendo, pois, de competência da Justiça do Trabalho julgar a presente demanda. Sustenta que as declarações feitas pelo requerido, ora recorrente, decorreram de sua dispensa em razão de conflito entre empregado e empregadora. Cita o art. 114, inciso I, da CR, ressaltando a competência da Justiça Laboral para causas oriundas de relação de trabalho. Entende que o agravo retido que discute tal questão deve ser provido.

De igual modo, pretende o exame da preliminar de inépcia da exordial ou ilegitimidade da primeira autora (Fumec) para ajuizar a demanda. Salienta que não existem elementos nos autos indicando que a referida fundação tenha sofrido qualquer dano, o que constitui defeito insanável da peça inicial. Pugna, igualmente, pelo acolhimento do agravo retido neste ponto.

Defende que não existe uma efetiva pretensão indicada na inicial, visto que, no caso de indenização por dano moral, deve haver uma relação entre os fatos narrados e o dano causado ao autor e também sua expressão econômica. Pondera que os requerentes fizeram pedido genérico.

No mérito, alega que não existe prova de que a ação do réu tenha denegrido a imagem da Fundação autora ou de seu então presidente. Assevera que as declarações do réu foram feitas perante a “Comissão de Educação, Ciência, Tecnologia e Informática” da ALMG. Reitera não ter havido dano decorrente da declaração do réu. Pontua que sequer consta o pedido objetivo do valor da indenização. Menciona pretensão idêntica que teria sido rejeitada por esta Julgadora.

Requer sejam acolhidos os agravos retidos ou, subsidiariamente, provido o apelo, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Contrarrrazões recursais apresentadas pela apelada (Fumec) - f. 507/521, refutando a tese de que a causa seria de competência da Justiça Laboral, visto que versa sobre ofensa à imagem da Universidade Fumec, não tendo qualquer relação com o contrato de trabalho do apelante. No mérito, aduz que a pessoa jurídica também merece proteção a sua honra. Alega que o apelante proferiu afirmações inverídicas e levianas acerca da instituição de ensino, transmitidas a milhares de pessoas pela TV Assembleia. Ressalta que as ofensas foram gravadas em mídia digital e transcritas nos autos por perito nomeado pelo juízo. Reafirma que foram imputadas fraudes no processo eleitoral da universidade, o que macula a imagem desta perante a comunidade em geral. Reproduz os trechos do discurso do apelante, que seriam ofensivos e caluniosos. Pugna seja negado provimento ao recurso.

O segundo requerido (Sr. Emerson) não apresentou contrarrrazões recursais, embora devidamente intimado. Relatado, examino e, ao final, decido.

Recurso próprio, tempestivo e preparado.

Conheço do apelo, presentes os demais pressupostos de admissibilidade.

Recebo a apelação nos termos do art. 1.012 do NCPC.

Preliminares

Registro que, embora o apelante faça referência a agravos retidos, não existe nos autos qualquer agravo retido discutindo as questões preliminares suscitadas em apelação, até porque elas foram analisadas na sentença de f. 485/491, e não em decisão interlocutória ao longo do processo.

Assim, passo ao exame das preliminares ventiladas pelo apelante.

I - Da alegada incompetência da Justiça Estadual.

O apelante, em preliminar, defende ser de competência da Justiça do Trabalho conhecer e julgar a presente lide, na medida em que versa sobre comportamento inserido numa relação de emprego. Saliencia que ele, apelante, era empregado da fundação universitária - Fumec (primeira autora/apelada).

Acerca da competência da Justiça Laboral, disciplina o art. 114, inciso VI, da Constituição da República o seguinte:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

Nota-se que as causas indenizatórias decorrentes de relação de trabalho deverão ser processadas e julgadas na Justiça Especializada.

No caso dos autos, embora o apelante/réu já tenha sido empregado da primeira autora (Fumec), certo é que os fatos objeto da lide (causa de pedir) não decorrem do seu vínculo empregatício, mas sim de ofensas proferidas perante a ALMG em razão de um descontentamento do recorrente com aqueles que estavam à época no exercício dos cargos de direção da universidade.

Reitero que as alegadas ofensas não foram proferidas em razão do cargo de professor antes exercido pelo recorrente, de forma a atrair a competência da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, em caso semelhante já se manifestou este Tribunal:

Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Indenização por danos morais. Agravado funcionário público federal. Justiça federal. Não ocorrência. Dano advindo de ofensa à honra pessoal individual. 1. Compete à Justiça Federal processar e julgar as demandas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho, nos termos do art. 109, I, da Constituição da República. 2. Considerando que a ação originária cuida de indenização por danos morais, cujo suposto dano é relativo à honra da pessoa individual que não se confunde com o cargo por ela exercido, não há que se falar em interesse da União a ensejar a competência da Justiça Federal. 3. Recurso conhecido e não provido (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0363.13.003749-4/001, Rel.^a Des.^a Mariza Porto, 11^a Câmara Cível, j. em 27/11/2014, p. em 4/12/2014).

Portanto, entendo ser o caso de afastar a alegada competência da Justiça Laboral e, por consequência, reconhecer a competência deste Juízo Comum Estadual.

Diante disso, rejeito a preliminar de incompetência da Justiça Estadual.

II - Inépcia da inicial.

O apelante ainda suscita a preliminar de inépcia da inicial, embora não esteja claro o fundamento para tanto, limitando-se a discorrer sobre a impossibilidade do reconhecimento de dano moral a uma pessoa jurídica, bem como mencionando questões afetas ao mérito da ação.

De qualquer forma, a petição de ingresso da lide atendeu de forma adequada aos requisitos previstos nos artigos 282 e 283 do CPC/73 vigentes à época, sendo possível extrair-se da exordial a causa de pedir (próxima e remota), bem como os pedidos estão devidamente indicados, sendo certo que, em ações de indenização por danos morais, não se exige a indicação do valor pretendido, tal como se posiciona o STJ:

Agravo interno no agravo interno no agravo em recurso especial. Ação indenizatória. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito com vítima fatal. Cerceamento de defesa não configurado. Inépcia da inicial. Inexistência. Legitimidade passiva da empresa tomadora do serviço de transporte de carga. Responsabilidade solidária. Precedentes. Dependência econômica dos filhos menores. Presunção. Culpa concorrente. Dano moral caracterizado. Revisão. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Agravo interno desprovido. 1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que compete às instâncias ordinárias exercer juízo acerca da necessidade ou não de dilação probatória, haja vista sua proximidade com as circunstâncias fáticas da causa, cujo reexame é vedado no âmbito do recurso especial, consoante o Enunciado nº 7 da Súmula deste Tribunal. 2. “Não há inépcia da inicial em ação que busca a condenação por danos morais e o autor deixa a fixação do montante ao prudente arbítrio do julgador. Precedentes” (REsp n. 645.729/

RJ, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 11/12/2012, *DJe* de 1º/2/2013).[...] 6. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AgInt no AREsp 921.345/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 21/3/2017, *DJe* de 28/3/2017).

Portanto, inequívoca a regularidade da petição inicial, sobretudo, porque a parte requerida sequer indicou de modo específico o defeito existente na referida peça.

Por fim, ressalto que é indiscutível a possibilidade de a pessoa jurídica requerer indenização por danos decorrentes de violação a sua honra objetiva, nos termos do entendimento consolidado na Súmula 227 do STJ.

Diante disso, rejeito a preliminar de inépcia da inicial arguida pelo apelante.

III - Ilegitimidade ativa da 1ª requerente (Fumec).

Ainda em preliminar, o apelante defende que não houve na petição inicial indicação de danos sofridos pela Fumec, o que ensejaria o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa desta.

Contudo, também neste ponto não assiste razão ao recorrente, porquanto é possível se extrair de forma translúcida os fatos que teriam atingido o nome da apelada (Fumec), sendo certo que o exame da procedência ou não do pedido é questão de mérito e, como tal, será analisada.

Para melhor elucidar a questão, transcreve-se excerto constante na peça inaugural que indica os fatos passíveis de causar danos morais à instituição de ensino:

Conforme se observa, as acusações são gravíssimas e com elas o requerido abalou violentamente a imagem dos requerentes, e os danos por estes sofridos são incalculáveis, pois muitos jovens não gostariam de estudar em uma universidade que, por exemplo, vende diplomas. As acusações de modo geral são gravíssimas.

[...]

No seu inconsequente discurso, apresentou denúncias de atos e fatos que considera irregulares, teceu várias críticas infundadas, em suma, despendeu todos os seus esforços para jogar na lama a reputação da Fumec e dos membros de seu Conselho de Curadores (*sic*) (f. 08).

Portanto, pelo que se infere do trecho acima exposto, é possível perceber-se que há, na inicial, discussão sobre os danos sofridos pela universidade requerente/apelada, o que a torna parte legítima para figurar na lide.

Diante disso, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa da primeira requerente (Fumec) arguida pelo recorrente.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia em se apurar se o discurso proferido pelo apelante/requerido perante a ALMG - Assembleia Legislativa, especificamente nas Reuniões da “Comissão de Educação, Ciência, Tecnologia e Informática”, causou danos à honra dos requerentes/apelados.

Sabe-se que a responsabilidade civil encontra suas diretrizes nos arts. 186 e 927 do Código Civil, determinando a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, o encargo de reparar o dano.

Sobre a responsabilidade aquiliana discorre Carlos Roberto Gonçalves:

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art. 186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

O Código Civil distinguiu as duas espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 a 188 e 927 a 954; e a contratual nos arts. 389 e s. e 395 e s., omitindo qualquer referência diferenciadora (*Direito civil brasileiro. Responsabilidade civil*. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4, p. 44/45).

E complementa, indicando os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil:

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana:

‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.’

A análise do artigo supratranscrito evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima (op. cit., p. 52).

Tem-se, portanto, que a responsabilidade civil, quando aquiliana, em regra, demanda a comprovação: de um ato, comissivo ou omissivo; da culpa ou dolo do agente; do dano e do nexo causal entre um e outro.

Do elemento culpa, em sentido amplo, pode decorrer o dolo, caracterizado pela plena consciência da lesão e a vontade de praticá-la, ou a culpa em sentido estrito, consubstanciada pela negligência, imperícia ou imprudência diante da imposição de um dever de cuidado.

Assim, para o deslinde do feito, impõe-se a verificação do discurso proferido pelo apelante, o qual foi transcrito pelo perito do juízo às f. 379/403 dos autos, examinando se tal pronunciamento excedeu o direito à livre manifestação da parte, configurando-se ato ilícito causador de danos aos requerentes.

Não se olvida que a liberdade de manifestação de pensamento constitui direito fundamental assegurado no art. 5º, inciso IV, da Constituição da República.

Por outro lado, a Magna Carta protege também o direito à honra das pessoas, assegurando-se o direito de resposta e indenização no caso de ofensa aos direitos da personalidade, nos termos do art. 5º, incisos V e X.

Nesse contexto de aparente colisão de princípios fundamentais, cabe ressaltar que nenhum direito é absoluto, devendo haver no caso concreto a adequada ponderação dos dispositivos constitucionais, de modo a aferir qual prevalecerá na controvérsia em exame.

Em valioso artigo acadêmico, o eminente Ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso examina a colisão entre tais direitos:

Na verdade, tanto em sua manifestação individual, como especialmente na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica uma posição de preferência - *preferred position* - em relação aos direitos fundamentais individualmente considerados.

[...]

Independentemente da tese que se acaba de registrar, é evidente que tanto a liberdade de informação, como a de expressão, e bem assim a liberdade de imprensa, não são direitos absolutos, encontrando limites na própria Constituição. É possível lembrar dos próprios direitos da personalidade já referidos, como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem (arts. 5º, X e 220, § 1º), a segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XIII), a proteção da infância e da adolescência (art. 21, XVI); no caso específico de rádio, televisão e outros meios eletrônicos de comunicação social, o art. 221 traz uma lista de princípios que devem orientar sua programação (BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 05 out. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>).

Assim, conclui o professor Barroso:

A colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não se resolve mediante o emprego dos critérios tradicionais de solução de conflitos de normas, como o hierárquico, o temporal e o da especialização. Em tais hipóteses, o intérprete constitucional precisará socorrer-se da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, por via da qual deverá fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma. Em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão (op. cit).

Friso que analisarei as supostas ofensas dirigidas à universidade (primeira apelada - Fumec) e ao seu dirigente (segundo apelado - Sr. Emerson) separadamente.

Em relação ao Presidente da Instituição de Ensino (Sr. Emerson Tardieu), conquanto o recorrente estivesse exercendo seu direito de manifestação do pensamento apresentando críticas à gestão da Universidade Fumec, verifico que, ao assim se manifestar, o requerido/apelante agiu de forma excessiva, atacando nominalmente o segundo apelado (Sr. Emerson Tardieu), dirigindo-lhe ofensas pessoais.

Confira os trechos considerados ofensivos à honra do segundo requerente/apelado (Sr. Emerson) extraídos do laudo pericial (f. 385 e ss):

Um grupo de ‘enragé’, pra quem não sabe o quê que é isso, de ‘enfurecidos’, tomaram a Fumec de assalto, demitiram seus fundadores, desrespeitaram regimento, estatuto, nunca na historia da Fumec um presidente do Conselho de Curadores demitiu professor [...].

Emerson Tardieu, notório corrupto! Filho de um corrupto maior, (pois dentro) da fundação Felício Rocho, um juiz desacreditado da justiça! É isso que reina na Fumec hoje! A baderna, a incompreensão, o despreparo e um conhecimento vulgar, banal, sendo transmitido pros alunos.

A Fumec tá pagando a professora Audineta, diretora, que ganhou pra voltar e o tirano não deixa!

[...] eu estou sendo processado pelo presidente da Fumec. Então, se os senhores advogados não sabem disso, eu estou sendo processado criminalmente, na cara do povo, porque falei uma frase que desagradou a este menino mimado, né? [...] Então não vale de forma nenhuma querer resguardar este menino mimado que tomou a Fumec de assalto; ele é um simples professor assistente que entrou sem concurso na faculdade, que foi presidente de D.A. e cometeu falcatruas quando foi presidente do D.A.

A universidade Fumec, hoje, é dirigida por bêbados, drogados, inconsequentes, que estão destruindo totalmente a Educação.

[...] eu não sou analfabeto funcional como os atuais dirigentes da Fumec, que não sabem sequer escrever um bilhete e sempre manda, manda os seus prepostos para fazerem discursos totalmente desarticulados da realidade.

Fica claro pela transcrição do discurso que o apelante se excedeu, ofendendo e desqualificando a pessoa do requerente (Sr. Emerson), conduta considerada ilícita, por ofender a honra do apelado, não podendo ser protegida pelo direito à livre manifestação do pensamento.

Quanto ao dano moral, neste caso, entendo ser ele presumido.

Com efeito, a jurisprudência pátria tem reconhecido, em determinadas hipóteses, a presunção de danos morais, a depender, principalmente, do valor atingido pela conduta ilícita praticada, como, nos casos relacionados ao direito à perda de ente querido ou a outros valores fundamentais, tal como a dignidade da pessoa humana e outros.

Sobre o tema, veja os ensinamentos de Flávio Tartuce:

Em complemento, quanto à pessoa natural, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que, nos casos de lesão a valores fundamentais protegidos pela Constituição Federal, o dano moral dispensa a prova dos citados sentimentos humanos desagradáveis, presumindo-se o prejuízo. Nesse contexto, ‘sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta’ (REsp 1.292.141/SP, Rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, j. em 4/12/2012, p. no seu Informativo nº 513) (TARTUCE, Flávio. (01/2015). *Manual de direito civil*. 5. ed. [VitalSource Bookshelf Online]. Retrieved from <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6211-1/>).

No caso dos autos, verifica-se que a ofensa foi proferida, como já dito, perante uma Comissão Parlamentar na Assembleia Legislativa de Minas Gerais e transmitida pela “TV ALMG”, o que tem o condão de dar

maior propagação à lesão ao direito da personalidade, justificando, assim, o pagamento de indenização por danos morais.

Há entendimento jurisprudencial no sentido de que os danos morais seriam presumidos nos casos em que a ofensa é proferida em meios de comunicação, devido à ampla divulgação e aos evidentes prejuízos decorrentes desta:

Apelação cível. Cerceamento de defesa não configurado. Duplicidade de recursos contra única sentença. Inocorrência. Indenização por danos morais. Acusações de cunho ofensivo, calunioso e difamatório em imprensa. Abuso de direito à liberdade de expressão. Ofensa à honra subjetiva e objetiva. Danos morais configurados. Indenização. Fixação em valor razoável. Obrigação de fazer. Retratação. Direito do ofendido. Multa diária para o descumprimento da obrigação. Valor capaz de dar efetividade à ordem. Limitação temporal. Necessidade. Multa do art. 475-J. Aplicação não imediata. Condenação em obrigação de abstenção a prática de crime. Não cabimento. Ônus da sucumbência. Distribuição conforme a perda sofrida por cada litigante. [...] Configura abuso do direito à liberdade de expressão e, portanto, verdadeiro ilícito, a divulgação de acusações, em entrevistas concedidas à imprensa televisiva, com repercussão em sítios de internet, de cunho ofensivo, calunioso e difamatório, envolvendo a atuação de membro do Ministério Público. Em tal situação, também resta configurado o dano moral por este suportado, dada a evidente ofensa à sua honra subjetiva e objetiva. A indenização por danos morais deve ser fixada segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, com observância das peculiaridades do caso e vistas ao alcance dos objetivos do instituto, quais sejam compensar a vítima, punir o agente pela conduta adotada e inibi-lo na reiteração do ilícito. Em caso de ofensa à honra e à imagem da vítima, perfeitamente cabível a condenação do agente na promoção da retratação, inclusive por meio de divulgação do excerto da decisão condenatória nos mesmos meios de comunicação utilizados para a divulgação da ofensa. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.11.060203-5/001, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, j. em 23/6/2015, p. em 25/6/2015).

Apelação. Ação de indenização por danos morais. Matéria jornalística. Jornal de circulação local em cidade pequena que descreve um assassinato afirmando que a autora vivia em concubinato com a vítima. Os direitos da personalidade, constitucionalmente previstos, encontram limitação na própria Constituição da República. Precedentes do Colendo STJ. Matéria jornalista que extrapolou os limites do direito à informação ao assunto extremamente delicado, sem qualquer indício de prova que evidencie a veracidade da informação veiculada. Ofensa à honra e à intimidade. Dano moral *in re ipsa*. Dano moral mantido. Recurso desprovido (TJSP; Apelação nº 0003221-22.2013.8.26.0491; Rel. J. B. Paula Lima, 10ª Câmara de Direito Privado, Foro de Rancharia - 1ª Vara, j. em 7/2/2017; data de registro: 9/2/2017).

Ação indenizatória. Notícia ofensiva em jornal de sindicato. Dano moral. [...] 2) Liberdade de expressão do pensamento. Previsão nos arts. 5º, inciso IV, e 220, *caput*, da CF. Constitui um dos instrumentos que dispõe o réu para zelar pelos interesses dos trabalhadores que representa enquanto entidade sindical (art. 8º, inciso III). Como qualquer direito, encontra limites. Abuso de direito configurado no caso concreto. Demandado inseriu o nome da demandante numa “lista negra” veiculada no periódico de sua responsabilidade, afirmando que a requerente vinha se valendo de picaretagens e artimanhas para descumprir a convenção coletiva de trabalho. Divergência entre o sindicato e a empresa no que tange ao enquadramento de uma parcela dos funcionários nesta ou naquela categoria profissional, o que repercutia nos direitos dos empregados. Requerente que vinha observando outra convenção coletiva, por entender que parte de seus funcionários pertencia à categoria representada por sindicato diverso. 3) Dano moral. Lesão a bens jurídicos despidos de valor econômico, mas envoltos pelos direitos da personalidade, cujo fundamento é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). Caráter *in re ipsa*. Súmula nº 227/STJ consagra a tese de que as pessoas jurídicas também podem sofrer esse tipo de dano. Honra objetiva da requerente conspurcada [...] (TJSP; Apelação nº 0176492-28.2006.8.26.0100; Rel. Ro-

berto Maia; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 26ª Vara Cível; j. em 27/11/2012; Data de Registro: 30/11/2012).

Portanto, entendo que a sentença não está a merecer reparos ao reconhecer o dever do recorrente/réu de indenizar o segundo autor/apelado (Sr. Emerson) pelas palavras ofensivas relativas a ele proferidas perante a ALMG.

Ressalto, por oportuno, que, no julgamento de processo semelhante (AP. 1.0024.08.169527-2/001) movido por outro membro da diretoria da FUMEC contra o ora apelante, manifestei-me no sentido de que não estaria configurado o dever de indenizar, naquele caso específico, porque, ao contrário do que ocorreu na presente demanda, naquele outro feito a autora não foi ofendida direta e pessoalmente pelo requerido.

Veja, para que não haja dúvidas, excerto extraído do recurso de Apelação nº 1.0024.08.169527-2/001:

Nesse prisma, ousou discordar do duto sentenciante, pois ainda que a discussão não passe pela conduta dos diretores do Conselho de Curadores da Fumec, por certo que os eventos realizados na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, onde o apelante teria proferido as ofensas à apelada, circunscrevem-se a aspectos do exercício do cargo de direção pela autora, e, nesse caso, entendo que não há nos autos prova de que seu teor tenha sido ofendido a honra da apelada, até porque foram dirigidos aos administradores da instituição como um todo, de forma genérica.

Assim, embora não haja dúvidas do caráter ofensivo das declarações do réu, tenho que foi veiculada de maneira genérica, sem qualquer atrelamento à pessoa da autora. Assim, diante da ausência de lesão ao nome ou à honra do demandante, deve ser afastada a indenização extrapatrimonial concedida na sentença.

Dessa forma, os fatos delineados na exordial não se apresentam como lesivos à intimidade, à vida privada ou à honra da autora, notadamente porque colocados em termos genéricos, apriorísticos, que não evidenciam comportamentos individualizados direcionados contra a autora, a trazer-lhe sentimento de vexame, vergonha e humilhação, gerando-lhe sofrimento, pelo natural sentimento de tristeza, angústia, e revolta.

Assim, resta evidente que, no caso ora em exame, as ofensas, como já posto, foram dirigidas direta e pessoalmente ao segundo requerente (Sr. Emerson), impondo-se a responsabilização do requerido/apelante, tal como reconhecido na sentença primeva, que deve ser mantida neste ponto.

Quanto às alegadas ofensas direcionadas à Universidade Fumec, cumpre salientar que, conquanto possam sofrer danos morais, as pessoas jurídicas recebem tratamento diverso, visto que não gozam de honra subjetiva.

Assim, o dano moral em relação a elas é mais restrito, de modo que só ocorre quando forem atingidas em sua honra objetiva, devendo a ofensa gerar um “desconforto extraordinário”, capaz de afetar o nome e a tradição da pessoa jurídica no mercado.

Nesse sentido tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça:

[...]

3. Os danos morais podem referir-se à aflição dos aspectos mais íntimos da personalidade ou à valoração social do indivíduo no meio em que vive e atua. A primeira lesão reporta-se à honra subjetiva, a segunda à honra objetiva. 4. A pessoa jurídica, por não ser uma pessoa natural, não possui honra subjetiva,

estando, portanto, imune às violências a esse aspecto de sua personalidade, não podendo ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio e autoestima. 5. Existe uma relação unívoca entre a honra vulnerada e a modalidade de ofensa: enquanto a honra subjetiva é atingida pela atribuição de qualificações, atributos, que ofendam a dignidade e o decoro, a honra objetiva é vulnerada pela atribuição da autoria de fatos certos que sejam ofensivos ao bom nome do ofendido, sua fama e sua reputação no meio social em que atua. Aplicação analógica das definições do Direito Penal. 6. Na hipótese em exame, não tendo sido evidenciada a atribuição de fatos ofensivos à reputação da pessoa jurídica, não se verifica nenhum vilipêndio a sua honra objetiva e, assim, nenhum dano moral passível de indenização. 7. Recurso especial conhecido e não provido (REsp 1.650.725/MG, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 18/5/2017, DJe de 26/5/2017).

Como já apontado acima, tem-se no caso concreto um conflito entre o direito à manifestação do pensamento e o direito à honra, neste caso, a fama, reputação e bom nome da apelada (Fumec) no mercado e na sociedade.

E, em exame cuidadoso das provas colhidas nos autos, pude concluir que o discurso do apelante também em relação à Universidade Fumec ultrapassou o livre exercício da manifestação do pensamento.

Com base nisso, transcrevo trechos dos pronunciamentos feitos pelo apelante naquilo que dizem respeito à Universidade Fumec:

Hoje se realiza, na Fumec, eleições para diretores, chapas montadas sem direito de oposição, produto de um regimento reformado internamente, sem a aprovação do Conselho de Educação, essa é a primeira questão ao professor Januzzi.

[...]

Há coisa de três anos esse Conselho foi renovado e professores que saíram das suas unidades e ocuparam estes lugares de conselheiros, instituíram na fundação um clima de terror, de violência, de desrespeito aos regimentos, aos estatutos, produziram um relatório de uma falsa auditoria.

A Universidade hoje, através dos seus representantes legais é ocupada por canalhas polidos, despreparados, incompetentes [...].

A baderna, a incompreensão, o despreparo e um conhecimento vulgar, banal, sendo transmitido pros alunos. Nós estamos formando péssimos profissionais! A Faculdade de Ciências Humanas de onde eu me origino tem um curso de direito, um curso de psicologia, um curso de pedagogia e um curso de comunicação. Um Direito débil! Ideológico! Comprometido com um Poder Judiciário podre que é este poder judiciário que existe no Brasil. Corruptos! [...].

[...]

Primeiro: Os membros do Conselho de Curadores da Fumec vêm praticando atos ao (arrepio) das normas legais e regimentais da Instituição. Dois: Ordens judiciais legítimas, ordem de reintegração ao trabalho obtida pela professora Audineta Alves de Carvalho são descumpridas pelo Conselho de Curadores, descumprimento este que, além de ato criminoso, Art. 330 do Código Penal, causa prejuízo diário ao patrimônio da Fumec, na ordem de hum mil reais em favor da prejudicada, por dia! [...] Três: Antigas empresas prestadoras de serviço comprovaram perante os técnicos do Ministério Público designados para constatação da realização da prestação de contas, a efetiva realização das mesmas, mas ainda assim a Fumec gasta muito dinheiro apenas para continuar alegando a ausência de prestação de contas, cujos documentos comprobatórios já se encontram de posse do Ministério Público. Quatro: o não pagamento dos valores devidos pelos serviços efetivamente prestados e comprovados acarreta um acréscimo men-

sal de juros moratórios e correção monetária ocasionando assim ônus desnecessários ao patrimônio da Fumec. Cinco: Os membros do Conselho de Curadores, contrariando norma vigente, percebem salário indireto para benefício da função na Fumec, tais como pagamento de contas de celulares e pagamento de funcionários para prestarem serviços de natureza particular: assistentes e seguranças. Seis: Os membros do Conselho de Curadores da Fumec, apesar de dedicarem boa parte da jornada de trabalho à Fundação, onde não poderiam ser remunerados, são contratados e pagos pelas unidades mantidas pela própria Fumec para trabalharem quarenta horas semanais nas respectivas faculdades e lá não trabalham e nem mesmo cumprem a jornada contratada [...].

É público e notório que ele foi diretor de penitenciária, e que hoje ele está transformando a Fumec numa penitenciária. A Fumec hoje está cheia de policiais civis, agentes penitenciários, e informantes de toda a espécie; [...].

A Universidade Fumec, hoje, é dirigida por bêbados, drogados, inconsequentes, que estão destruindo totalmente a Educação. Não se ensina nada lá dentro, é uma sedução terrível o que acontece nesta instituição. Os seus diplomas não são aceitos no Brasil em muitas universidades! Porque não são reconhecidos, porque não é vinculada ao Conselho Nacional de Educação, ela é vinculada ao Conselho Estadual de Educação que, como é de conhecimento de todos, e nós vimos na última audiência, é um antro de lobistas!

Pagando em dia o aluno recebe um título depois de alguns anos em que recebe uma formação insuficiente!

Com efeito, o discurso do apelante ataca sim a honra da apelada (Fumec), repercutindo na imagem da universidade perante a sociedade, desqualificando seus cursos e imputando a prática de atos ilícitos a seus dirigentes.

É inequívoco que tais acusações, principalmente, porque transmitidas em rede televisiva, são capazes de afetar a reputação da instituição de ensino, na medida em que a afirmação de que seus cursos têm baixa qualidade e que seus dirigentes não respeitam as leis e regulamentos internos da fundação, prejudicam seu nome como Instituição de Ensino perante o público em geral.

Ademais, como já dito, o dano moral nestes casos é presumido, em razão da propagação dos fatos alegados em meio de comunicação.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência pátria:

Responsabilidade civil. Ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer. Ofensa à imagem da instituição de ensino autora por divulgação pela ré de comentários ofensivos a sua reputação na página virtual do Facebook. Renitência dessa conduta, ante o descumprimento de acordo homologado em demanda judicial. Sentença de procedência. Cabimento. Conjunto probatório testificando que o lançamento dos novos comentários extrapolou o limite da livre manifestação de pensamento/opinião, pois ofensivos à reputação da requerente. Dano extrapatrimonial reconhecido pelo evidente prejuízo à imagem deste. Julgamento ultra petita por versar o pleito de dano material. Descabimento. Direito à imagem que vem dotada de cunho moral. Este fixado em R\$20.000,00, que bem ressarcir a lesão sofrida, atendidos os critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelo desprovido (TJSP, Apelação nº 1006852-18.2016.8.26.0566; Rel. Galdino Toledo Júnior; 9ª Câmara de Direito Privado; 1ª Vara Cível; j. em 6/6/2017; data de registro: 8/6/2017).

Apelação. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Pleito ajuizado por instituição de ensino infantil, sob o fundamento de que a ré denegriu sua imagem em rede social. Indeferimento da petição inicial. Apelo da demandante. Consistência. Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito que, contraditoriamente, apreciou o mérito. Sentença anulada. Recurso provido (v. 24156) (TJSP; Apelação nº 1008462-64.2016.8.26.0002; Rel.^a Des.^a Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II, Santo Amaro, 6ª Vara Cível; j. em 28/11/2016; data de registro: 28/11/2016).

Portanto, entendo que a sentença apelada não merece qualquer reparo, tendo em vista que as ofensas proferidas pelo apelante configuram sim danos morais aos autores.

Isso posto, rejeito as preliminares de incompetência da justiça estadual, inépcia da inicial e ilegitimidade ativa da 1ª requerente (Fumec) suscitadas pelo recorrente.

No mérito, nego provimento ao recurso, mantendo a bem lançada sentença.

Custas recursais pelo apelante. Majoro os honorários de sucumbência para 12% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES VICENTE DE OLIVEIRA SILVA e MANOEL DOS REIS MORAIS.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL, INÉPCIA DA INICIAL E ILEGITIMIDADE ATIVA DA PRIMEIRA REQUERENTE (FUMEC). NO MERITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Embargos à execução fiscal - Preliminar - Nulidade sentença - Rejeitada - Multas de trânsito - BHTRans - Poder de polícia - Sociedade de economia mista - Sanção - Vedação - Precedente do STJ - Nulidade da dívida ativa - Manutenção da sentença

- É de se rejeitar preliminar de nulidade de sentença quando o objeto nela debatido trata de questão de ordem pública, a saber, nulidade da CDA, não havendo que se falar em violação dos princípios do contraditório e ampla defesa.

- No caso das sociedades de economia mista, que são utilizadas pelos entes municipais para fiscalização do trânsito, o STJ entendeu que é vedado impor sanções aos condutores de veículos, restringindo seu poder de polícia ao aspecto fiscalizatório.

- A constituição de uma sociedade de economia mista, com fins empresariais, para regular o trânsito de Belo Horizonte e impor penalidades, mostra-se totalmente contrário ao interesse público, que é o fundamento da existência do próprio poder de polícia. O Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que a BHTrans não tem competência para impor sanções aos motoristas da capital mineira, sob pena de subversão de valores, transformando a fiscalização do trânsito em uma atividade meramente mercantil.

- Recurso ao qual se nega provimento.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.243082-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de Belo Horizonte - Apelado: Jose Silvério Pedrosa - Relator: DES. CARLOS LEVENHAGEN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2017. - *Carlos Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CARLOS LEVENHAGEN - Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Município de Belo Horizonte contra sentença de f. 59/61-TJ, proferida pela magistrada Vânia Fernandes Soalheiro, que julgou procedentes os Embargos à Execução opostos por José Silvério Pedrosa, para extinguir a Execução Fiscal de nº 0024.11.707876-6. Condenou o embargado no pagamento de honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Nas razões recursais de f. 63/73-TJ, sustenta o Município, em preliminar, que a sentença é nula de pleno direito, por ter violado o contraditório e a ampla defesa ao promover julgamento sobre questão não debatida nos autos. No mérito, em síntese, alega que a matéria é controvertida perante os Tribunais Superiores, pendente o julgamento do REXT 633782, razão pela qual precedente do c. STJ não poderia servir de fundamento ao julgamento do caso em tela, devendo os autos ser suspensos. Sustenta, ainda, a legalidade do

exercício do poder de polícia pela Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans, sendo competente pela aplicação de penalidades de trânsito. Cita jurisprudência em favor de sua tese e pugna pelo provimento do apelo para cassar a decisão recorrida ou reformá-la, com a improcedência da ação.

Contrarrazões às f. 76/78-TJ.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Da preliminar de nulidade da sentença.

Em suas alegações, sustenta o apelante a nulidade da sentença vergastada sob o argumento de que houve ofensa ao “Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa quando promoveu julgamento sobre questão não debatida nos autos”, qual seja a constitucionalidade da competência da Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte - BHTrans para aplicar penalidades em sua esfera de competência.

Em que pese não ter sido objeto da contenda inicial dos Embargos à Execução, referida discussão, acerca da ilegitimidade da BHTrans para o exercício do poder de polícia, é ponto pacificado na jurisprudência deste Tribunal, de modo que é imperiosa a constatação da nulidade da CDA da hipótese, sendo, por isso, questão de ordem pública, passível de discussão em qualquer momento processual.

Ademais, houve a devida discussão na primeira instância, conforme se verifica às f. 43-TJ, com posterior oportunidade de manifestação da Fazenda Pública, não havendo falar que a questão não fora debatida.

Não se trata, portanto, de decisão surpresa, incorrendo violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos termos constitucionais e, outrossim, do art. 10 do CPC.

Com estas considerações, rejeito a preliminar.

Do mérito.

Antes de prosseguir no exame do mérito, é de se pontuar não se desconhecer que foi reconhecida repercussão geral referente a essa matéria, nos autos do ARE 662186 RG/MG, estando ainda pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, a inexistência de determinação de sobrestamento dos processos em andamento e a existência de julgamento sobre o tema pelo colendo STJ apenas reforçam a possibilidade de sua análise, pelo que passo ao exame do mérito.

Consta dos autos que o Município de Belo Horizonte ajuizou Execução Fiscal em face de José Silvério Pedrosa, referente a débitos de multas por infração à lei de trânsito no montante de R\$2.061,37 (dois mil e sessenta e um reais e trinta e sete centavos), a ser devidamente corrigido.

De plano, cumpre reconhecer a possibilidade de delegação de serviços públicos a particulares, na forma do art. 175, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Quanto à delegação do serviço de fiscalização de trânsito, a Constituição Federal (arts. 23 e 30) e o Código de Trânsito Brasileiro (art. 24), dispõem:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

[...]

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Art. 24 do CTB. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito, no âmbito de suas atribuições;

[...]

VI - executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito;

VII - aplicar as penalidades de advertência por escrito e multa, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, notificando os infratores e arrecadando as multas que aplicar;

Arrematando a disciplina legal do tema, o Código Tributário Nacional estabelece:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

No julgamento do Recurso Especial nº 817534/MG, proveniente deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tratando de ação civil pública envolvendo a BHTrans, o colendo Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que “as atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção”.

No caso das sociedades de economia mista, que são utilizadas pelos entes municipais para fiscalização do trânsito, o STJ entendeu que é vedado impor sanções aos condutores de veículos, restringindo seu poder de polícia ao aspecto fiscalizatório.

O ilustre Ministro Mauro Campbell assim se manifestou, tratando especificadamente a respeito da BHTrans:

No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). Somente o atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação (REsp 817.534/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 10/11/2009, *DJe* de 10/12/2009).

Em Voto-Vista, o Ministro Herman Benjamin, acompanhando o Relator, pontuou a temeridade em se “afirmar que o trânsito de uma metrópole pode ser considerado atividade econômica ou empreendimento, fins para os quais deve ser constituída entidade com essa natureza jurídica. Característica marcante é a participação do Estado na direção, o que lhe confere o poder de atuar, de decidir, no âmbito de execução, sobre a atividade que a lei lhe delegou”.

Na esteira dos ensinamentos da Professora Maria Sylvia, “o fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p.144).

Ora, a constituição de uma sociedade de economia mista, com fins empresariais, para regular o trânsito de Belo Horizonte e impor penalidades, mostra-se totalmente contrária ao interesse público, que é o fundamento da existência do próprio poder de polícia.

Nessa esteira, o colendo STJ fixou o entendimento de que a BHTrans não teria competência para impor sanções aos motoristas da cidade de Belo Horizonte, sob pena de subversão de valores, transformando a fiscalização do trânsito em uma atividade meramente mercantil.

Nesse sentido:

Reexame necessário. Conhecimento de ofício. Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Multa de trânsito. Poder de polícia. BHTrans. Anulação. Extinção da execução fiscal. Possibilidade. 1 - Falece à BHTrans competência para exercer o poder de polícia autuador, diante da sua natureza jurídica. 2 - Diante de precedente do STJ, deve ser reconhecido o direito à anulação das CDA decorrentes de infrações lavradas por agentes da BHTrans. 3 - Havendo vício formal da constituição do crédito tributário, diante da ilegitimidade do órgão autuador, deve ser extinta a execução fiscal (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.15.000519-7/001, Rel. Des. Jair Varão, 3ª Câmara Cível, j. em 20/9/2017, p. em 26/9/2017).

Embargos à execução fiscal. Multa de trânsito. BHTrans. Sociedade de economia mista. Ausência de competência para aplicação de penalidade. Indelegabilidade do poder de polícia. Honorários. Redução. Descabimento. - A atividade sancionadora é exclusiva do Poder Público, não podendo ser atribuída a particulares, em razão da indelegabilidade do poder de polícia - Sendo a BHTrans constituída sob a forma de sociedade de economia mista, não tem competência para a aplicação de penalidades aos administrados em decorrência de suposta infração às regras de trânsito. - Precedentes do STJ (REsp 817534/MG). - Extinção da execução fiscal. - Sendo razoáveis os honorários arbitrados, descabe reduzi-los. - Recurso não provido (AC n.º 1.0024.10.201356-2/001, 4ª Câmara Cível/TJMG, Rel.ª Des.ª Heloisa Combat, *DJe* de 15/7/2015).

Apelação cível. Embargos a execução fiscal. Multa por infração de trânsito. Poder de polícia. BHTrans. Sociedade de economia mista. Aplicação de sanções administrativas. Impossibilidade. Sentença confirmada. A atividade sancionadora é exclusiva do Poder Público, não podendo ser atribuída a particulares, em razão da indelegabilidade do poder de polícia. Assim, sendo a BHTrans constituída sob a forma de sociedade de economia mista, não tem competência para a aplicação de penalidades aos administrados em decorrência de suposta infração às regras de trânsito (AC n.º 1.0024.12.292558-9/001, 2ª Câmara Cível/TJMG, Rel. Des. Afrânio Vilela, *DJe* de 26/6/2014).

No caso específico dos autos, conforme se extrai das CDA's que embasam a execução fiscal em apenso, verifica-se que todas as certidões trazem como "Origem da Dívida/Descrição do Fato Gerador": Auto de Infração BHTrans (f. 04, 06, 08, 10 e 12 dos autos em apenso).

Portanto, restou demonstrado a contento que a BHTrans foi a autoridade que aplicou as sanções à parte executada, ora recorrida, extrapolando o exercício do poder de polícia, não sendo possível a manutenção da execução fiscal, assim como decidiu a Julgadora de origem, devendo ser declarada a nulidade dos títulos executivos. Destarte, a BHTrans não tem poder para lavrar auto de infração em face dos motoristas, por ser uma sociedade de economia mista, com fins empresariais.

Ressalto que o fato de o v. acórdão do c. STJ ter sido publicado em 10/11/2009, isto é, após a aplicação das multas que ora se discutem, não tem o condão de afastar o vício existente na sua lavratura por sociedade de economia mista, que não tem o poder de polícia para aplicar sanções aos particulares, maculando a origem da dívida.

Assim já se manifestou a 5ª Câmara Cível:

[...] 1. Malgrado não se atribua efeito retroativo ao acórdão do STJ, que dispôs sobre a ilegitimidade da BHTrans para aplicar multas de trânsito, forçoso admitir que estas infrações, porquanto lavradas por sociedade de economia mista, encontram-se viciadas em sua origem, autorizando, destarte, o afastamento dos seus efeitos, quando questionados em ação autônoma. 2. Sentença confirmada, em reexame necessário (TJMG - Ap. Cível/Reexame Necessário n.º 1.0024.11.194696-8/001, Relatora: Des.ª Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, j. em 22/5/2014, p. 30/5/2014).

Sendo assim, conforme se evidencia do julgamento do Recurso Especial n.º 817.534/MG pelo Superior Tribunal de Justiça, impossível o exercício, por sociedade de economia mista, do poder de polícia em sua plenitude. Por consequência, limita sua legitimidade à atividade de fiscalização restando impedida, portanto, de impor sanções, porque derivado "do poder de coerção do Poder Público" e, por definição, indelegável.

Por fim, considera-se que a BHTrans é uma sociedade de economia mista e entre seus recursos, segundo o art. 5º, XII e XIII, da Lei nº 5.953/91, estão “o produto de arrecadação de penalidades pecuniárias aplicadas a participantes do sistema de transporte coletivo e tráfego”; e “receitas de documentos registrados na via pública e das penalidades aplicadas aos infratores da legislação municipal sobre o uso das vias públicas que lhes sejam destinadas especificamente”.

Nesse sentido, mostra-se, de fato, inconciliável a observância do princípio constitucional da moralidade administrativa com o exercício de atividade em que se autoriza a imposição de sanção pecuniária por sociedade de economia mista, cujo objetivo, ainda que submetido a criteriosa regulamentação, visa, de uma forma ou outra, privilegiar a arrecadação e, em última análise, auferir lucro.

Assim, de rigor a confirmação da sentença recorrida.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a d. sentença vergastada.

Diante da publicação da r. sentença de origem já na vigência do CPC/15, majoro os honorários advocatícios fixados anteriormente para o importe de 15% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15.

Custas recursais, pelo apelante, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ÁUREA BRASIL e MOACYR LOBATO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Ação de indenização por danos morais e materiais - 1ª apelação - Atraso injustificado na entrega de imóvel - Culpa exclusiva de terceiro não demonstrada - Entraves burocráticos na expedição de “habite-se” - Risco da atividade - Multa contratual - Termo final - Data da efetiva entrega das chaves - 2ª apelação - Parcial falta de interesse recursal - Danos morais - Configuração - *Quantum* indenizatório - Princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

- Os riscos inerentes ao exercício da atividade da construtora ré não podem ser opostos em face do consumidor para fins de justificar o atraso na entrega do empreendimento imobiliário.
- A multa contratual prevista incide desde o primeiro dia de atraso, após considerado o término do prazo de carência para a entrega da unidade habitacional, e tem cabimento até a data da efetiva entrega do imóvel.
- Não há interesse recursal da parte ao pretender a limitação dos honorários de sucumbência ao mínimo legal se tal comando já consta do dispositivo da r. sentença.
- O atraso injustificável na entrega do imóvel frustra expectativa dos adquirentes, o que por si só dá causa ao pagamento de dano moral.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.287575-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1ª apelante: Exclusiva Empreendimentos Imobiliários S/A - 2º apelante: Cleber Rodrigo Braga - Apelados: Cleber Rodrigo Braga, Exclusiva Empreendimentos Imobiliários S/A - Relator: DES. PEDRO ALEIXO

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 1º RECURSO, CONHECER PARCIALMENTE DO 2º RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2017. - *Pedro Aleixo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PEDRO ALEIXO - Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de f. 369/370, integrada pela decisão de f. 423, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, decorrente de atraso na entrega de imóvel, movida por Cleber Rodrigo Braga em face da Exclusiva Empreendimentos Imobiliários S/A, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido, condenando a ré a pagar ao autor a multa por atraso estipulada na cláusula 16, § 2º, do contrato, desde 21/9/2012 até 18/12/2013, monetariamente corrigida desde o ajuizamento da ação e acrescida de juros de 1% a.m, contados da citação.

Diante da sucumbência recíproca, arcará a ré com o pagamento de 50% das custas e com os honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação. Deverá o autor arcar com o restante das custas e com honorários advocatícios de 10% da diferença entre o valor da causa e o da condenação.

1ª apelação.

Inconformada, a construtora ré apresentou recurso de apelação nas f. 374/386, aduzindo, em síntese, que o atraso na entrega do empreendimento imobiliário não pode ser a ela imputado, uma vez que decorreu de culpa exclusiva do Município de Belo Horizonte, que demorou para renovar o alvará de construção.

Acrescenta que a obra foi efetivamente concluída em 9/4/2013 e a certidão de baixa da construção foi inicialmente expedida em 2/7/2013, mas em virtude dos erros ali constantes, atribuíveis exclusivamente ao Município de Belo Horizonte, conforme processo administrativo anexado, decorreu o atraso na entrega efetiva da unidade.

Aduz, ainda, que após a emissão definitiva da certidão, verificou-se que o apelado possuía um saldo devedor de R\$216.394,53, razão pela qual o imóvel não lhe foi imediatamente entregue.

Caso mantida a condenação, pede que seja limitada a aplicação da cláusula penal ao período compreendido entre o fim do prazo de carência (20/7/2012) e a data da apresentação do requerimento de expedição da Certidão de Baixa de Construção (9/4/2013) ou da expedição da citada certidão (2/7/2013).

Contrarrrazões pelo autor nas f. 424/454, pleiteando o desprovemento do recurso.

2ª apelação.

O autor também recorreu da sentença nas f. 389/418, sustentando que o atraso injustificado na entrega do empreendimento gerou danos morais indenizáveis, merecendo reforma a sentença quanto ao ponto. Pede, ainda, que sejam os honorários de sucumbência arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Contrarrrazões pela construtora ré nas f. 455/509, em infirmações óbvias.

Iniciado o julgamento dos recursos, o feito foi convertido em diligência para que o segundo apelante se manifestasse acerca do cabimento da apelação por ele interposta, nos termos artigos 10 e 933, ambos do novo Código de Processo Civil, f. 494; tendo se manifestado em f. 496/499.

É o relatório. Decido.

1ª apelação.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Cinge-se a controvérsia recursal em apurar a responsabilidade da construtora ré pelo atraso na entrega da unidade imobiliária adquirida pelo autor.

Inicialmente, ressalte-se que a relação jurídica havida entre os litigantes acomoda a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor. Logo, a responsabilidade do fornecedor é objetiva. Vale dizer, o forne-

cedor de produto e de serviços somente se eximirá da responsabilidade se provar a inexistência do defeito ou da falha na prestação do serviço ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Da análise dos autos extrai-se que as partes firmaram instrumento particular de promessa de compra e venda tendo como objeto o apartamento 2004 e respectiva fração ideal de terreno, situado no edifício Belleville, com duas vagas de garagem, situado da Rua Clementino Viana Dotti, nº 162, Bairro Buritis, Belo Horizonte/MG, da Torre Citá, do Condomínio Cinettá.

Conforme o contrato, cuja cópia foi acostada nas f. 15/19, o prazo para a entrega do respectivo imóvel estava previsto para 30/4/2012, admitida uma carência de 120 dias úteis, que permitiria a entrega da unidade até 20/9/2012.

Conforme certidão do imóvel (f. 103/105), a baixa da construção somente foi averbada em 15/10/2013, dando conta da concessão do “habite-se” em 2/7/2013.

O imóvel somente foi efetivamente entregue ao autor em 12 de dezembro de 2013, conforme “termo de recebimento do imóvel” de f. 155.

Os argumentos da construtora ré para ver afastada a sua responsabilidade são dois: a) a demora na expedição da certidão de “Habite-se” é inteiramente atribuída ao município de Belo Horizonte, que cometeu erros ao processar o pedido de expedição; b) a entrega do imóvel ao autor somente no mês de dezembro de 2013 se deu em virtude da mora deste último.

Com relação, ao primeiro argumento, necessário esclarecer alguns fatos.

Conforme alegado pela própria ré e corroborado pelo documento de f. 157, o pedido de concessão da referida Certidão de Baixa de Construção somente foi protocolado em 9 de abril de 2013, quando há muito já havia vencido o prazo para a entrega da unidade (20 de setembro de 2012).

Por sua vez, os comprovantes de pagamento acostados nas f. 66/90 revelam que, à época, o autor estava adimplente com suas obrigações contratuais, pagando regularmente as parcelas, conforme previsão contratual.

A partir daí, forçoso reconhecer o descumprimento contratual por parte da ré, que não apresentou qualquer justificativa plausível capaz de afastar a sua responsabilidade pela entrega do empreendimento no prazo acordado.

Não fosse isso, com relação aos possíveis erros cometidos pela Prefeitura de Belo Horizonte na expedição da certidão de baixa da construção - se ocorreram, o que não restou suficientemente comprovado -, se deram já no período da mora da construtora, e certamente não podem ser utilizados para afastar a sua responsabilidade, porque englobam o risco da atividade por ela desenvolvida.

Eventuais burocracias e a morosidade que a construtora pode enfrentar perante órgãos públicos, a falta de materiais ou de mão de obra para a conclusão do empreendimento devem por ela ser considerados no momento do ajuste do preço pago, do prazo de conclusão da obra e de fixação do prazo de tolerância.

A propósito, em casos similares vem decidindo este Tribunal:

Apelação cível. Direito civil. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Atraso na entrega de imóvel. Responsabilidade da construtora. Lucros cessantes. Danos morais. A construtora não se exime de

responsabilidade pela ocorrência de eventos inerentes ao risco da atividade da construtora que não decorrem de caso fortuito ou de força maior. “O descumprimento do prazo para entrega do imóvel objeto de compromisso de compra e venda viabiliza a condenação por lucros cessantes, havendo presunção de prejuízo do promitente comprador” (STJ, AgInt no AREsp 887.148/SP). O atraso injustificado na entrega de imóvel adquirido em construção enseja o dever de reparação por danos morais (TJMG - AC nº 1.0024.14.148930-2/001; AC nº 1.0024.11.342241-4/001 e AC nº 1.0145.13.042454-5/001). Na fixação do *quantum* devido a título de danos morais, o julgador deve atentar para o fato tido como gravoso, as circunstâncias e consequências, as condições socioeconômicas das partes etc. e, estando tudo justificado, chegar a uma quantia que proporcione ao lesado uma compensação pelo que sofreu, devendo ser mantido o valor quando fixado com adequação (TJMG - Apelação Cível nº 1.0245.14.004596-5/001, Rel. Des. Manoel dos Reis Morais, 10ª Câmara Cível, j. em 28/3/2017, p. em 7/4/2017).

Apelação cível. Contrato de promessa de compra e venda. Atraso excessivo e injustificado na entrega do imóvel. Ocorrência. Multa moratória. Aplicação em favor do consumidor. Restabelecimento do equilíbrio contratual. Danos morais. Direito personalíssimo. - Configura falha na prestação do serviço por parte da construtora o atraso injustificado e superior a dois anos na entrega do imóvel adquirido ainda na planta. - A falta de materiais de construção, mão de obra e os percalços administrativos enfrentados pela construtora não são suficientes para afastar a sua responsabilidade, porque inerentes ao risco da atividade, e certamente foram considerados no momento da fixação do preço e da data de entrega do empreendimento. - A responsabilidade da promitente vendedora pelo atraso injustificado na entrega do imóvel dá azo à aplicação da multa moratória em favor do consumidor, por equiparação, a fim de se garantir o efetivo equilíbrio contratual. - O longo e injustificado atraso na entrega do imóvel gera não um mero aborrecimento, mas abalo moral indenizável em favor da promissária compradora. - Embora o direito à indenização por dano moral seja personalíssimo, transmite-se aos herdeiros o direito de exigir a reparação dos danos morais, nos termos do art. 943 do CC. Porém, se à época do falecimento de um dos promissários compradores a construtora ainda não estava em mora, não há que se falar em lesão à honra subjetiva daquele. - Também descabe a pretensão dos herdeiros de pleitearem a indenização em nome próprio, porque não comprovado que o imóvel foi adquirido em benefício deles (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.162639-4/002, Rel.ª Des.ª Aparecida Grossi, 16ª Câmara Cível, j. em 22/6/2016, p. em 1/7/2016).

Lado outro, também sem razão a recorrente ao pretender limitar a aplicação da cláusula penal.

Para fins de aplicação da multa prevista na cláusula 16, § 2º, do contrato (f. 18v), tem-se como termo inicial o dia seguinte à data prevista para a entrega do imóvel, considerado o prazo de carência, que corresponde a 21/9/2012.

O termo final, por sua vez, não pode corresponder à data da expedição do habite-se, como pretende fazer crer a apelante. Como bem destacado na instância de origem, a sua incidência decorre do atraso na entrega da unidade, e não pode ser atribuível ao consumidor, que não estava obrigado a pagar a parcela final antes da disponibilização da unidade.

Demais disso, às f. 91/102, verifica-se que o pagamento do saldo remanescente foi efetuado em 19/11/2013, data da contratação do financiamento por parte do autor.

Correta a sentença, portanto, ao determinar a incidência da multa até a data da efetiva entrega do imóvel.

Nesse sentido:

Apelação cível. Sentença. Ausência de fundamentação. Nulidade afastada. Contrato de compra e venda de imóvel. Atraso na conclusão da obra. Multa contratual. Danos materiais. *Bis in idem*. Inocorrência. Mora. Termo final. Dano moral configurado. - Não se exige que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário possuam fundamentação prolixa, podendo ser sucintas, desde que constem da decisão as razões que levaram o julgador a proferir determinado ato processual. - O inadimplemento injustificado na entrega da obra enseja a obrigação de ressarcir o contratante em relação aos valores por ele assumidos a título de aluguel do imóvel no qual permaneceu morando. - Mostra-se extremamente desproporcional a previsão de punição em decorrência do descumprimento do contrato tão somente em benefício da promitente vendedora, razão pela qual, visando a dar tratamento igual às partes contratantes deve a penalidade ser invertida e fixada em favor do consumidor. - A incidência da multa contratual por descumprimento e a indenização por danos materiais são cumuláveis, eis que possuem naturezas distintas. - Na hipótese de atraso na entrega de imóvel o termo final da mora da construtora é a data da efetiva entrega das chaves. - Embora o descumprimento contratual não seja apto a configurar indenização por dano moral, o atraso sem justificativa na entrega do imóvel não se trata de mero dissabor, ensejando o ressarcimento do dano moral (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.14.064389-4/001, Rel. Des. Marco Aurelio Ferenzini, 14ª Câmara Cível, j. em 27/4/2017, p. em 5/5/2017).

Com tais considerações, nego provimento ao 1º recurso.

Custas e honorários recursais, que arbitro em 1% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do NCPC, pela recorrente.

2ª apelação.

Preliminar de parcial ausência de interesse recursal.

O recurso manejado pelo autor merece parcial conhecimento, na medida em que manifesta o recorrente interesse recursal somente no que toca à discussão dos danos morais.

Ao pretender a limitação dos honorários de sucumbência no percentual de 10% sobre o valor da condenação, deixou a parte de observar que este já foi o comando determinado na sentença.

Destarte, conheço parcialmente do recurso.

Mérito.

A controvérsia recursal limita-se em apurar se o atraso injustificado na entrega do imóvel causou ao autor danos morais indenizáveis.

Sobre o tema, cabe registrar que o atraso na conclusão e entrega da obra, por tempo superior ao razoável (atraso superior a 14 meses), frustrou as expectativas do autor em ter a casa própria, fato que por si só enseja o dano moral a ser indenizado.

Nesse sentido:

Ação cominatória. Contrato de promessa de compra e venda. Inadimplemento. Atraso na entrega da obra. Força maior. Ausência de prova. Dano material. Dano moral. Indenização devida. Restou estipulado no contrato a data de entrega do imóvel, e, não tendo a construtora cumprido o prazo ou comprovado a existência de motivo de força maior que a impediu de fazê-lo, assume, com sua inércia, o ônus de indenizar o promissário-comprador pelos danos materiais e morais decorrentes da inadimplência contratual. Mostra-se desnecessária a comprovação objetiva do dano moral, haja vista que esse se presume, devendo o valor da indenização ser estimado de acordo com a natureza e extensão do dano extrapatrimonial, pautando-se sempre pela razoabilidade e proporcionali-

dade, de forma a não ocasionar o enriquecimento sem causa do credor, mas que, principalmente, cumpra junto ao devedor o seu objetivo pedagógico, desmotivando futuras imprudências no mesmo sítio (TJMG, Ap. Cível nº 1.0024.04.326808-5/001 - Rel. Des. Luciano Pinto).

O demasiado atraso na entrega de um imóvel para o comprador, além de causar indiscutíveis prejuízos de ordem financeira, acarreta, de modo evidente, um dano moral, que decorre da grave frustração advinda do fato de se ter quitado um imóvel, confiando na idoneidade da empresa construtora, e de não poder para ele se mudar, em razão de injustificado atraso na conclusão da obra (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.10.279905-3/004, Rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira).

No que toca à fixação do *quantum* indenizatório, a título de danos morais, é sabido ser tarefa do Juiz se pautar nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Deve, ainda, ser levado em consideração, para fins de arbitramento da verba indenizatória, o nível socioeconômico da parte ofendida e do ofensor e as circunstâncias do caso, sem perder de vista o caráter pedagógico de tal condenação.

A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional, quando tratam da matéria do dano moral, não fixam critérios objetivos; portanto, o arbitramento do valor pecuniário é subjetivo, mas há de se levar em consideração as circunstâncias particulares de cada caso.

Sob estes parâmetros, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade - bem como dos critérios acima elencados -, tenho que o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais) mostra-se pedagógico e condizente com a capacidade econômica dos envolvidos, devidamente corrigidos com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e correção monetária pelos índices da CGJMG a partir do arbitramento.

Com tais considerações, dou provimento ao 2º recurso para condenar a construtora ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigida pelos índices da CGJMG desde a data deste julgamento, e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Custas e honorários recursais, que arbitro em 1% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, §§ 1º, 2º e 11 do NCPC, pela recorrida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RAMOM TÁCIO e MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO 1º RECURSO, CONHECERAM PARCIALMENTE DO 2º RECURSO E DERAM-LHE PROVIMENTO.

• • •

Apelação cível - Ação ordinária - Facebook - Criação de perfil falso -
Notificação extrajudicial - Demanda de exclusão - Não atendimento -
Danos morais configurados - *Quantum* indenizatório - Minoração

- Constatando-se que o provedor de internet, administrador da rede social Facebook, é o único responsável pela contenção de problemas originários de sua atividade, legítima a determinação de retirada de conteúdo falso em página mantida sob sua responsabilidade, bem como a imposição de indenizar pelos danos morais comprovadamente sofridos pela parte autora.

- O montante da indenização por danos morais deve ser fixado mediante estimativa prudente do Julgador, levando-se em consideração a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e nova conduta, o responsável pela ofensa.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.13.324467-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda. (Facebook Brasil) - Apelada: Maria Aparecida da Silva - Relator: DES. JOSÉ ARTHUR FILHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2017. - *José Arthur Filho* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de f. 191/197, publicada em 30/9/2016, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de obrigação de fazer e indenizar c/c pedido liminar ajuizada por Maria Aparecida da Silva, em desfavor de Facebook Serviços On-line do Brasil Ltda., para condenar o requerido ao pagamento da quantia de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais, acrescida de juros de mora e correção monetária, bem como a informar o IP e a URL pertinentes à utilização do serviço para divulgação do perfil falso da autora, nos termos do art. 487, I, do CPC/15, além de tornar definitiva a ordem de exclusão do perfil da parte autora invadido por terceiros.

O requerido foi também condenado ao pagamento de custas processuais e honorários de sucumbência, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC/15.

Pelas razões de f. 199/222, a requerida alega, em síntese, a impositiva necessidade de aplicação do art. 19, *caput*, e § 1º, do marco civil da internet, que exime os provedores de aplicação da responsabilidade subjetiva por conteúdos publicados por seus usuários, a qual somente se configura se descumprir ordem judicial a tanto, o que não se configura nos presentes autos.

Afirma que, à época do ajuizamento da presente demanda, não existia obrigação legal de armazenamento de dados dos perfis que se encontravam cadastrados em sua plataforma, sendo que, na hipótese dos autos, o perfil que se encontrava cadastrado sob o endereço cidaalves_69@hotmail.com foi removido em 30/9/2013, ou seja, três anos antes da prolação da sentença, não havendo mais dados a serem fornecidos, tornando-se obrigação inexigível.

Aduz que o que se pretende com a presente demanda é a obtenção de vantagem econômica indevida, por ato que nem sequer foi suficiente para causar qualquer tipo de dano, notadamente por inexistir prova a esse respeito.

Requeru, a final, o afastamento da obrigação de fornecimento de dados do perfil que se encontrava cadastrado em sua plataforma, bem como da condenação a título de danos morais, por ausência de elementos configuradores da responsabilidade civil, ou, caso mantida, a minoração do respectivo valor, além da inversão dos ônus de sucumbência.

Preparo às f. 235/236.

Contrarrrazões às f. 238/256, tempestivamente aviadas.

É o relatório.

Decido.

Conheço do recurso interposto, presentes os pressupostos processuais de sua admissibilidade.

Mérito recursal.

Consta dos autos que a autora, que trabalha como modelo fotográfica e promotora de eventos, teve seu perfil invadido na rede social criada pela empresa requerida, passando a utilizá-lo para publicar mensagens desabonadoras da sua imagem e integridade moral, vinculando seu nome a anúncios de garotas de programa.

Afirma a requerente que notificou extrajudicialmente o requerido, objetivando a exclusão do perfil falso, sem que tivesse obtido êxito, o que motivou o ajuizamento da presente demanda.

Ao julgar procedentes os pedidos, o Magistrado *a quo* asseverou que “assim, nesta demanda, vislumbro a ocorrência do dano, na medida em que a circunstância experimentada pela autora sai da esfera do mero aborrecimento cotidiano, causando-lhe danos morais, tendo em vista o lapso temporal até a retirada do perfil fraudulento da rede social administrada pela parte ré, que ocorreu somente após a ordem judicial” (f. 195-v.) e que “neste norte, considerando a falha na prestação do serviço, e, ainda, como grave o reflexo do dano, uma vez que a parte ré deveria ter excluído imediatamente o perfil falso que ofendeu a parte autora, a qual vive de sua imagem por ser modelo fotográfica, devem os danos morais ser estipulados no patamar de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), como compensação pelo mal sofrido, bem como desestímulo a novas práticas desta natureza pela parte ré” (f. 196-v./197).

Impõe fixar, inicialmente, que dúvida inexistente quanto à criação da questionada conta falsa, no site da empresa requerida, com a utilização do nome e dos dados pessoais da autora.

Pois bem.

O que se discute, nesta instância recursal, diz respeito à existência de responsabilidade, ou não, da empresa ré em exibir os dados armazenados em sua página em relação ao perfil falso da requerente criado por terceiros, bem como sobre a existência do dever de indenizar, em razão da inércia em excluir tais informações, não obstante a notificação extrajudicial formulada pela autora (f. 41).

Da minuciosa análise do caderno processual, tenho que a decisão atacada não merece qualquer retoque, quanto ao mérito da questão.

De fato, o tema “informação” possui relevante interesse no Estado Democrático de Direito, visto que a Constituição da República traz, em seu bojo, dispositivo que, expressamente, garante a liberdade de imprensa, *in verbis*:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Por sua vez, Pedro Lenza, em sua obra *Direito constitucional esquematizado*, 14. ed., 2010, p. 742, ao discorrer sobre a limitação dos direitos fundamentais, fixa que:

Os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade) havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-se com a sua mínima restrição.

No Pretório Excelso, acerca do tema, manifestou-se a então Min.^a Ellen Gracie, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 93250/MS, que:

[...] Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. 7. Ordem denegada (2ª Turma, HC nº 93250/MS, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, j. 10/6/2008, DJe 26/6/2008).

Nesse contexto, tratando-se de dois direitos constitucionalmente tutelados, a liberdade de expressão deve ser exercida sem ofender os direitos da personalidade, observando-se o que prevê o art. 186 do Diploma Civil vigente:

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.

Ora, versando a presente demanda sobre reparação de danos, os pressupostos da obrigação de indenizar são o ato ilícito ou o risco, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre tais elementos.

Comprovada, pois, a existência desses requisitos, surge assim a reclamada responsabilidade civil.

Na hipótese dos autos, como se disse, é incontroversa a criação e manutenção, por determinado prazo, de perfil falso no *Facebook*, utilizando-se o nome da autora e seus dados particulares, o que, por si só, já

caracteriza a ilegalidade do ato, bem como o dano e o dever de indenizar, situação esta que restou explicitada, ademais, pelo contido no *caput* do art. 19 da Lei nº 12.965 que, não obstante editada posteriormente, ou seja, no ano de 2014, corroborou a inteligência que se configura, em casos tais, do citado art. 186 do Código Civil.

O referido artigo da lei prevê que:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

In casu, observa-se que o requerido, após notificado pela autora, em 15/5/2013, acerca da falsidade da página criada com seu nome e dados, conforme documento de f. 41/43, não teve, até a propositura da ação, atendido o seu pedido de exclusão ou bloqueio da referida página falsa, quedando-se inerte e permitindo o uso temerário do aludido perfil, que somente foi excluído após o deferimento da tutela antecipada, conforme decisão de f. 62/64.

Dessarte, não obstante a combatividade do requerido, ora apelante, entendo, tal qual posto na sentença, que restou configurada sua conduta ilícita, ao manter a página falsa na rede social, de conteúdo manifestamente ofensivo, mesmo depois de notificada pela autora quanto à aludida falsidade.

E mais, tendo sido notificada da ilegalidade, detinha a obrigação de manter em seus arquivos os dados atinentes ao IP e URL atinentes à página, aos fins de informação à autora, nos exatos termos da sentença, o que deverá ser cumprido, não sendo suficiente a escusa de que apenas mantém tais dados por certo período de tempo, máxime quando há questionamento acerca da ilegalidade da criação de página, em seu domínio.

Quanto ao dano moral, é inquestionável o sofrimento da requerente com a situação relatada na inicial, ao ver seu nome exposto na internet, de maneira pública, indevida, agressiva e desproporcional, ultrapassando, a toda evidência, o direito à livre manifestação do pensamento.

Por conseguinte, a inércia do requerido fez com que a honra e a credibilidade da demandante continuassem a ser indevidamente utilizados por falsário, restando patente o nexos causal entre a conduta da demandada e a lesão a direito de personalidade da recorrida.

Acerca do dano moral decorrente de ofensa à honra, preleciona Rui Stoco, em *Tratado de responsabilidade civil doutrina e jurisprudência*, 8. ed. rev., São Paulo: 2011, p. 921, que:

Não há calúnia, difamação ou injúria sem que o comportamento ultrajante tenha poder de atingir a honra e a imagem da pessoa, como partes substanciais do direito de personalidade. Ofender a honra é o mesmo que ofender a moral ou o patrimônio subjetivo da pessoa. E, nesse caso, basta comportamento ultrajante para caracterizar a ofensa moral, independentemente de qualquer comprovação.

Dessa forma, a manutenção, pelo réu, da página falsa criada com o nome e dados da autora, disseminando dúvidas sobre sua integridade e ofendendo sua honra e imagem, enseja reparação por dano moral.

No que se refere ao *quantum* indenizatório, levando-se em conta a função preventiva e educativa, relativamente ao agente causador do dano, e de ressarcimento, do ponto de vista do lesado, devem ser observados os princípios de moderação e razoabilidade, a fim de que o instituto não seja desvirtuado de seus reais objetivos, nem transformado em fonte de enriquecimento ilícito.

A esse respeito, a quantificação do dano moral permanece a cargo da doutrina e da jurisprudência, predominando no Direito brasileiro o critério do arbitramento judicial (art. 944 do Código Civil), tendo-se em conta que a reparação, nesse caso, tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor, cuja fixação deve dar-se com prudente arbítrio.

As decisões de nossos tribunais têm assentado o entendimento de que:

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).

A indenização haverá de ser suficientemente expressiva para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido e penalizar o causador do dano, levando em conta ainda a intensidade da culpa e a capacidade econômica dos ofensores (COAD, Bol. 31/94, p. 490, nº 66.291).

Para a fixação do dano moral o julgador pode usar de certo arbítrio, devendo, porém, levar em conta as condições pessoais do ofendido e do ofensor (RJTJRS, 127/411).

Portanto, atento ao princípio da prudência e às peculiaridades do caso *sub judice*, já apontados, e ausente o critério objetivo de fixação da verba indenizatória por danos morais, entendo que merece acolhimento o pleito do apelante, no sentido de se minorar tal valor, sendo razoável a quantia de R\$20.000,00 (vinte mil reais), devidamente corrigida.

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso interposto, para fixar a condenação em danos morais na quantia de R\$20.000,00 (vinte mil reais), conforme os índices de correção já fixados em inferior instância, mantendo, quanto ao mais, a sentença proferida, por seus próprios fundamentos, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais.

Deixo de aplicar o comando do art. 85, § 11, do CPC/15, quanto aos honorários recursais, visto que os honorários de sucumbência já se encontram fixados em seu patamar máximo, em inferior instância.

Custas recursais, meio a meio, pelas partes, suspensa a exigibilidade, em relação à autora, por litigar sob o pálio da gratuidade da justiça (f. 64).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO BERNARDES e LUIZ ARTUR HILÁRIO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Indenização - Contratação de cruzeiro marítimo - Oferecimento de pacote diverso do contratado - Falha na prestação do serviço - Danos morais - Existência - Valor - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade - Ônus da sucumbência - Redistribuição - Necessidade

- Caracteriza falha na prestação de serviço e gera danos morais indenizáveis o oferecimento de pacote turístico diverso daquele efetivamente disponibilizado.

- O valor da indenização por danos morais deve ser ponderado, fixado em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

- Diante da improcedência do pedido de danos materiais, os ônus da sucumbência devem ser distribuídos proporcionalmente.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.348708-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ibero Cruzeiro Ltda. - Apelados: Juliana Bhering Rangel e outro, Lucas Bhering Vilela Rocha, Marcelo Alves Rocha, Matheus Bhering Vilela Rocha, Bruno Bhering Vilela Rocha, Marcela Bhering Vilela Rocha - Relatora: DES.^a APARECIDA GROSSI

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17^a 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, 14 de dezembro de 2017. - *Aparecida Grossi* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a APARECIDA GROSSI - Trata-se de ação de indenização por danos morais, ajuizada por Juliana Bhering Rangel, Marcelo Alves Rocha, Marcela Bhering Vilela Rocha, Matheus Bhering Vilela Rocha, Lucas Bhering Vilela Rocha e Bruno Bhering Vilela Rocha em face de Ibero Cruzeiro Ltda., alegando, em suma, que adquiriram um pacote turístico para realização de cruzeiro marítimo oferecido pela ré, o qual dava direito às acomodações em duas cabines; uma tripla e outra suíte, que, conforme anúncio, contava com Jacuzzi privativa, o que certamente proporcionaria maior conforto para a família.

Contudo, após embarque, foram acomodados em cabine diversa daquela contratada, uma vez que não havia nenhuma Jacuzzi privativa nas cabines disponíveis.

Pretenderam, assim, a reparação pelos danos morais experimentados, bem como a condenação da ré à devolução integral dos valores pagos pela viagem.

Citada, a ré apresentou defesa (f. 57/71), aduzindo que não foi consultada para solucionar o impasse de maneira amigável, mas acabou por assumir o erro na publicidade veiculada. Enfatizou que os autores foram acomodados na melhor cabine do navio e, ao final, requereram a improcedência dos pedidos iniciais.

No mais, adoto o relatório da r. sentença de f. 220/223-v., acrescentando que o d. Magistrado singular julgou procedente o pedido inicial e condenou a ré a pagar a cada um dos autores indenização por danos morais no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da sentença. Por fim condenou a ré ao pagamento integral das custas e dos honorários, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Inconformada, a ré apresentou recurso de apelação às f. 225/231, reiterando as alegações no sentido de que, com exceção da Jacuzzi, os autores aproveitaram a viagem da melhor forma, em cabine confortável, realizaram excursões, divertiram-se nos cassinos, shows e usufruíram das cinco refeições diárias.

Assevera que a situação vivenciada configura mero dissabor não indenizável, razão pela qual merece reforma a sentença para julgar improcedente o pedido inicial. Porém, caso mantida a condenação, pugna ao menos pela redução do *quantum* indenizatório, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Pleiteia, ainda, a redistribuição dos ônus da sucumbência, ante o indeferimento do pedido de danos materiais.

Contrarrazões pelos autores nas f. 234/238.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Preliminares.

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Mérito.

A controvérsia que assoma dos autos cinge-se a apurar a existência dos alegados danos morais em virtude da falha, confessada pela ré, que ofereceu serviços de viagens diversos daqueles disponibilizados e prestados aos autores.

Inicialmente, insta pontuar que não se discute a aplicabilidade do CDC ao caso, tampouco a responsabilidade civil objetiva da requerida para responder pelos eventuais danos causados aos consumidores, na forma do art. 14 do referido *Codex*.

Quanto ao dano moral, patente a sua ocorrência diante do defeito na prestação dos serviços pactuados, ante a veiculação de propaganda enganosa no ato da contratação, mediante a oferta de um serviço de acomodação bem superior àquele que seria, de fato, prestado aos autores.

Certamente, restou frustrada a viagem na forma como foi programada pela família dos autores, que se viu acomodada em instalações de categoria inferior e diversa da que foi contratada, ocasionando-lhes decepção, angústia, ansiedade e outros sentimentos negativos.

Acerca da falha na prestação de serviços relativa à veiculação de propaganda enganosa e a configuração dos danos morais, já se pronunciou este Tribunal:

Apelação cível. Indenização. Pacote de viagem. Hospedagem em hotel diverso do contratado. Falha na prestação do serviço. Danos morais configurados. Valor da indenização. Manutenção. Para a configuração da responsabili-

dade civil, imperiosa a presença de todos os requisitos, a saber, conduta ilícita, dano e nexa causal entre a conduta e o dano, prescindindo do elemento subjetivo, já que se trata de responsabilidade objetiva. Presentes os requisitos e ausente a prova de caso fortuito, persiste a responsabilidade de indenizar. A fixação da indenização por danos morais deve ser realizada com razoabilidade e proporcionalidade, atentando-se para que a medida não represente enriquecimento ilícito, bem como para que seja capaz de coibir a prática reiterada da conduta lesiva pelo seu causador (TJMG - Apelação Cível 1.0701.16.004645-7/001, Rel. Des. Alberto Henrique, 13ª Câmara Cível, j. em 22/6/2017, p. em 7/7/2017).

Apelação cível. Direito privado. Responsabilidade civil. Pacote turístico. Reserva de hotel inexistente. Acomodação da autora em *apart hotel* diverso do contratado. Ausência de acomodações para todos os ocupantes do quarto. Danos morais. - A operadora de viagens e a agência de turismo respondem pelas falhas no planejamento, organização e execução dos serviços a que se obrigaram perante o consumidor que adquire pacote turístico. - A frustração da autora de ver-se acomodada em instalações precárias e desprovida de conforto mínimo, em local diverso e de categoria inferior ao que foi originalmente contratado para viagem ao exterior, é passível de gerar-lhe danos morais. - Constatada a razoabilidade da indenização fixada em 1ª Instância, equivalente ao grau de culpabilidade do agente e à gravidade do dano, não há motivo para a sua diminuição. Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível 1.0145.13.068211-8/001, Rel. Des. Wagner Wilson, 16ª Câmara Cível, j. em 27/1/2016, p. em 5/2/2016).

Com relação ao *quantum* indenizatório, deve o magistrado sempre ter em mente que, por um lado, a indenização deve ser a mais completa possível e, por outro, não pode tornar-se fonte de lucro, e quando da sua fixação, pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A lei não indica os elementos que possam servir de parâmetro para 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.

Segundo Humberto Theodoro Júnior:

[...] nunca poderá, o juiz, arbitrar a indenização do dano moral, tomando por base tão somente o patrimônio do devedor. Sendo a dor moral, insuscetível de uma equivalência com qualquer padrão financeiro, há uma universal recomendação, nos ensinamentos dos doutos e nos arestos dos tribunais, no sentido de que ‘o montante da indenização será fixado equitativamente pelo Tribunal’ (Código Civil Português, art. 496, inc. III).

Por isso lembra R. Limongi França a advertência segundo a qual “muito importante é o juiz na matéria, pois a equilibrada fixação do *quantum* da indenização muito depende de sua ponderação e critério (*Reparação do dano moral*. RT 631/36)”. (FRANÇA, R. Limongi. *Dano moral*. São Paulo: Ed. Oliveira Mendes, 1998. p. 44).

Nesse contexto, salienta-se que a fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme já decidiu o c. STJ:

O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e às peculiaridades de cada caso (RESP 173 366/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo/ADV 89639).

Levando em consideração as diretrizes acima apontadas, a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) fixada para cada um dos autores mostra-se exacerbada e merece adequação.

Isso porque, apesar da frustração quanto às acomodações, é certo que os autores usufruíram da viagem e dos demais benefícios ofertados pela requerida, não tendo comprovado maiores desgastes que justifiquem o arbitramento da indenização no patamar que ultrapassa em cinco vezes o valor total da viagem.

Forte em tais razões, deve ser reduzido para R\$4.000,00 (quatro mil reais), em favor de cada autor, o valor da indenização.

Também com razão a recorrente ao pretender a redistribuição dos ônus da sucumbência.

Isso porque a parte autora, na exordial, formulou pedido de reparação civil relativo aos danos morais suportados e pretendeu, ainda, a devolução integral dos valores pagos pelo pacote de viagem.

Contudo, na sentença, o d. Magistrado singular afastou a pretensão afeta ao dano patrimonial.

Necessária, portanto, a distribuição proporcional dos ônus sucumbenciais, na forma do art. 86 do CPC/2015.

Com tais considerações, dou parcial provimento ao recurso para reduzir o *quantum* indenizatório para R\$4.000,00 (quatro mil reais), devidos a cada autor, e para redistribuir os ônus da sucumbência, na proporção de 50% para cada parte.

Em razão do disposto no art. 85, §§ 1º, 2º e 11 e art. 86 do CPC/2015, arbitro os honorários de sucumbência em favor dos patronos da ré em percentual equivalente a 11% sobre o valor da condenação, e os honorários devidos aos patronos dos autores devem corresponder a 15% sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES e AMAURI PINTO FERREIRA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIEMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Preliminar - Cerceamento de defesa - Inocorrência - Recurso do Ministério Público - Causa de aumento de pena da restrição da liberdade das vítimas - Agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal - Não configuração - Reconhecimento do concurso formal impróprio - Impossibilidade - Atenuante da confissão espontânea - Reconhecimento - Prisão domiciliar e progressão de regime - Matéria afeta ao juízo da execução

- Nos termos do art. 222 do CPP, a expedição de precatória não suspende a instrução criminal, inexistindo nulidade na realização do interrogatório da parte antes da colheita da prova testemunhal por precatória, mormente quando o réu e sua defesa são intimados da sua expedição.

- A majorante prevista no art. 157, § 2º, V, somente deve ser reconhecida quando a restrição da liberdade da vítima ocorrer por tempo juridicamente relevante, excedendo à restrição necessária para a prática do roubo.

- Mesmo que no roubo ocorram duas majorantes, o aumento maior que um terço somente se justifica quando ocorrerem circunstâncias especiais, tratando-se de critério qualitativo, e não quantitativo (Súmula 443 do STJ).

- Havendo dúvidas sobre quem de fato dirigiu a ação criminosa, não há como reconhecer a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*.

- Configura-se concurso formal impróprio somente quando claramente demonstrada a presença de desígnios autônomos, o que não ocorre quando os agentes rendem os funcionários da empresa vítima e subtraem bens indiscriminadamente.

- Ainda que o réu não compareça em juízo para ser interrogado, deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, se ele confessa a autoria do delito perante a autoridade policial, e sua confissão é utilizada para a motivação do édito condenatório.

- Incabíveis os pedidos de prisão domiciliar para tratamento de doença e de progressão de regime em sede de apelação, porquanto tais pleitos devem ser dirigidos, originariamente, ao juízo da execução criminal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0486.15.000233-6/001 - Comarca de Peçanha - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: L.A.V. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, L.A.V., A.A.S., J.P.S. - Vítima: A.R.A., G.F.N. - Corréu: L.P.C.S. - Relatora: DES.^a MARIA LUÍZA DE MARILAC

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO, ESTENDENDO OS EFEITOS DO ACÓRDÃO AOS CORRÉUS NÃO APELANTES.

Belo Horizonte, 3 de outubro de 2017. - *Maria Luíza de Marilac* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a MARIA LUÍZA DE MARILAC - O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra L.A.V., J.P.S., A.A.S. e L.P.C.S., imputando-lhes a prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, I, II e V, e art. 288, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal, sendo L. também denunciado pela prática do crime do art. 348 do Código Penal, narrando que

[...] Fato 01 - No dia 22 de janeiro de 2015, por volta das 18h10min, na Rodovia MGC-120, Km 244, São Pedro do Suaçuí/MG, os denunciados L., J. e A., em concurso e com unidade de desígnios, subtraíram coisas alheias móveis para si, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo às pessoas de A.R.A. e G.F.N., depois de havê-las reduzido à impossibilidade de resistência e mantendo-as em seu poder, restringindo a liberdade das mesmas, levaram uma quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais) em dinheiro e R\$45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) em cheques da Empresa Distribuidora de Embalagens Suassuí, além de dois aparelhos celulares de propriedade das vítimas. Fato 02 - Consta ainda que, em data anterior ao dia 22 de janeiro de 2015, os denunciados L., J. e A. associaram-se, munidos de arma de fogo, para o fim específico de cometerem crimes. Fato 03 - Consta também que no dia 22 de janeiro de 2015, por volta das 18h10min, na Rodovia MGC-120, Km 244, São Pedro do Suaçuí/MG, o denunciado L. auxiliou a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão. Extrai-se dos autos que os denunciados L., J. e A., previamente ajustados, associaram-se, munidos de arma de fogo, para o fim específico de cometerem crimes. Na data e local anteriormente identificado, o denunciado J., de posse de uma arma de fogo, juntamente com o denunciado A., abordaram o caminhão da Empresa Distribuidora de Embalagens Suassuí e anunciaram o assalto. Naquele momento colocaram as vítimas no baú e conduziram o veículo por alguns quilômetros. L., que estava em um veículo Fiat/Palio, esperando para a fuga, seguiu o caminhão até que este parasse. Ato contínuo, os denunciados J. e A. abandonaram o caminhão levando uma bolsa contendo os valores acima mencionados e dois aparelhos celulares, momento em que empreenderam fuga juntamente com L. A Polícia Militar foi acionada, e em rastreamento localizou os denunciados, sendo capturado somente L., visto que os demais fugiram. Os denunciados J. e A. foram resgatados pelo denunciado L., que deu cobertura aos mesmos para que eles pudessem fugir da atuação da polícia. Em continuidade às buscas, a Polícia Militar localizou os demais denunciados, ocasião em que foram presos em flagrante delito [...].

A denúncia foi recebida em 5/2/2015 (f. 174).

Após instrução, foi proferida sentença (f. 558-579), integrada pela decisão que acolheu os embargos de declaração opostos pela defesa (f. 611-v.), julgando parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, para absolver A.A.S., J.P.S. e L.A.V. do delito previsto no art. 288, parágrafo único, do Código Penal; condená-los pela prática do crime do art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, na forma do art. 70, primeira parte, ambos do Código Penal, A. e J. às penas de oito (08) anos, nove (09) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão, regime fechado, e trinta e oito (38) dias-multa, e L. às penas de sete (07) anos, quatro (04) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão, regime fechado, e quarenta e três (43) dias-multa; e condenar L.P.C.S. pela prática do crime do art. 348 do Código Penal, à pena de um (01) mês de detenção, regime aberto, e dez (10) dias-multa.

A sentença foi publicada em 15/7/2016 (f. 579-v.).

Inconformados, apelaram da sentença: o Ministério Público, requerendo seja reconhecida a agravante do art. 62, I, do Código Penal em desfavor de A. e a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal em relação a todos os apelados; a modificação da fração de aumento de pena pela incidência das causas de aumento de pena; e o reconhecimento do concurso formal impróprio entre os delitos de roubo (f. 586-591); e L.A.V., representado por defensor constituído (f. 717), arguindo, preliminarmente, a nulidade do processo, por cerceamento de defesa, em razão da inversão da oitiva das testemunhas e, ainda, pela não apresentação dos réus presos na audiência de instrução; no mérito, pede o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a concessão do benefício da prisão domiciliar e a progressão de regime.

Contrarrrazões das defesas pelo não provimento do recurso ministerial (f. 752-761; 789-794). O Ministério Público, embora devidamente intimado, deixou de apresentar contrarrrazões, conforme manifestação de f. 796-798.

O processo transcorreu nos termos do relatório da sentença, que ora adoto, tendo sido os réus pessoalmente intimados (f. 600-v.; 601-v.; 750-751; 780-v.).

Nesta instância revisora, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e, no mérito, parcial provimento dos recursos: ao do Ministério Público, para que seja reconhecida a agravante do art. 62, I, do Código Penal em desfavor de A., bem como seja reconhecida a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, aplicando-se o aumento em razão da incidência das três majorantes reconhecidas em patamar superior ao mínimo legal; e ao recurso de L., para que seja reconhecida em seu favor a atenuante da confissão espontânea (f. 808-817).

Vistos e relatados, passo ao voto.

Conheço dos recursos, pois previstos em lei, cabíveis, adequados e presente o interesse recursal, bem como foram obedecidas as formalidades devidas às suas admissibilidades e aos seus processamentos.

Da preliminar - Cerceamento de defesa.

Argui a defesa a preliminar de nulidade do processo, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que houve inversão da ordem de oitiva de testemunhas e, ainda, de que os réus não foram levados para a audiência de instrução e julgamento.

A preliminar não prospera.

Conforme despacho de f. 243, em 17/4/2015, a il. magistrada designou audiência de instrução e julgamento para 18/5/2015, determinando a intimação das partes e testemunhas.

Na data designada, foi ouvida a testemunha L.F.S. (f. 265), e, considerando que as vítimas A.R.A. e G.F.N. residiam, respectivamente, em Contagem/MG e Ribeirão das Neves/MG, foi determinada a expedição de carta precatória para suas oitivas, sendo determinada, ainda, expedição de carta precatória para a comarca de São João Evangelista para oitiva das testemunhas D.L.B.J., T.P.B. e M.S.F. (f. 264), sendo as partes devidamente intimadas em audiência.

Em 26/5/2015, antes da juntada aos autos das cartas precatórias, foram os réus J., L. e A. interrogados (f. 295), entretanto, L. não foi interrogado, pois, a despeito de intimado no Juízo deprecado (f. 331 e v.), não compareceu, tudo levando a crer que, em razão de mandado de prisão em aberto, na comarca deprecante. Os combativos defensores, a seu turno, embora presentes à audiência, não se insurgiram contra a realização dos interrogatórios antes das juntadas das cartas precatórias.

Dispõe o art. 400 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

Como se vê, a ordem estabelecida para colheita da prova oral (declarações do ofendido, inquirição de testemunhas arroladas pela acusação e, em seguida, pela defesa) pode ser mitigada na hipótese em que elas tenham que ser ouvidas por carta precatória (art. 222 do CPP), que é exatamente a hipótese dos autos.

Aliás, o art. 222 do Código de Processo Penal prevê expressamente que:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

Sobre o tema já se decidiu:

[...] Não há falar em mácula na realização do interrogatório dos acusados antes da oitiva de testemunhas de acusação, inquiridas por meio de carta precatória, pois este Superior Tribunal, em consonância com o disposto no art. 222, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal, possui o entendimento de que a expedição de carta precatória não tem o condão de suspender o trâmite da ação penal. Precedentes. [...] (STJ - RHC 44.385/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, sexta turma, j. em 26/8/2014, DJe de 9/9/2014).

[...] A inversão do procedimento previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal, com a realização do interrogatório antes da oitiva da vítima e testemunhas, se deu em razão da necessidade de expedição de cartas precatórias, em conformidade com o disposto no artigo 222, §1º do Código de Processo Penal (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.13.069709-7/000, Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 7ª Câmara Criminal, j. em 17/10/2013, p. em 24/10/2013).

Frise-se que os defensores dos corréus não protestaram contra a realização dos interrogatórios antes da juntada das precatórias para oitiva das testemunhas (f. 264). Além disso, nas audiências realizadas por precatória (f. 403, 428, 442, 447 e 464), tanto as vítimas quanto as testemunhas prestaram declarações no mesmo sentido dos que já haviam prestado em sede inquisitiva, não tendo trazido aos autos qualquer informação nova.

No tocante à alegação de que L. estava “sob a custódia do Estado” (f. 720) e, nessa condição, deveria ser escoltado até as audiências nos juízos deprecados, causa até estranheza, pois, diversamente do alegado, L. não se encontrava preso à época das referidas audiências, tendo permanecido foragido durante toda a instrução processual, somente sendo preso em 29/8/2016 (f. 612). Registro que, embora L. e seus defensores constituídos não tenham comparecido às audiências nos juízos deprecados, foram nomeados defensores para representá-lo nos referidos atos, não havendo indício de que a ausência do acusado tenha lhe causado qualquer prejuízo. Ao contrário, teceu o il. defensor alegações gerais sobre a ocorrência da nulidade, sem apontar, de forma objetiva, quais teriam sido os prejuízos causados a L., e em que medida o seu comparecimento à audiência poderia contribuir para sua defesa, não comprovando a ocorrência dos danos reais que teriam sido por ele suportados.

Como cediço, no sistema processual penal, vige o brocardo *pas de nullité sans grief* positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal (Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa). E, *in casu*, não cuidou o douto defensor de comprovar qualquer prejuízo sofrido. É de se notar que a defesa técnica sequer se insurge quanto à autoria imputada ao apelante, em suas razões recursais, o que reforça a nossa convicção sobre a ausência de prejuízo à defesa.

Assim, rejeito a preliminar arguida e, não havendo outras preliminares a serem analisadas, ou qualquer nulidade que deva ser declarada, de ofício, passo ao exame do mérito.

A materialidade dos fatos delituosos e sua autoria estão devidamente comprovadas nos autos, aquela pelo auto de apreensão (f. 48-49), laudo de eficiência e prestabilidade da arma de fogo apreendida (f. 118-119), e esta pela prova oral colhida, notadamente pela confissão extrajudicial do apelante (f. 81), inclusive não são objeto dos recursos.

A majorante do emprego de arma também restou configurada, porquanto as vítimas relataram o seu emprego e, além disso, a arma de fogo utilizada no assalto foi devidamente apreendida, e, submetida à perícia (f. 118), os senhores peritos atestaram o seu poder vulnerante.

Do mesmo modo, a majorante do concurso de pessoas, que é de caráter objetivo, decorrendo da participação de duas ou mais pessoas na prática delitiva, também restou plenamente comprovada, sendo demonstrada pela bem coordenada ação do apelante e dos corréus, todos imbuídos no mesmo intento de perpetrar o roubo contra as vítimas.

Por outro lado, insurge-se o Ministério Público contra o capítulo da sentença que não reconheceu a incidência da causa de aumento de pena da restrição da liberdade das vítimas. Para tanto, sustenta que “a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, V, do CPB demanda, tão somente, para sua incidência, a restrição da liberdade da vítima”, não sendo feita “qualquer menção ao lapso temporal necessário de tal restrição, bastante, para fins de subsunção ao tipo circunstanciado, a efetiva privação da liberdade, necessária à prática do delito de roubo” (f. 590).

Razão não lhe assiste.

De fato, houve restrição à liberdade das vítimas, mas estas foram mantidas presas apenas pelo tempo necessário para que os agentes pilhassem o dinheiro, os cheques e dois celulares e empreendessem fuga.

A esse respeito, A.R.A., na fase extrajudicial (f. 77-78), narrou que “os indivíduos abriram a porta do baú do caminhão e colocaram lá dentro o declarante e E.”, mas não conseguiram dirigir o caminhão, motivo pelo qual chamaram

[...] o declarante para ensinar pra eles como ligar o caminhão; que o declarante ligou o caminhão para os indivíduos, mas quem assumiu a direção foi um deles; que nesse momento percebeu a presença de um terceiro porque olhou o retrovisor do caminhão e viu um carro pálio de cor vermelha e o indivíduo que estava dirigindo o caminhão reduziu a velocidade do caminhão e o deixou passar; que depois de um minuto os indivíduos pararam o veículo e fugiram.

Disse, por fim, que os agentes fugiram no pálio de cor vermelha, na posse de um malote contendo aproximadamente R\$15.000,00 em dinheiro e R\$45.000,00 em cheques. Sob o crivo do contraditório (f. 464), A. novamente relatou que “E. ficou no baú no momento em que o declarante foi na cabine ligar o caminhão; que o declarante ficou dentro da cabine abaixado por ordem dos assaltantes; [...] que ficou com os assaltantes por menos de 30 minutos”.

O ofendido G.F.N., na fase extrajudicial (f. 79), asseverou que, após o anúncio de assalto, “os indivíduos colocaram o declarante e A. dentro do baú do caminhão”, porém não trancaram a porta do baú, sendo que, como não conseguiram ligar o caminhão, “chamaram o motorista A. para ir ligar o veículo; que continuou dentro do baú; que depois de um momento os indivíduos pararam o caminhão”, tendo empreendido fuga em seguida, deixando as chaves do caminhão sob ele. Em juízo (403), G. afirmou que “o caminhão ficou rodando com a vítima dentro do baú do caminhão por aproximadamente 30 minutos”.

Assim, *in casu*, a restrição ocorrida é própria do delito de roubo, ou seja, aquela apenas necessária para o sucesso da empreitada delituosa, não ensejando a configuração da majorante.

Sobre o tema:

[...] O reconhecimento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal somente é possível nos casos em que a restrição à liberdade da vítima extrapolou aquela ínsita à natureza do delito de roubo praticado mediante grave ameaça (TJMG - Apelação Criminal 1.0621.14.000475-8/001, Relator: Des. Nelson Missias de Moraes, 2ª Câmara Criminal, j. em 17/9/2015, p. em 28/9/2015).

[...] A causa majorante de pena inculpada no inciso V do art. 157 do CP exige, para sua configuração, que o agente mantenha a vítima em seu poder em circunstâncias que extrapolem a grave ameaça elementar do tipo fundamental. Se o ofendido esteve em poder do assaltante apenas durante o espaço de tempo necessário à pilhagem da *res*, não se reconhece a aludida exasperante (TJMG - Apelação Criminal 1.0259.12.000188-0/001, Relator: Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 24/3/2015, p. em 31/3/2015).

O pleito de modificação da fração de aumento de pena pela incidência das majorantes do roubo (emprego de arma e concurso de agentes) também não pode ser acolhido. É que, como é cediço, mesmo que no roubo ocorram duas majorantes, o aumento maior que um terço somente se justifica quando ocorrerem circunstâncias especiais, tratando-se de critério qualitativo e não quantitativo (Súmula 443 do STJ).

Na espécie, a prova indica o envolvimento de três agentes no roubo - apenas um agente acima do número mínimo para reconhecimento da majorante do concurso de pessoas - e de apenas uma arma de fogo, sem haver prova de seu poder vulnerante excepcional que justifique o aumento em patamar superior ao aplicado na sentença, qual seja, de um terço (1/3). Ademais, importa ressaltar que, no presente caso, tendo sido reconhecidas duas causas de aumento, uma delas foi considerada pela MM. Juíza para majoração da reprimenda na terceira fase, e a outra como circunstância judicial desfavorável, na primeira fase de dosimetria da pena.

Outrossim, não pode ser acolhido o pleito do Ministério Público de reconhecimento do concurso formal impróprio.

A meu aviso, configura-se concurso formal de delitos (1ª Parte do art. 70 do CP) a conduta de quem subtrai vários objetos pertencentes a pessoas diversas, de forma simultânea, eis que inexistente na espécie uma pluralidade de ações autônomas, mas sim de atos componentes de uma única ação.

No caso sob exame, apesar das ponderações do Ministério Público, tenho que não restou suficientemente comprovada a alegada diversidade de desígnios, quando da prática dos crimes. As subtrações foram empreendidas num único contexto de ações, não obstante a diversidade de atividades físicas dos réus.

Sobre o chamado concurso formal impróprio, Guilherme de Souza Nucci ensina:

[...] na segunda parte do art. 70 está previsto o concurso formal imperfeito: as penas devem ser aplicadas cumulativamente se a conduta única é dolosa e os delitos concorrentes resultam de desígnios autônomos. A intenção do legislador, nessa hipótese, é retirar o benefício daquele que, tendo por fim deliberado e direto atingir dois ou mais bens jurídicos, cometer os crimes com uma só ação ou omissão (Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial. 7. ed. RT, 2011, p. 512).

Nesse sentido:

Se os roubos ocorreram em um único contexto de ações, vulnerando o patrimônio de mais de uma pessoa, sem desígnios autônomos entre eles, configurado está o concurso formal, com base na primeira parte do art. 70 do CP, e não continuidade delitiva (TJMG - Apelação Criminal 1.0210.11.006362-0/001, Rel. Des. Silas Vieira, j. em 2/10/2012, p. em 5/10/2012).

Apenas se verifica a prática de crimes em concurso formal impróprio quando claramente demonstrada a presença de desígnios autônomos, o que não ocorre quando os agentes invadem uma residência e subtraem os pertences de todos os presentes, indiscriminadamente. Dado parcial provimento ao recurso defensivo e negado provimento ao recurso ministerial (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.09.515495-1/001, Rel. Des.^a Jane Silva, j. em 20/7/2010, p. em 2/09/2010).

Assim, a conduta dos apelados subsume aos crimes do art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, na forma do art. 70, primeira parte, todos do Código Penal.

Cumprido consignar que, em relação ao sentenciado L., foi reconhecida na sentença a continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal, embora, repita-se, a hipótese dos autos seja de concurso formal próprio. Entretanto, tal equívoco não acarretou prejuízo à defesa, vez que a fração de aumento aplicada foi a mesma adotada em relação aos corréus para os quais se reconheceu o concurso formal próprio.

Melhor sorte não assiste ao Ministério Público, quanto ao pleito de recrudesimento das penas do sentenciado A., mediante a aplicação da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal:

Art. 62 - A pena será ainda agravada em relação ao agente que:

I - promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes;

A referida agravante tem como objetivo punir de forma mais severa o mentor intelectual do fato, ou seja, aquele que atua como o “cabeça” da ação, promovendo e organizando a cooperação no crime ou dirigindo as atividades dos demais.

No presente caso, analisando cuidadosamente as provas colhidas, não se chega à inequívoca conclusão de que foi A. o mentor ou dirigente da atividade delituosa.

É de se notar que, na fase extrajudicial (f. 19), A. alegou que somente tomou conhecimento do “corré” pouco antes da execução do roubo, e que “não explicaram do que se tratava e nem onde seria”. Verifico, ainda, que, embora ele tenha admitido haver recebido, de um funcionário da empresa vítima, a informação privilegiada sobre o transporte de vultosa quantia em dinheiro, ele deixou claro que o corréu J. também fez contato com o referido funcionário e obteve a mesma informação.

O sentenciado L., na única oportunidade em que foi interrogado (f. 81-83), também não afirmou que A. tenha exercido a função de liderança ou de planejamento do assalto, relatando apenas que foi procurado por J. e por A. no dia anterior para conversarem sobre o assalto. Acrescentou que foi apenas convidado por A. para integrar o grupo, ressaltando, no entanto, que o planejamento ocorreu entre todos os agentes.

Por sua vez, J.P.S. também não apontou A. como mentor intelectual do assalto ou líder do grupo, afirmando que, cerca de duas semanas antes dos fatos, conversou com um ex-funcionário da empresa vítima (“L.”), o qual lhe repassou a informação de que “um caminhão sairia de Contagem para Itamarandiba, e estaria com alto volume em dinheiro e cheques”. Asseverou que, em momento posterior, conversou com os corréus L. e A., sendo que planejaram juntos o assalto ao caminhão. J. revelou, ainda, que foi o responsável por dispensar toda a quantia em dinheiro subtraída, bem como por solicitar ajuda para a pessoa de L. para socorrer o grupo após a perseguição da polícia, em nenhum momento alegando que tomou tais atitudes sob o comando de A. (f. 16-17).

O policial militar M.S.F. confirmou, em juízo (f. 442), o depoimento prestado na fase extrajudicial (f. 75), ocasião em que também não revelou qualquer dado pertinente capaz de identificar quem seria o líder do grupo, tendo apenas relatado que, em conversa com L., soube que

[...] dois indivíduos propuseram ao conduzido para que ele viesse com o carro dele para ajudar no assalto e que daria ele R\$3.000,00; que assim que os autores passaram pela polícia rodoviária e perceberam que a viatura policial estava atrás deles, dispensaram a arma pela janela.

Os demais policiais militares ouvidos também não prestaram qualquer esclarecimento a respeito de eventual função de liderança exercida por A., vez que nenhuma pergunta nesse sentido foi formulada pelo Ministério Público, em audiência (f. 428 e 447).

Enfim, havendo dúvidas sobre quem de fato dirigiu a ação criminosa - se A., J. ou L. - não há como reconhecer a incidência da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal.

Superado o pleito ministerial, verifico que deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea em favor do apelante L., prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, pois, embora ele não tenha sido interrogado, em juízo, sua confissão extrajudicial foi utilizada como elemento de convicção para embasar o decreto condenatório. Aliás, verifico que os corréus A. e J. se encontram na mesma situação jurídico-processual, fazendo também jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois também confessaram os fatos, em sua inteireza, na fase extrajudicial. Nesse sentido:

[...] Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. [...] (STJ - AgRg no REsp 1567351/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 15/3/2016, *DJe* de 28/3/2016).

[...] É firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a confissão espontânea realizada perante a autoridade policial e expressamente considerada na condenação, ainda que retratada em juízo, tem o condão de atenuar a pena imposta ao acusado, conforme o que dispõe o art. 65, III, *d*, do Código Penal. Precedentes. [...] (STJ - HC 339.124/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. em 2/2/2016, *DJe* de 25/2/2016)

Isso posto, passo à reestruturação das penas:

1) Apelante L.A.V.

Na primeira fase, tendo em conta a correta análise negativa das circunstâncias e consequências dos crimes, mantenho as penas-base um pouco acima do mínimo legal, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 18 dias-multa. Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes. Sendo reconhecida a atenuante da confissão espontânea, reduzo as penas anteriores ao mínimo legal, ou seja, 04 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de diminuição de pena, porém reconhecidas as causas de aumento do emprego de arma e do concurso de agentes, mantenho a elevação das penas na fração de 1/3, concretizando a reprimenda em cinco (05) anos e quatro (04) anos de reclusão e treze (13) dias-multa.

Reconhecido o concurso formal entre os crimes, tomo a pena de um só dos delitos, vez que idênticas, e exaspero na fração de 1/5, considerando o número de crimes praticados, totalizando a reprimenda em seis (06) anos, quatro (04) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão.

No tocante à pena de multa, conquanto entenda que deveria ser aplicada a regra do art. 72 do Código Penal, que prevê a sua aplicação cumulativa no concurso de crimes, mantenho a regra aplicada na sentença, para não incorrer em *reformatio in pejus*, totalizando a pena de multa em quinze (15) dias-multa.

2) Corréu não apelante A.A.S.

Na primeira fase, tendo em conta a correta análise negativa das consequências dos crimes, e tendo em conta, ainda, a gravidade concreta das circunstâncias (concurso de vários agentes, fuga e troca de tiros com a polícia), mantenho as penas-base acima do mínimo legal, em 05 anos e 06 meses de reclusão e 18 dias-multa. Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes. Sendo reconhecida a atenuante da confissão espontânea, reduzo as penas anteriores na fração de 1/6, resultando, provisoriamente, em 04 anos e 07 meses de

reclusão e quinze (15) dias-multa. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de diminuição de pena, porém reconhecidas as causas de aumento do emprego de arma e do concurso de agentes, mantenho a elevação das penas na fração de 1/3, concretizando a reprimenda em seis (06) anos, um (01) mês e dez (10) dias de reclusão e vinte (20) dias-multa.

Reconhecido o concurso formal entre os crimes, tomo a pena de um só dos delitos, vez que idênticas, e exaspero na fração de 1/5, considerando o número de crimes praticados, totalizando a reprimenda em sete (07) anos e quatro (04) meses de reclusão.

No tocante à pena de multa, conquanto entenda que deveria ser aplicada a regra do art. 72 do Código Penal, que prevê a sua aplicação cumulativa no concurso de crimes, mantenho a regra aplicada na sentença, para não incorrer em *reformatio in pejus*, totalizando a pena de multa em vinte e quatro (24) dias-multa.

3) Corrêu não apelante J.P.S.

Na primeira fase, tendo em conta a correta análise negativa das consequências dos crimes, e tendo em conta, ainda, a gravidade concreta das circunstâncias (concurso de vários agentes, fuga e troca de tiros com a polícia), mantenho as penas-base acima do mínimo legal, em 05 anos e 06 meses de reclusão e 18 dias-multa. Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes. Sendo reconhecida a atenuante da confissão espontânea, reduzo as penas anteriores na fração de 1/6, resultando, provisoriamente, em 04 anos e 07 meses de reclusão e quinze (15) dias-multa. Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de diminuição de pena, porém reconhecidas as causas de aumento do emprego de arma e do concurso de agentes, mantenho a elevação das penas na fração de 1/3, concretizando a reprimenda em seis (06) anos, um (01) mês e dez (10) dias de reclusão e vinte (20) dias-multa.

Reconhecido o concurso formal entre os crimes, tomo a pena de um só dos delitos, vez que idênticas, e exaspero na fração de 1/5, considerando o número de crimes praticados, totalizando a reprimenda em sete (07) anos e quatro (04) meses de reclusão.

No tocante à pena de multa, conquanto entenda que deveria ser aplicada a regra do art. 72 do Código Penal, que prevê a sua aplicação cumulativa no concurso de crimes, mantenho a regra aplicada na sentença, para não incorrer em *reformatio in pejus*, totalizando a pena de multa em vinte e quatro (24) dias-multa.

Mantenho o regime inicial fechado, vez que, mesmo aplicando a detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, a análise desfavorável das circunstâncias judiciais e a clara demonstração de que os agentes tencionavam fazer desse tipo de empreitada criminosa o seu meio de vida (fato por eles confessado na fase extrajudicial), recomenda a fixação do regime mais gravoso, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.

Em face do óbice constante no art. 44, I, do Código Penal (pena superior a quatro anos e crime cometido com grave ameaça), nenhum dos sentenciados faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Da mesma forma, incabível o *sursis*, por ausência do requisito exigido no art. 77 do Código Penal (pena superior a dois anos).

Por fim, requer a il. defesa a concessão da prisão domiciliar em favor de L., ao fundamento de que o apelante está acometido de doença grave (mal de Parkinson). Entretanto, conforme já definido no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.0000.15.005496-3/000, “não obstante a alegação do impetrante de que o paciente sofre de mal de Parkinson, não cuidou de provar que o mesmo não esteja recebendo tratamento adequado no

estabelecimento no qual se encontra recolhido, não sendo possível acolher o pedido que aqui se apresenta”, sendo certo que a defesa não trouxe aos autos qualquer documento novo capaz de demonstrar que tenha ocorrido piora no estado de saúde do apelante ou que a Unidade Prisional na qual se encontra recolhido não tenha condições de oferecer o tratamento adequado para sua doença. Ademais, tal pleito poderá ser novamente apreciado pelo juízo da execução que, estando mais próximo da realidade da Unidade Prisional, poderá decidir sobre a possibilidade de concessão do benefício da prisão domiciliar.

No tocante ao pleito de concessão do benefício da “progressão de regime”, também deixo de conhecê-lo, vez que se trata de matéria afeta à execução penal, conforme expressamente definido no art. 66, III, *b*, da Lei nº 7.210/84.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego provimento ao recurso do Ministério Público e dou parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir as penas de L.A.V. para seis (06) anos, quatro (04) meses e vinte e quatro (24) dias de reclusão, e quinze (15) dias-multa. Com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos desta decisão aos corréus não apelantes, para reduzir as penas de A.A.S. e J.P.S. para sete (07) anos e quatro (04) meses de reclusão e vinte e quatro (24) dias-multa.

Custas na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Não obstante o disposto no art. 637 do Código de Processo Penal e ainda a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, nas quais entendeu que o início da execução da pena após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, deixo de determinar a expedição de mandado de prisão tendo em vista que, *in casu*, o apelante já se encontra preso por este processo, estando inclusive em cumprimento de pena provisória, conforme guia de execução de f. 774.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI e ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO, ESTENDENDO OS EFEITOS DO ACÓRDÃO AOS CORRÉUS NÃO APELANTES.

• • •

Recurso em sentido estrito - Acidente de trânsito - Homicídio qualificado - Prova da materialidade e indícios suficientes de autoria - Desclassificação para crime de competência do juízo singular - Impossibilidade - Indícios da ocorrência de dolo eventual - Competência do Tribunal do Júri - Decote das qualificadoras - Inviabilidade - Recurso não provido

- Consistindo a decisão de pronúncia um juízo preambular de admissibilidade da denúncia, basta nessa fase a demonstração da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, restando ao Tribunal do Júri o juízo soberano sobre o mérito dos delitos dolosos contra a vida.

- Havendo elementos suficientes para configuração do dolo eventual, *in casu*, condução de automóvel sem habilitação, em estado de embriaguez, participação de disputa automobilística, vulgarmente conhecida como “racha”, e invasão da contramão direcional, o julgamento acerca de sua ocorrência ou da culpa consciente é decisão afeta ao juízo constitucional do Tribunal do Júri.

- Na fase de pronúncia, o decote de qualificadoras somente é permitido nas hipóteses de serem as mesmas manifestamente improcedentes.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 1.0394.17.000884-8/001 - Comarca de Manhuaçu - Recorrente: P.R.M.S. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: J.R.S. - Relator: DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2017. - *Fernando Caldeira Brant* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Trata-se de recurso em sentido estrito interposto em favor de P.R.M.S. contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Manhuaçu/MG (f. 127/128), que pronunciou o recorrente como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e III, do Código Penal, c/c art. 305, 308 e 309 da Lei 9.503/97, submetendo-o a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Inconformado, insurge-se o recorrente às f. 134/143, pretendendo a reforma da decisão, alegando, em síntese, a inexistência de *animus necand* a autorizar o julgamento perante o Eg. Tribunal do Júri.

Neste sentido, requer a remessa dos autos para julgamento no juízo singular, competente para julgar o delito.

Subsidiariamente, pugna pelo decote das qualificadoras.

Contrarrrazões ministeriais às f. 144/148.

Em juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 149).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, opinou pelo desprovimento do recurso às f. 156/164.

É o relatório.

Ao exame dos presentes autos e do que neles consta, verifico que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, II e III, do Código Penal, c/c art. 305, 308 e 309 da Lei 9.503/97, uma vez que, no dia 06 de janeiro de 2017, na Rodovia BR-262, Manhuaçu/MG, P.R.M.S., por motivo fútil, resultando perigo comum e mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, na direção do veículo Ford/Escort, placa GLZ-5221, embriagado, participando de uma disputa automobilística, vulgarmente conhecida como “racha”, assumindo o risco de produzir o resultado morte em terceiros, produziu o óbito da vítima J.R.S., que caminhava no acostamento da via em sentido contrário.

Nos termos da denúncia, o acusado P.R.M.S., juntamente com C.E.S.R. e R.J.C.S., deixou o estabelecimento comercial denominado “C.”, situado em Reduto/MG, no veículo Ford/Escort, com destino ao bairro Matinha.

Segundo apurado, no referido bairro, o acusado P.R.M.S. e R.J. fizeram uso de bebidas alcoólicas durante a madrugada; em seguida, o acusado, acompanhado de C. e R., assumiu a direção do citado veículo automotor e seguiu em direção a Reduto/MG.

Ao tomar a BR-262, sentido Reduto/MG, o acusado P.R., ao perceber que o motorista de uma caminhonete GM/S 10, que seguia à sua frente, acionou as setas para os lados direito e esquerdo (sinal normalmente utilizado pelo condutor para concitar o outro motorista ao “racha”), aceitou o desafio, assumindo o risco de sua conduta, e iniciou uma disputa (“racha”) com o citado veículo, postando-se na contramão de direção e ao lado da caminhonete.

Ato contínuo, na altura do Km 33 da BR-262, ainda em disputa com a referida caminhonete e assumindo o risco de sua conduta, o acusado P.R., invadiu o acostamento da contramão direcional e colidiu seu veículo contra a vítima J.R.S., a qual caminhava no acostamento, causando sua morte.

Extrai-se da inicial que o acusado empreendeu imediata fuga do local, deixando de prestar socorro à vítima.

Acionados, policiais iniciaram rastreamento e lograram encontrar o acusado em sua residência, localizada em Reduto/MG, bem como o veículo por ele conduzido, ocasião em que ele afirmou não possuir permissão ou habilitação para dirigir.

Consta na peça acusatória que quando o acusado foi submetido ao teste do etilômetro obteve-se o resultado de 0,30 miligrama de álcool por litro de ar alveolar (teste de alcoolemia à f. 19), ressaltando que tal exame se deu três horas depois do atropelamento, quando já ocorrida a diminuição natural dos níveis de álcool no sangue decorrente do metabolismo.

De acordo com a denúncia, o crime de homicídio foi praticado por motivo fútil, já que, mesmo ciente de que estava embriagado e de não possuir CNH, desejava, de forma egoísta, divertir-se, participando de “racha”, em alta velocidade em via pública, sem se importar com os riscos advindos de sua conduta, muito menos com o resultado desta.

A conduta do acusado causou perigo comum, uma vez que, sob influência de álcool, sem possuir CNH e diante da citada disputa automobilística (“racha”), conduziu o automóvel na contramão direcional, colocando em risco a vida dos passageiros de seu veículo (C. e R.), dos passageiros dos veículos que transitavam na rodovia e dos transeuntes.

A denúncia foi recebida em 24/2/2017 (f. 86).

Devidamente citado, apresentou sua defesa preliminar à f. 91.

Na fase de instrução, foram ouvidas 03 (três) testemunhas (f. 108, 109 e 110), bem como foi realizado o interrogatório do réu (f. 111/112).

Encerrada a instrução criminal, o il. Magistrado pronunciou o recorrente como incurso no art. 121, § 2º, incisos II (motivo fútil) e III (perigo comum), do Código Penal, e nos arts. 305, 308 e 309, todos da Lei 9.503/97, para que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

Inicialmente, vale ressaltar, como por demais sabido, que a pronúncia é decisão preambular de mera admissibilidade da acusação, em que o juiz, constatando a materialidade delitiva e indícios de autoria, submete o caso a julgamento pelo Plenário do Júri. Percebe-se que não é necessária a prova incontroversa da autoria delitiva, basta que haja uma probabilidade de o acusado ter praticado o crime.

Nesta fase, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, pois a mínima dúvida quanto aos fatos ou quanto à efetiva procedência da acusação não beneficia o acusado, mas sim a sociedade, devendo ser dirimida pelo Tribunal do Júri - juízo constitucional dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, de forma reiterada, é o entendimento firmado pela Corte Superior:

Habeas corpus. Paciente pronunciado pela suposta prática de homicídio duplamente qualificado. Pretensão de reverter a decisão com base na alegação de ausência de prova suficiente acerca da autoria. Impossibilidade. Decisão de pronúncia suficientemente fundamentada em prova testemunhal e no reconhecimento fotográfico do autor. Conclusão diversa a demandar análise profunda de fatos e provas, providência vedada em HC. Parecer do MPF pela denegação do writ. Ordem denegada. 1 - É consabido que na primeira fase do processo instaurado para apuração da materialidade e da autoria do crime de homicídio (conhecida como *judicium accusationis*) vigora o princípio *in dubio pro societate*, o que impõe a solução de eventual dúvida em favor da coletividade; em outras palavras e trazendo a ideia para o caso presente, deixar-se-ia que a questão da autoria fosse decidida pelos Jurados, cujos votos são soberanos, na dicção do art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição da República. [...] (HC 152.116/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 5/5/2011, DJe de 24/5/2011).

A existência do fato delituoso, no presente caso, desponta do levantamento pericial realizado no local do acidente (f. 33/48), e do relatório de necropsia, o qual conclui que a causa da morte da vítima foi politraumatismo craniano com fratura da coluna cervical (f. 76/77).

Quanto à autoria, há indícios suficientes para prolação da pronúncia, uma vez que as declarações prestadas pelas testemunhas estão em total harmonia com o contexto probatório obtido nos autos, por conseguinte, com a denúncia.

Em que pese o recorrente afirmar que não estava participando de “racha” e que o acidente aconteceu no momento em que ultrapassava caminhão, momento em que perdeu o controle do veículo e atropelou a vítima, as provas colhidas demonstram que ele praticou o crime descrito na denúncia.

Com efeito, a testemunha R.J.C.S., tanto na fase inquisitorial quanto em Juízo, confirmou os fatos narrados na exordial, vejamos:

[...] que ratifica o teor do depoimento de folha 82/82v, lido nesta oportunidade, nada tendo a retificar; que no momento do acidente o acusado estava disputando um “racha” com o condutor de caminhonete; que a vítima foi atropelada no acostamento da contramão direcional; que o depoente pediu ao réu para que ele parasse o carro, mas ele se recusou, continuando a trajetória até Reduto; que o acidente ocorreu no momento em que o acusado tentava ultrapassar o condutor da caminhonete que “o chamou na seta (f. 109).

Na mesma lógica, a testemunha C.E.S.R., sob o crivo do contraditório, afirma:

[...] que ratifica o teor do depoimento de folha 81/81v, lido nesta oportunidade, nada tendo a retificar; que o acusado estava bêbado no momento do acidente; que o acusado havia ingerido bebida alcoólica ao longo da noite; que o acusado disse que não parou o carro depois de atropelar a vítima porque sentiu medo (f. 110).

[...] que esclarece que estava em Reduto no C., e P.R. estava no Ford/Escort de propriedade de S., vulgo “P”, o qual entregou a direção do veículo a P.R. contudo até às 22:00 horas; que ainda de madrugada P.R., acompanhado do informante e R., vieram para Manhauçu e foram para o bairro Matinha, onde R. P.R. fizeram uso de bebida alcoólica, ficando acompanhados de mulheres durante a madrugada toda; que o informante alega que não fez uso de bebida alcoólica; que às 06:00 horas retornaram para Reduto, e no meio do caminho P.R. fez pega com uma S-10 que seguia mesmo sentido dele, ou seja, Manhauçu a Reduto, e, quando R. foi ultrapassar a S-10, não conseguiu e foi para o acostamento da via contrária, e neste momento atropelou a vítima; que o informante e R. disseram para P.R. parar, contudo ele não parou para socorrer a vítima; que seguiu sentido Reduto e deixou o carro no posto na entrada de Reduto e foi para a casa dele, bem como o informante e R. seguiram para sua casa; [...] (f. 81/81v).

Inegável, portanto, a participação do recorrente no presente crime. Conforme se infere das declarações supramencionadas, as testemunhas que, diga-se de passagem, estavam no interior do veículo do recorrente no momento do fato, demonstraram, de forma clara e consistente, a dinâmica dos fatos assim como descreve a peça acusatória.

Ressalte-se que a aferição do elemento subjetivo do crime, qual seja se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, é questão diretamente ligada ao mérito, que demanda maior aprofundamento no exame da prova, tratando-se de matéria afeta à competência do seu juízo natural, previsto constitucionalmente, para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, que é o Tribunal do Júri.

Portanto, mesmo havendo dúvidas acerca da real intenção do denunciado, deverá a tese defensiva ser examinada pormenorizadamente pelo Conselho de Sentença, juízo constitucional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

A este respeito, colaciono o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Penal. Agravo regimental no recurso especial. Homicídio. Acidente de trânsito. Embriaguez ao volante. Aferição do elemento subjetivo do tipo. Análise da eventual caracterização de culpa consciente ou dolo eventual. Competência do Tribunal do Júri. Sentença de pronúncia restabelecida. 1 - O deslinde da controvérsia sobre o elemento subjetivo do crime, especificamente, se o acusado atuou com dolo eventual ou culpa consciente, fica reservado ao Tribunal do Júri, juiz natural da causa, onde a defesa poderá exercer amplamente a tese contrária à imputação penal. Precedentes. 2 - Havendo elementos indiciários que subsidiem, com razoabilidade, as versões conflitantes acerca da existência de dolo, ainda que eventual, a divergência deve ser solvida pelo Conselho de

Sentença, evitando-se a indevida invasão da sua competência constitucional. 3 - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1588984/GO, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 25/10/2016, DJe de 18/11/2016).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Homicídio e lesões corporais (por cinco vezes) na direção de veículos e art. 305 do CTB. pretendida impronúncia. dolo eventual. ausência de indicação dos dispositivos infraconstitucionais supostamente violados. I incidência do óbice do Enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. [...] Dolo eventual x culpa consciente. Competência. Tribunal do Júri. Acórdão do tribunal de origem em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior. Vedação do Enunciado nº 83 da Súmula do STJ. Insurgência desprovida. 1. O acórdão recorrido vai ao encontro de jurisprudência assente desta Corte Superior no sentido de que, havendo elementos nos autos que, a princípio, podem configurar o dolo eventual, como *in casu* (presença de embriaguez ao volante, direção em zigue-zague e na contramão, em rodovia federal de intenso movimento), o julgamento acerca da sua ocorrência ou da culpa consciente compete à Corte Popular, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal. 2 - Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 965.572/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 9/5/2017, DJe de 19/5/2017).

Ademais, a princípio, verifico a presença de elementos suficientes para configuração do dolo eventual, uma vez que, ao que se infere das provas coligadas aos autos, o recorrente conduzia o automóvel sem habilitação, embriagado, participando de uma disputa automobilística, vulgarmente conhecida como “racha”, na contramão direcional, colocando em risco a vida dos passageiros de seu veículo, a dos passageiros dos veículos que transitavam na rodovia e a dos transeuntes.

Quanto ao decote das qualificadoras, tenho que mais uma vez a tese defensiva não merece prosperar, já que somente é cabível a exclusão quando manifestamente improcedentes e descabidas, o que não ocorre no caso em análise.

Demonstrou-se pelo exame probatório que, no dia dos fatos, o recorrente, mesmo ciente de que estava embriagado e de não possuir CNH, participou de “racha”, em alta velocidade em via pública, sem se importar com os riscos e possíveis resultados advindos de sua conduta. Assim, demonstra-se que o crime foi praticado por motivo fútil, bem como causando perigo comum.

Desta forma, constata-se a presença de elementos que justifiquem a procedência das qualificadoras e, mesmo que existam dúvidas, estas devem ser acolhidas, não retirando do júri a possibilidade de apreciá-las.

Portanto, a decisão acerca da sua caracterização ou não deve ficar a cargo do Conselho de Sentença, conforme Súmula nº 64, deste Tribunal: “Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes”.

É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal. Processual penal. Crime de homicídio. Perigo comum. Pronúncia. Exclusão de qualificadora descrita na inicial. Superior Tribunal de Justiça. Provimento de recurso especial para determinar sua inclusão. Decisão impugnada. Reexame de prova. Alegação de violação à Súmula 7 do STJ. Inocorrência. Nulidade. Inexistência. Ausência de prejuízo. Preclusão. Ordem denegada. I - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que apenas a qualificadora manifestamente improcedente deve ser excluída da pronúncia, o que

não acontece na hipótese dos autos. De todo modo, a análise da existência ou não da qualificadora do perigo comum deve ser feita pelo Tribunal do Júri, que é o juiz natural da causa. II - (...). III - O impetrante postula o re julgamento dos embargos de declaração já apreciados pelo STJ, providência incabível na via eleita. Ainda que assim não fosse, a decisão já transitou em julgado, o que impede seu reexame. IV - (...). V - (...). VI - Ordem denegada (HC 106902, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, j. em 29/3/2011, Processo Eletrônico DJe-082, divulg. 3/5/2011, public. 4/5/2011).

Por tais argumentos, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença de pronúncia.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores DOORGAL ANDRADA e CORRÊA CAMARGO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Recurso em sentido estrito - Homicídio qualificado e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Pronúncia - Legítima defesa putativa - Ausência de prova inequívoca - Absolvição sumária - Impossibilidade - Materialidade e indícios suficientes de autoria - Decote das qualificadoras - Inviabilidade - Aplicação do princípio da consunção no delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Possibilidade - Recurso parcialmente provido

- Nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, somente é viável o acolhimento da tese de absolvição sumária, em face da ocorrência da discriminante putativa de legítima defesa, quando houver nos autos prova inequívoca que o agente agiu por erro justificado pelas circunstâncias, pois, havendo qualquer dúvida, a questão deve ser analisada pelo juízo natural, em observância ao princípio *in dubio pro societate*.

- O decote de qualificadora, na fase de pronúncia, somente é permitido quando for manifestamente improcedente ou injustificável, o que não se vislumbra no caso dos autos.

- Verificado que o delito de porte ilegal de arma de fogo é um crime-meio para o delito de tentativa de homicídio, cabível a aplicação do princípio da consunção, com a consequente impronúncia do recorrente pelo delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03.

Recurso em Sentido Estrito nº 1.0145.16.001144-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - Recorrente: P.W.C. - Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: J.L.P. - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de setembro de 2017. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1 - Relatório.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto por P.W.C. contra a r. decisão de f. 246/267, que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do CP e do art. 14 da Lei nº 10.826/03, para julgamento perante o Tribunal do Júri.

Narra a denúncia (f. 01D/03D) que, no dia 7 de novembro de 2015, por volta das 10h40, o denunciado, agindo com *animus necandi*, desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima J.L.P., ocasionando-lhe lesões corporais que foram a causa eficiente de sua morte.

Consta que, no dia dos fatos, denunciado e ofendido se encontraram em via pública, oportunidade em que P. passou a desferir contra J.L.P. disparos de arma de fogo que foram a causa eficiente de sua morte. Infere-se que o delito teria sido impelido por motivação fútil, decorrente de desavenças anteriores por relacionamento amoroso entre o ofendido e a companheira da vítima, bem como teria sido perpetrado mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, tendo esta sido atingida enquanto caminhava em via pública.

Por fim, extrai-se da exordial que o denunciado portava um revólver de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar.

Após regular trâmite, sobreveio a r. sentença de pronúncia, contra a qual se insurge o recorrente.

Em suas razões (f. 276/284-v.), a defesa requer a absolvição sumária do recorrente, em razão da excludente de ilicitude da legítima defesa putativa. Subsidiariamente requer o decote das qualificadoras por serem manifestamente improcedentes. Por fim, busca a aplicação do princípio da consunção em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Contrarrazões às f. 294/305, em que o *Parquet* pugnou pelo não provimento do recurso. Em sede de juízo de retratação, a decisão foi mantida (f. 308).

No parecer de f. 313/333, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da decisão de pronúncia.

É, em síntese, o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

3 - Fundamentação.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

Conforme visto, a defesa requer a absolvição sumária do recorrente, em razão da excludente de ilicitude da legítima defesa putativa. Pleiteia o decote das qualificadoras por serem manifestamente improcedentes. Por fim, busca a aplicação do princípio da consunção em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Como se sabe, a decisão de pronúncia requer que, dos autos, se extraia um juízo de certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria do delito, não sendo necessário que o julgador se aprofunde no exame das provas, já que se trata de um juízo de mera admissibilidade da acusação.

No caso em questão, a materialidade restou devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência de f. 03/07, pelo relatório de necropsias de f. 28/33, pelo levantamento do local do crime de f. 54/57, bem como pela prova oral produzida nos autos.

Outrossim, no que se refere à autoria, constato estarem presentes provas indiciárias suficientes para manter a decisão de pronúncia. O acusado, em todas as oportunidades em que foi ouvido, confessou ter desferido

os disparos contra a vítima, afirmando, contudo, que acreditava que J.L.P. estava armado, tendo agido em sua defesa, senão vejamos:

[...]; foi o autor do homicídio em desfavor da vítima J. ocorrido no sábado de manhã; [...]; que o declarante retornou, quando avistou J. na rua do horto, próximo ao posto médico, sendo que o mesmo avistou o declarante; Que J. saiu correndo, uma vez que, no passado, o declarante já teve desavenças com J.; que o declarante esclarece que J. retornou com a blusa enrolada na mão, e então o declarante sacou a pistola 9 mm, cor preta, marca que não sabe dizer e efetuou disparos em direção a J. para afastar o mesmo, saindo correndo em seguida; [...]; não se recorda quantos tiros efetuou; [...] (f. 12/14).

[...]; tinha medo de morrer, uma vez que estava ficando com C., a qual era mulher de J.; [...]; quando J. saiu do Ceresp ficou sabendo e ameaçou o depoente de morte e por tal motivo o depoente matou J.; [...]; como o declarante já sabia que J. queria lhe matar, estava com a pistola na cintura e sacou a mesma atirando em direção a J. [...]. (f. 90/91).

Em que pesem as alegações contidas no interrogatório do recorrente, as provas erigidas ao longo da instrução apontam o réu como o provável autor da conduta descrita na denúncia.

Nesse ponto, merece destaque o depoimento prestado pela seguinte testemunha:

[...]; possuía um relacionamento amoroso com J. o qual lhe ameaçava e agredia caso terminasse o relacionamento; [...]; registrou ocorrências em desfavor de J., o qual é 'psicopata, e ameaçou ir no colégio matar seu filho'; [...]; alegava 'se saísse ou fizesse alguma coisa iria lhe picar na machadinha e jogar no córrego'; [...] ficou com P.W.; [...]; J. tinha muito ciúmes de P.W., v. T., não podiam se esbarrar e J. vivia ameaçando P.W. [...]; (C.A.S., f. 92/93, ratificado em juízo - mídia audiovisual - f. 198).

No mesmo sentido, a testemunha A.S.T. (mídia audiovisual - f. 220) confirmou o relatório de f. 108/112, bem como que o recorrente pretendia ceifar a vida da vítima, visto que esta ameaçava C., com quem mantinha um relacionamento amoroso.

Dessa forma, verifica-se, pelos elementos colacionados ao feito, que há evidências de que o acusado, agindo com intenção de matar, encontrou-se com a vítima em via pública, tendo sacado um revólver e lhe desferido diversos disparos de arma de fogo, ocasionando-lhe lesões corporais que foram a causa eficiente de sua morte.

Destarte, sendo certa a materialidade e ante a existência de indícios suficientes de autoria, a pronúncia do acusado é medida que se impõe, uma vez que, nesta fase processual, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, de forma que qualquer dúvida acerca dos fatos deve ser resolvida no Tribunal do Júri - juízo constitucional dos crimes dolosos contra a vida. Aliás, nesse sentido:

Recurso em sentido estrito. Impronúncia. Impossibilidade. Materialidade comprovada. Indícios suficientes de autoria. [...]. Extraído-se do acervo probatório comprovação da materialidade do delito, bem assim indícios suficientes de autoria, há de ser mantido o decreto de pronúncia, afigurando-se preponderante na atual fase processual o princípio *in dubio pro societate* [...] (TJMG, RESE nº 1.0079.01.014377-8/001, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, j. em 12/11/15).

Assim, não merece prosperar a alegação defensiva de que o recorrente agiu em legítima defesa putativa, tendo em vista que a vítima teria caminhado em sua direção com uma blusa enrolada na mão, o que o levou a acreditar que estava armado.

Consoante é cediço, as discriminantes putativas são causas excludentes de ilicitude que não existem concretamente, apenas na mente do autor do fato típico, assim, o agente acredita estar amparado pelo estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, porém tais situações não existem no caso concreto.

Nos termos do art. 20, § 1º, do CP, a discriminante putativa, se inevitável, exclui o dolo e a culpa, isentando o agente de pena, se evitável, exclui o dolo, contudo não isenta o agente de pena, subsistindo o delito em sua forma culposa.

Com efeito, considerando o contexto probatório, tem-se que o pedido formulado pelo recorrente não merece prosperar, porquanto não se encontra presente nos autos prova segura e indubitosa de que ele agiu em legítima defesa, em face de erro plenamente justificado.

Como se sabe, nos procedimentos de competência do Tribunal do Júri, somente é viável o acolhimento da tese de legítima defesa putativa, quando houver nos autos prova inequívoca da discriminante alegada, pois, havendo qualquer dúvida, a questão deve ser analisada pelo juízo natural, em observância ao princípio *in dubio pro societate*.

A propósito:

[...]. Legítima defesa putativa. Impossibilidade. Excludente de ilicitude não comprovada de plano – [...]. 2. Para a absolvição sumária arremada em excludente de ilicitude de legítima defesa putativa, necessária a comprovação indubitosa de que o agente, usando moderadamente dos meios necessários, agiu para repelir injusta agressão, atual ou iminente que, por erro justificado pelas circunstâncias, acreditou que ocorresse (TJMG, Rec em Sentido Estrito 1.0610.15.001946-7/001, Rel. Des. Octavio Augusto De Nigris Bocalini, 3ª Câmara Criminal, j em 27/9/16).

Passo à análise do pedido de decote das qualificadoras.

Requer a defesa o decote da qualificadora consistente em motivação fútil, argumentando, em síntese, que o recorrente estava sofrendo ameaças da vítima, não devendo prevalecer o *in dubio pro societate*. Alega, ainda, que não restou configurada a qualificadora consistente em recurso que dificultou a defesa do ofendido, tendo em vista que não restou demonstrado que a vítima teria sido atingida de surpresa.

Conforme se percebe pelas provas dos autos, existem evidências de que a empreitada criminosa teria sido impelida por motivação fútil, em razão de um desentendimento anterior pelo fato de o recorrente ter se relacionado com a companheira da vítima.

Existem evidências, ainda, de que o delito foi perpetrado mediante recurso que impossibilitou sua defesa, tendo o ofendido sido surpreendido com os disparos do recorrente, enquanto caminhava em via pública.

Acrescente-se que compete ao Júri Popular a análise mais profunda sobre a questão e ao Conselho de Sentença a decisão sobre o cabimento das qualificadoras, sendo certo que a sua exclusão nessa fase processual somente é permitida quando forem manifestamente improcedentes, o que não se vislumbra no presente caso.

Esse entendimento foi sumulado por este Egrégio Tribunal.

Súmula 64. Deve-se deixar ao Tribunal do Júri a inteireza da acusação, razão pela qual não se permite decotar qualificadoras na fase de pronúncia, salvo quando manifestamente improcedentes.

Nesse mesmo sentido caminha a jurisprudência, senão vejamos:

Recurso em sentido estrito. Crime de homicídio qualificado consumado. Pronúncia. Provas da materialidade e indícios de autoria. Não cabimento do decote das qualificadoras. Súmula 64 do TJMG. - Presentes provas suficientes da materialidade e indícios da autoria, a decisão de pronúncia é medida que se impõe, sendo que não se deve decotar qualificadora que encontra suporte probatório nos autos, nos termos da súmula nº 64 do TJMG, submetendo o seu exame ao Conselho de Sentença (TJMG, RESE nº 1.0024.12.052988-8/001, Rel. Des. Catta Preta, j em 17/12/15).

Lado outro, razão assiste ao recorrente em relação ao pedido de aplicação do princípio da consunção quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Isso porque, no caso em tela, da atenta leitura da conduta descrita na denúncia (f. 01D/03D), verifica-se que o delito de porte ilegal de arma de fogo se mostrou como uma passagem necessária para execução do crime-fim, qual seja, o homicídio qualificado, de modo que não restou configurada a autonomia do crime de porte ilegal, se resumindo a denúncia em descrever o seguinte fato:

[...] O denunciado ainda portava um revólver de uso permitido, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. [...].

Dessa forma, considerando que a pronúncia deve ater-se aos fatos narrados na denúncia, a conduta de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido foi sucintamente descrita como crime-meio para consumação do crime-fim, impõe-se a aplicação do princípio da consunção, devendo o delito de porte ilegal de arma de fogo ser absorvido pelo crime de homicídio qualificado, com a consequente impronúncia do recorrente quanto ao delito do art. 14 da Lei nº 10.826/03.

A propósito, cite-se:

Recurso em sentido estrito. Decisão de pronúncia. Homicídio duplamente qualificado e porte de arma de fogo de uso permitido em concurso material. Materialidade delitiva e indícios de autoria evidenciados. [...]. Delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Crime-meio. Princípio da consunção. Incidência. Exclusão da pronúncia. Observância. Recurso provido em parte. - [...]. Em razão do princípio da consunção, o delito de porte ilegal de arma de fogo deve ser absorvido pelo de homicídio, tratando-se de *antefactum* impunível (TJMG, RSE 1.0453.15.002437-1/001, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, j em 29/9/2016).

Quanto ao mais, mantenho a sentença de pronúncia.

Por fim, no que tange ao pedido de gratuidade da justiça, entendo que a condenação ao pagamento das custas processuais é um efeito da sentença ou o acórdão que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, da condenação criminal (CPP, art. 804), ainda que o acusado seja pobre no sentido legal ou assistido pela Defensoria Pública. Porém, constatada a sua hipossuficiência financeira, as obrigações decorrentes da sucumbência têm exigibilidade suspensa pelo prazo de 05 (cinco) anos (CPC, art. 98, §§ 2º e 3º).

Ocorre que este não é o momento adequado para a análise de tal pleito, visto que, conforme orientação do STJ, a análise deve ser realizada pelo juízo da execução, o qual possui melhores condições de averiguar a situação de hipossuficiência do acusado.

A propósito:

Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Custas processuais. Beneficiário da justiça gratuita. Cabimento. Suspensão da exigibilidade do pagamento. Momento de aferição. Fase de execução. 1. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 2. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. 3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 394701/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 21/8/14).

Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Possibilidade. Princípios da fungibilidade e da instrumentalidade das formas. Recurso em mandado de segurança. Processo penal. Suspensão de exigibilidade das custas processuais. Fase de execução. Direito líquido e certo violado. Inexistência. [...] É firme a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que a aferição da miserabilidade do condenado deve ser feita na fase de execução. 3. Não há falar em violação ao direito líquido e certo à justiça gratuita porquanto não negado o benefício, que deve ser postulado perante o órgão competente. 4. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento (STJ, EDcl no RMS 47819/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 2/6/15).

Destarte, tratando-se de procedimento do Tribunal do Júri, o pleito referente à isenção do pagamento das custas processuais não deve ser acolhido antes da finalização do processo.

4 – Dispositivo.

Feitas tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para despronunciar P.W.C. quanto ao delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/06, pela aplicação do princípio da consunção.

Custas na forma da lei.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Coloco-me de acordo com o voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, uma vez que existem provas judicializadas a sustentarem a pronúncia do recorrente, inclusive quanto à existência de *animus necandi* na conduta do agente.

Ressalvo, ainda, meu posicionamento quanto ao *in dubio pro societate*, por entender que a questão, fundamentalmente, é a seguinte: qual o limite e a extensão desse princípio na etapa inicial do procedimento relativo aos crimes dolosos contra a vida?

A fase da pronúncia é tema dos mais intrincados em matéria processual penal. Confesso que há muito queria proceder a um exame diferente daquele que é realizado pela maioria dos magistrados, tanto os de primeira instância quanto os de segunda.

Parcela da doutrina, assim como grande parte dos juízes, com fundamento no princípio do *in dubio pro societate*, responde a essa pergunta no sentido de que não é possível ao juiz absolver sumariamente o acusado, com base em qualquer das hipóteses previstas no art. 415 do Código de Processo Penal, a não ser

que haja prova cabal, inconcussa, inquestionável, acerca da inexistência fática das proposições apresentadas no citado dispositivo processual penal.

Permito-me discordar deste pensamento, embora saiba ser o majoritário entre os magistrados.

Sobre a questão, o renomado autor Aury Lopes Júnior assim se posiciona (*Direito processual penal*, 2013, p. 1.011-1.012):

Noutra dimensão, bastante problemático é o famigerado *in dubio pro societate*. Segundo a doutrina tradicional, neste momento decisório, deve o juiz guiar-se pelo ‘interesse da sociedade’ em ver o réu submetido ao Tribunal do Júri, de modo que, havendo dúvida sobre sua responsabilidade penal, deve ele ser pronunciado. [...].

Pois bem, discordamos desse pacífico entendimento.

Questionamos, inicialmente, qual é a base constitucional do *in dubio pro societate*?

Nenhuma. Não existe.

Por maior que seja o esforço discursivo em torno da “soberania do júri”, tal princípio não consegue dar conta dessa missão. Não há como aceitar tal expansão da “soberania” a ponto de negar a presunção constitucional de inocência. A soberania diz respeito à competência e aos limites ao poder de revisar as decisões do júri. Nada tem a ver com carga probatória.

Não se pode admitir que os juízes compactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-os para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo ritual judiciário. Também é equivocado afirmar-se que, se não fosse assim, a pronúncia já seria a “condenação” do réu. A pronúncia é um juízo de probabilidade, não definitivo, até porque, após ela, quem efetivamente julgará são os jurados, ou seja, é outro julgamento a partir de outros elementos essencialmente aqueles trazidos no debate em plenário. Portanto, a pronúncia não vincula o julgamento, e deve o juiz evitar o imenso risco de submeter alguém ao júri, quando não houver elementos probatórios suficientes (verossimilhança) de autoria e materialidade. A dúvida razoável não pode conduzir à pronúncia.

Nessa linha, vale o *in dubio pro reo* para absolver sumariamente o réu que tiver agido ao abrigo da legítima defesa (não apenas quando a excludente for “extreme de dúvidas”, mas quando for verossímil a ponto de gerar a dúvida razoável); impronunciar réus em que a autoria não esteja razoavelmente demonstrada; desclassificar para crime culposo as abusivas acusações por homicídio doloso (não eventual) em acidentes de trânsito, em que o acusador não fez prova robusta da presença do elemento subjetivo.

O emprego do princípio do *in dubio pro societate* de forma indiscriminada por juízes que o utilizam para pronunciarem os acusados da forma como pleiteada pela acusação, quando existente qualquer dúvida, parece-me uma praxe equivocada. Os doutrinadores Paulo Rangel e Gustavo Badaró também pensam que, no caso de dúvida razoável sobre a existência do fato, da autoria ou sobre a presença de uma excludente de ilicitude, deve o magistrado impronunciar o réu ou absolvê-lo sumariamente, pois cabe ao órgão acusador, em respeito à presunção de não culpabilidade, produzir prova robusta acerca da acusação que levar a efeito.

Portanto, quando não houver prova vigorosa sobre a autoria imputada, há de ser esta afastada, da mesma forma que se faz em relação à existência de dúvida razoável sobre o fato objeto da acusação ou a presença de uma causa justificante ou inculpante.

Feita a necessária ressalva, a prova produzida na instrução processual revela ser o caso de confirmar parcialmente a pronúncia do recorrente, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

DES. PEDRO COELHO VERGARA - De acordo com o Relator.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Extorsão - Desclassificação para o delito de ameaça e violação de domicílio - Impossibilidade - Reconhecimento da tentativa - Ausência do cumprimento da exigência - Possibilidade

- Impossível a pretendida desclassificação para o delito de ameaça e violação de domicílio, mormente pela declaração da vítima, que foi enfática quanto à conduta do apelante, corroborada pelos depoimentos das demais testemunhas.

- Embora o delito de extorsão seja um crime formal, admite a tentativa, pois possui *iter criminis*, permitindo o seu fracionamento, quando a vítima não cede às exigências do autor.

- Dar parcial provimento ao recurso é medida que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.10.001638-3/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: I.R.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: M.A.M. - 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.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2017. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Pela sentença de f. 142/152, I.R.P. foi condenado na sanção do artigo 158, *caput*, c/c artigo 61, I, ambos do Código Penal, às penas de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime prisional semiaberto e, pagamento de 15 (quinze) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo.

Irresignado, interpõe o apelante o presente recurso.

Nas razões de f. 169/171, pleiteia-se a desclassificação da conduta para os delitos de ameaça e violação de domicílio.

Contrarrazões às f. 172/175.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 180/181, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Narra a denúncia que:

[...] Consta nos autos do incluso inquérito policial que no dia 13 de junho de 2009, por volta de 05h, na Rua Tietê, nº 491, no bairro Manoel Valinhas em Divinópolis, MG, o denunciado mediante escalada tentou subtrair para si coisa alheia móvel, de propriedade M.A.M.. Na mesma data e local, por volta de 07h30min, o denunciado constrangeu a vítima M.A de M., mediante grave ameaça, e com o intuito de obter para si indevida vantagem econômica. Conforme foi apurado, na data e no local dos primeiros fatos, o denunciado pulou o muro da residência da vítima e tentou subtrair para si alguns galináceos. Além disso, o autor informou a ofendida que esta subtração era em razão de uma dívida feita por filho no valor de R\$ 15,00, que não fora paga. Aproximadamente duas horas depois da tentativa de furto, o denunciado retornou à residência da vítima e, na posse de uma faca, passou a lhe exigir insistentemente o pagamento da suposta dívida realizada por seu filho. O denunciado arrombou o portão do domicílio da ofendida e entrou no quintal, sendo a polícia militar acionada. Ao perceber que os policiais militares estavam por chegar informou à vítima que retornaria para receber a dívida e evadiu do local. A polícia militar obteve êxito em localizar o denunciado e foi encontrada debaixo de suas vestes uma faca. (f. 01/02)

Compulsando os autos, constata-se que estão comprovadas, à saciedade, tanto a materialidade quanto a autoria do delito de extorsão.

A materialidade restou devidamente comprovada através do laudo de avaliação indireta de f. 71.

Da mesma forma, dúvidas não pairam a respeito da autoria do delito.

Em sede administrativa, o acusado declarou:

[...] que não conhece a vítima M.A.M.; que conhece M.F. “de rua”, pois sua irmã mora no bairro Manoel Valinhas; que não se recorda de nada dos fatos; que na época dos fatos usava drogas; “usava química mesmo mais pesado”; que usava “crack”, que envolvia tudo; que nunca vendeu drogas, que era apenas usuário; que não sabe informar se M. era ou não usuário, pois não tinha intimidade com o mesmo; que M. nunca deveu nenhuma quantia ao declarante; que não tinha intimidade com ele para ficar devendo; que não se recorda de nenhum fato envolvendo galo ou galinha; que em todos os crimes é réu-confesso, mas que não se recorda desse ocorrido; que faz quatro anos que mora em Pirapora; que atualmente está preso por não ter assinado no fórum; que já foi preso umas três vezes por furto; que roubava apenas para manter seu vício de drogas; que se tiver cometido o crime não esta lembrando de nada, “palavras sinceras”; que tem quatro anos que não usa drogas nem comete nenhum crime; que não bebe; que não usa drogas; que fuma cigarro; que professa religião evangélica; [...] (f. 84).

Em juízo:

[...] que nada tem contra as testemunhas arroladas; que não tem recordação para afirmar se são verdadeiros ou não os fatos narrados na denúncia; que confirma suas declarações prestadas na Depol, conforme f. 84, bem como sua assinatura ali lançada; que já tem cinco anos que esta “limpo”, afastado do uso de drogas, inclusive de álcool; que comparece mensalmente no fórum de Pirapora; que recorda-se de M., que também era usuário de drogas; que sabe ler e escrever; que estudou até 3º ano; que tem CL, TE, CPF e CTPS; que já trabalhou fichado no ABC como cooperado na Cooperativa de carga e descarga por seis anos; que tem três filhos, sendo a mais velha de nome J., com 13 anos, cuja mãe é F.A.A., mãe também de E., com 12 anos, que atualmente tem um filho de nome C., com 03 anos, cuja mãe é P., com quem a família mora unida, pai, mãe e filho; que seu CPF é 067.175.576-56. [...] (f. 133).

A vítima, ao ser ouvida à f. 09/10, disse:

[...] que no dia 1º/6/2009, por volta de 5:00 horas, G. pulou o muro de sua residência e adentrou no quintal; que G. estava tentando furtar algumas galinhas e a declarante percebendo o barulho, interceptou-o, indagando-lhe o que estava acontecendo; que G. respondeu que o filho da declarante lhe devia R\$15,00 (quinze reais) e que estava furtando as galinhas como pagamento da dívida; que a declarante supõe que se trata de dívida de drogas, pois seu filho, M.F.M., é dependente químico; que no dia 13/6/2009, por volta de 7:30 horas, G. interfonou em sua residência cobrando novamente a dívida; que G. ameaçava de arrombar o portão e entrar na residência da declarante e insistentemente falava que queria receber o valor da dívida; que a depoente disse não daria o dinheiro a G.; que G. portava uma faca, arrombou o portão e entrou no quintal da residência da depoente; que a declarante acionou a Polícia e saiu para o quintal para conversar com G.; que este insistia em receber a dívida e a declarante relutava pelo não pagamento; que, passado algum tempo; G. foi embora, pois percebeu que a Polícia estava por chegar; que G. disse que irá ficar vigiando a declarante e retornará para receber a dívida; que, quando a Polícia chegou, a declarante relatou o ocorrido e passou as características de G. para os policiais; que, realizado patrulhamento nas proximidades, G. foi encontrado e encaminhado a Delegacia; que G. confirmou os fatos narrados pela declarante e em seguida foi liberado; que a declarante se encontra amedrontada, abalada psicologicamente e teme por sua segurança e de sua família, devido às ameaças de G.; que solicita providências dessa Promotoria de Justiça. [...] (M.A.M.)

No mesmo sentido, foram as suas palavras em juízo:

[...] que confirma suas declarações prestadas no Ministério Público, conforme f. 09/10, bem como reconhece sua assinatura ali lançada; que não conhece G.; que conhecia a irmã dele de nome B.; que o filho não morava com a depoente e continua não morando; que as galinhas pertenciam à depoente; que ficou muito abalada com estes fatos e que precisou de fazer tratamentos; que sua filha de 9 anos também ficou muito abalada com o ocorrido. [...] (f. 130).

Em face da própria clandestinidade da infração, ressaltam as palavras da vítima como elementos de forte convicção do julgador, em especial, se aquelas se encontram em perfeita harmonia com as demais provas colacionadas.

Nesse sentido: “Em delito de natureza patrimonial praticado na clandestinidade, a palavra da vítima idônea prevalece sobre a do réu, mormente quando em perfeita consonância com o contexto probatório dos autos” (*RJTAMG*, 87, p. 304).

Corroborar a palavra da vítima o depoimento da informante F.P.M., às f. 57/58:

[...] que a depoente recebeu uma ligação de sua mãe, que a mesma estava muito nervosa e desesperada; que a depoente se deslocou até a residência para ver do que se tratava; que ao chegar ao local a depoente constatou que o portão estava danificado e o indivíduo já havia evadido do local; que um indivíduo adentrou na casa de sua mãe com o intuito de furtar um galo; que a declarante disse que o indivíduo pediu sua mãe uma quantia em dinheiro ou caso ela não desse, ele iria pegar um galo; que o indivíduo portava uma faca; que a declarante disse que o indivíduo queria intimidar sua mãe e usou de desculpa seu irmão, que é usuário de drogas, e que poderia estar devendo o indivíduo; que a declarante relatou que sua mãe ficava em casa com sua irmã menor de idade, sozinhas, e que o indivíduo sabia disto; que então estava querendo dinheiro da mãe da declarante e acredita que, se sua mãe desse o dinheiro para ele, o mesmo voltaria sempre exigindo dinheiro. [...] (Confirmadas em juízo a f. 131).

À sua vez, a informante F.M.M. também confirma as declarações da vítima:

[...] que sobre os fatos a depoente relata que sua mãe estava em casa com sua irmã menor de idade, sozinhas; que a mãe da declarante ligou para a mesma, informando que havia um homem dentro da residência e que o mesmo portava uma faca; que o autor sempre ameaçava sua mãe; que o autor foi até a residência da mãe da declarante com o intuito de intimidá-la; que o autor foi na residência às 5:00h da manhã, pulou o muro e tentou roubar algumas galinhas; que a mãe da declarante percebeu o barulho e disse “o que esta acontecendo, o que é isso?”; que o autor disse que iria pegar algumas galinhas em troca de uma dívida de drogas que tinha com seu irmão M.; que a mãe da declarante disse que iria acionar a polícia, e o mesmo evadiu do local; que por volta de 7:30, o autor voltou na casa da mãe da declarante e falou que iria arrombar o portão, e que o mesmo então veio a pular o muro, insistindo em receber a dívida de R\$ 15,00; que foi quando a mãe da declarante disse que a polícia já estava chegando e que a mesma não iria pagar a dívida; que o autor novamente evadiu do local; que os policiais chegaram ao local; que os policiais fizeram buscas nas mediações do local; que o autor foi localizado pelos policiais. [...] (f. 55).

[...] que confirma suas declarações prestadas na Depol, conforme f. 55, bem como reconhece sua assinatura ali lançada: que sequer havia certeza pela depoente e sua mãe de que havia dívida de seu irmão face ao denunciado: que sua mãe ficou muito abalada, bem como sua irmã menor: que depois do ocorrido teve que levá-la da delegacia ao hospital: que seu irmão já nem morava com a mãe mais e as aves do quintal pertenciam à mãe da depoente; que seu irmão já residiu com a mãe: que seu irmão era usuário de drogas. [...] (f. 132).

Nota-se pelas declarações da vítima que o arcabouço probatório, coeso e harmônico, é suficiente a certificar o emprego de grave ameaça à vítima, por parte do apelante, e, conseqüentemente, sustentar a condenação pelo delito de extorsão, já que cabalmente demonstrado que o apelante empregou grave ameaça à vítima para assegurar a subtração do dinheiro. A vítima inclusive solicitou providências junto à Promotoria de Justiça por se sentir atemorizada.

Além de tudo, as declarações da vítima, não se encontram isoladas nos autos, sendo corroboradas pelo depoimento das testemunhas.

Do mesmo modo, não se sustenta a alegação de que a vantagem econômica obtida pelo apelante seria legítima (apesar de ilícita), pois o próprio apelante afirma que não havia dívida entre ele e o filho da vítima.

A propósito, M.F.M., filho da vítima, disse:

[...] que na data dos fatos o declarante não estava em casa; que estava em casa no momento do ocorrido somente sua genitora e a irmã do declarante; que o declarante informa que não estava devendo nenhuma quantia ao indivíduo de apelido “N.”; que o declarante disse que o autor estava tentando “passar a perna em minha mãe”, dizendo que o declarante estava devendo ao mesmo uma quantia de R\$ 15,00; que sua mãe não acreditou na história e chamou a polícia; que o declarante se encontra preso no Presídio Floramar há aproximadamente um ano e dois meses por tráfico de drogas; que o declarante disse que o autor G. é usuário de drogas e já foi preso mais de três vezes; que o declarante não sabe informar onde G. possa ser encontrado. [...] (f. 60).

Assim, restou demonstrado, de forma inequívoca, o dolo do apelante em auferir vantagem econômica, uma vez que a prova oral dá conta de que ele exigiu dinheiro da vítima, sob grave ameaça, e que houve a vontade deliberada de obter vantagem indevida - extorquir, e não o ressarcimento de um dano.

Em suma, diante da incontestável logicidade proporcionada pelo acervo probatório colacionado aos autos, nenhuma outra solução há, salvo manter a condenação imposta ao apelante.

Lado outro, é de ser reconhecida a modalidade tentada do delito, uma vez que a vítima não cedeu às ameaças do acusado, procurando a ajuda dos filhos e da polícia militar, negando-se a pagar o valor exigido, R\$15,00 (quinze reais).

É certo que este Relator defende a tese de que o delito de extorsão é crime formal, ou seja, se consuma com a ação consubstanciada no núcleo do tipo, sendo irrelevante o resultado final pretendido - a obtenção da vantagem indevida.

Muito embora seja um delito formal, o crime de extorsão admite a figura da tentativa, na hipótese em que a vítima não cede às exigências do autor.

Sobre o assunto, confira-se a lição do ilustre penalista Guilherme de Souza Nucci:

[...] em que pese defendermos ser a extorsão um crime formal (não exige o resultado naturalístico consistente na redução do patrimônio da vítima), ainda há alguns aspectos a considerar no tocante ao momento consumativo. Ocorre que há, fundamentadamente, três estágios para o cometimento da extorsão. 1º) o agente constrange a vítima, valendo-se de violência ou grave ameaça; 2º) a vítima age, por conta disso, fazendo, tolerando que se faça ou deixando de fazer alguma coisa; 3º) o agente obtém a vantagem econômica almejada. Este último estágio é apenas configurador do seu objetivo (com o intuito de [...]), não sendo necessário estar presente para concretizar a extorsão. Entretanto, o simples constrangimento, sem que a vítima atue, não passa de uma tentativa. Para a consumação, portanto, cremos mais indicado atingir o segundo estágio, isto é, quando a vítima cede ao constrangimento imposto e faz ou deixa de fazer algo [...] (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código comentado*. 10. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2010, p. 768 e 769).

Sobre a matéria, também, tem-se a lição de Alberto Silva Franco e Rui Stoco:

[...] Mesmo em face da natureza formal do delito de extorsão, admite-se a forma tentada, comportando a conduta um *iter criminis* que pode ser interrompido por circunstâncias alheias à vontade do agente. Basta, para tanto, considerar a hipótese de que, não obstante o constrangimento, pelo agente, por meio da violência física ou moral, a vítima não pratica a conduta positiva ou negativa pretendida [...] (*Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui (Coordenadores). 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, f. 809).

In casu, a despeito do constrangimento imprimido, por circunstâncias alheias às vontades do apelante, qual seja o acionamento da polícia militar, a vítima não chegou a praticar qualquer comportamento que contribuísse para a obtenção da vantagem econômica.

Embora ocorrido o constrangimento por parte do acusado, por circunstâncias estranhas aos seus desígnios, a contribuição ativa da ofendida, necessária para a configuração do delito de extorsão, não aconteceu, restando interrompido o *iter criminis*.

Neste sentido é a jurisprudência deste Sodalício:

Penal. Processual penal. Apelação. Extorsão. Tentativa. Materialidade. Autoria. Palavra da vítima. Coerência com os demais elementos. Provas seguras. Imperativa a condenação. Menor quantidade da execução. Decote máximo. Parcial provimento. Em delitos como o de extorsão, que geralmente ocorre às escondidas, a palavra da vítima tem grande relevância e serve como prova para a condenação quando é corroborada pelos demais elementos coligidos. Demonstrada a ocorrência de constrangimento contra a vítima, nos termos do art. 158, *caput*, do Código Penal, configurado está o delito de extorsão, sendo irrelevante a efetiva obtenção da indevida vantagem econômica. Se

a vítima, mesmo ameaçada pelo agente, não entrega o valor exigido e não se intimida, de modo a interromper a extorsão logo em seu início, configurada está a tentativa. A causa de diminuição da tentativa deve ser aplicada de acordo com a quantidade da execução percorrida pelo agente, quanto mais distante da consumação, maior a fração de diminuição a ser aplicada. Recurso parcialmente provido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0479.08.148402-0/001, Rel.^a Des.^a Jane Silva, 3ª Câmara Criminal, j. em 16/6/2009, p. em 31/7/2009).

Portanto, conclui-se que o delito não se consumou.

Assim, desclassifica-se a conduta do apelante para a modalidade tentada.

No tocante à fração, será 2/3, eis que o delito restou longe de se consumir, em razão da pronta atuação da vítima e da polícia militar.

Feitas essas considerações, passa-se à nova dosimetria:

Observadas as circunstâncias judiciais delineadas na sentença, fixam-se as penas-base em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, inexistente atenuante a ser considerada. Presentes as agravantes da reincidência majoram-se as sanções para 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, conforme sentença.

Não existem causas gerais ou especiais de aumento.

Devido ao reconhecimento da causa geral de diminuição de pena relativa à tentativa, as sanções são reduzidas em dois terço, concretizando-se em 01(um) ano, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 05 (cinco) dias-multa.

Mantém-se o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda, em razão dos maus antecedentes e da reincidência do apelante, que restou devidamente comprovada pela Certidão de Antecedentes Criminais de f. 97/100 e 105/107.

A reincidência do apelante obsta a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, *ex vi* do art. 44, II, do Código Penal.

Pelo exposto, dá-se parcial provimento ao recurso, para reconhecer a causa geral de diminuição de penas pela tentativa, estabelecendo as penas em: 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 05 (cinco) dias-multa, nos termos deste voto.

Custas na forma estabelecida pela sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelações criminais - Crime ambiental - Caça a espécimes da fauna silvestre - Estatuto do desarmamento - Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Corrupção ativa - Autoria e materialidade evidenciadas - Recursos conhecidos e não providos

- Em se tratando de réu multireincidente, não há falar em bis in idem quando uma das condenações é valorada na primeira fase da dosimetria das penas como maus antecedentes, e a outra levada a cabo para configuração da agravante da reincidência.

- As informações prestadas pelo policial, corroboradas pelo depoimento de uma testemunha civil são suficientes para comprovar o delito de corrupção ativa, sendo ainda vazia e pueril a alegação defensiva de que o réu queria apenas saber qual seria o valor da fiança a se poderia pagá-la diretamente ao militar que o surpreendeu em flagrante.

- Deve ser mantida a majorante da caça realizada durante o período noturno, ante a obviedade das provas produzidas.

- As reprimendas não podem ser reduzidas para aquém dos mínimos legais na segunda fase da dosimetria das penas, consoante entendimento sumulado por este Eg. Tribunal, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, Súmulas 44 e 231, respectivamente.

- A pena de dias-multa, pelo fato de decorrer da própria condenação, não pode ser excluída ao argumento de que ser o réu pobre e não poder com ela arcar. Ademais, incabível a sua redução quando a sanção tiver sido fixada no valor unitário mínimo legal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0334.16.002189-8/001 - Comarca de Itapajipe - 1º Apelante: A.P. - 2º Apelante: A.F.M. - 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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 8 de novembro de 2017. - *Corrêa Camargo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de apelações criminais interpostas por A.P. e A.F.M., já que, irresignados com a r. sentença de f. 214-225, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o primeiro pela prática de crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, em concurso material com o art. 29, § 4º, III, da Lei nº 9.605/98, submetendo-o às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, em regime semiaberto, e 36 (trinta e seis) dias-multa, estes fixados na razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, e o segundo pela

prática de crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, em concurso material com o art. 29, § 4º, III, da Lei nº 9.605/98, e art. 333 do Código Penal, submetendo-o às penas de 04 (quatro) anos de reclusão e 01 (um) ano de detenção, em regime semiaberto, e 40 (quarenta) dias-multa, estes fixados na razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, e, ao final, suspendendo para ambos a exigibilidade do pagamento das custas e demais despesas processuais.

A.P., em suas razões recursais, ofertadas às f. 241-243, requereu o ajuste das reprimendas, alegando *bis in idem*, já que a reincidência teria sido utilizada para aumentar as penas-base e, na segunda fase, ser compensada com a atenuante da confissão espontânea.

A.F.M., em suas razões recursais, ofertadas às f. 244-252, requereu a absolvição pelo crime de corrupção ativa, alegando debilidade probatória, o decote da causa especial de aumento de pena pela caça de espécimes da fauna silvestre durante a noite, o não reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea e a isenção de multa diária por ser pobre na acepção jurídica do termo.

O apelado, por seu turno, apresentou contrarrazões às f. 261-267, rebatendo as teses apresentadas e requerendo o não provimento dos recursos aviados.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça assim o fez às f. 275-287.

É o relatório,

Passa-se à decisão:

Recursos próprios e tempestivos, motivo pelo qual deles conheço.

Para contextualizar, eis os fatos narrados na denúncia:

Consta dos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 15 de novembro de 2016, no período noturno, no interior do Sítio Beira Rio, situado na Zona Rural de Itapagipe/MG, os denunciados A.P. e A.F., agindo em concurso e identidade de desígnios, portavam armas de fogo e munições de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Extraí-se, ainda, do incluso caderno investigatório que, nas mesmas condições de tempo e lugar acima mencionados, os denunciados A.P. e A.F., agindo em concurso e identidade de desígnios, durante o período noturno, caçaram, mataram e apanharam espécimes da fauna silvestre nativos, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Consta, por fim, do incluso procedimento que, naquela mesma oportunidade, o denunciado A.F. ofereceu e prometeu vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a omitir ato de ofício.

Segundo se apurou, na data dos fatos, os denunciados, previamente ajustados para realizarem a caça ilegal de animais silvestres, armaram-se cada um com uma espingarda, adentraram no veículo marca VW, modelo Gol, placa ERM-0353 e se dirigiram até um imóvel localizado na zona rural deste município.

Lá chegando, os denunciados adentram numa propriedade rural e efetuaram disparos com o escopo de abater animais, momento em que, em razão dos estampidos provenientes dos tiros, os moradores dos sítios daquela localidade acionaram a Polícia Militar, temendo se tratar de roubo.

Os castrenses, então, foram até o local dos fatos, oportunidade em que, durante o trajeto, avistaram e, ato contínuo, abordaram o veículo em que os denunciados se deslocavam, o qual estava trafegando em sentido contrário.

Realizadas buscas no interior do automóvel, os policiais militares localizaram 2 (duas) armas de fogo, tipo espingarda, calibres .32 e .36, respectivamente, 3(três) cartuchos intactos, bem como apreenderam 3(três) animais da fauna silvestre abatidos, quais sejam, 2(dois) tatus e 1 (uma) pomba, conforme autos de apreensão de f. 38 e 44.

Indagado a respeito, o denunciado A.F. confessou ser o dono da arma de fogo calibre .36, assim como confirmou que ali estava, juntamente com o inculpaado A., para realizar a caça de animais.

Ainda no momento das buscas, o inculpaado A.F. ofereceu a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais) ao policial militar para que “pudessem resolver o problema naquele local, e que se a quantia ofertada fosse pouca daria um jeito de sacar mais dinheiro para fazer o ‘acerto”.

Na ocasião, foi apreendida a quantia de R 330,00 (trezentos e trinta reais) em espécie, que estava na carteira do denunciado A.F., montante que seria utilizado para corromper o referido policial militar (f. 02). Em seguida, ambos os denunciados foram presos em flagrante delito.

As espingardas e os cartuchos foram submetidos à perícia técnica, que constatou que elas se encontravam em perfeito estado de funcionamento e, portanto, poderiam vir a ofender a integridade física de alguém, consoante descrito no respectivo laudo (f. 50/54).

Pelo exposto, estando o denunciado A.P., vulgo “T.”, incurso nas sanções do art. 14 da Lei nº 10.826/2003 e artigo 29, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.605/1998, na forma do art. 69 do Código Penal (concurso material), e o denunciado A.F.M. incurso nas sanções do art. 14 da Lei nº 10.826/2003, art. 29, § 4º, inciso III, da Lei nº 9.605/1998 e artigo 333 do Código Penal, na forma do art. 69 do mesmo Códex (concurso material)...” (f. 02-04).

I - Da primeira apelação (A.P.):

Não há dissenso acerca da autoria e da materialidade delituosas.

O apelante requereu o ajuste das reprimendas, alegando *bis in idem*, já que a reincidência teria sido utilizada para aumentar as penas-base e, na segunda fase, ser compensada com a atenuante da confissão espontânea.

Incompreensível a alegação, já que a sua certidão de antecedentes criminais, encartada às f. 84-86, registra três condenações com trânsito em julgado, podendo uma delas caracterizar a reincidência, enquanto as demais os maus antecedentes.

Bem destacou o *Parquet*:

Em que pese a alegação do recorrido A. na r. sentença condenatória, o magistrado utilizou, na primeira fase da dosimetria da pena, os antecedentes criminais para a exasperação de pena base, tendo em vista a existência de duas condenações penais transitadas em julgado (Processos nº 0334.10.000192-7 e 0334.13.000770-4) e, além disso, valeu-se de uma terceira condenação criminal para a configuração da reincidência (Processo nº 0334.13.002293-5).

Não obstante, na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado verificou a existência da circunstância atenuante relativa à confissão espontânea (art. 65, inciso II, alínea d, do Código Penal), compensando-a com a circunstância agravante relativa à reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal).

Assim, não houve a configuração de *bis in idem*, pois a valoração com relação aos maus antecedentes ocorreu na primeira fase da dosimetria da pena; contudo, a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea ocorreram na segunda fase da dosimetria da pena [...] (f. 263).

Eis a jurisprudência:

TJMG: [...] Sendo o réu multireincidente, portador de maus antecedentes, justificada está a fixação da pena-base acima do mínimo legal, a majoração pela agravante do art. 61, I, do Código Penal e a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, não havendo falar em *bis in idem* (Apelação Criminal nº 1.0183.16.008229-7/001, Rel.ª Des.ª Márcia Milanez, 6ª Câmara Criminal, j. em 4/7/2017, p. em 14/7/2017).

TJMG: [...] Não há que se falar em *bis in idem*, se foram valoradas na sentença condenações definitivas diversas para o reconhecimento de maus antecedentes e reincidência [...] (Apelação Criminal nº 1.0313.11.032667-2/001, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 29/6/2017, p. em 7/7/2017).

Logo, não há falar em *bis in idem* em razão do reconhecimento dos maus antecedentes e da agravante da reincidência, quando o agente possui mais de uma condenação com trânsito em julgado para as partes, sendo uma delas usada para elevar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e as demais para caracterizar a reincidência do acusado.

Por derradeiro, não se percebem quaisquer incorreções nas dosimetrias das penas, sendo as reprimendas aplicadas de forma a atender aos princípios da legalidade, da personalidade, da individualização, da proporcionalidade, da necessidade e da utilidade social.

II - Da segunda apelação (A.F.M.):

Como primeiro tópico, o apelante requereu a absolvição pelo crime de corrupção ativa, por debilidade probatória, já que não ofereceu dinheiro ao policial para se livrar do flagrante.

Alegou tratar-se de um equívoco, pois sua intenção era saber o valor da fiança e se deveria pagá-la diretamente ao policial militar, à polícia civil, ou quiçá, a algum órgão estatal.

Registrou que nunca fora preso, razão pela qual desconhecia o procedimento.

Contudo, o policial militar L.C.M., em sede inquisitorial e em Juízo, às f. 02 e 210, deixou bem claro que o caso seria de corrupção ativa, já que A.F. lhe oferecera R\$ 300,00 para que se omitisse, deixando de praticar seu dever de ofício, consistente em prender o apelante em flagrante delito, deixando-o ir embora.

Corroboram a autoria, as declarações da testemunha civil G.C.N.A., extrajudicialmente e em Juízo, às f. 04 e 211, por haver presenciado a tentativa de A. em subornar o policial.

Com relação aos depoimentos prestados por policiais, não furta a lei sua validade, tanto que não os elenca entre os impedidos ou suspeitos, não os dispensa do compromisso de dizerem a verdade, nem os poupa dos inconvenientes do crime de falso testemunho, caso venham a sonegar a realidade dos acontecimentos.

Nesta quadra:

STF: “[...] 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” (HC nº 74.608-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

Ou ainda:

STJ: 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 (*HC 168.476/ES*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 25/11/2010, *DJe* de 13/12/2010).

STJ: 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 (*HC 146.381/SP*, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 17/6/2010, *DJe* de 9/8/2010).

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).

Além do mais, a palavra do policial L.C.M. denota total confiabilidade, já que não teria motivo para prejudicar um inocente, pessoa que sequer conhecia.

Leia-se:

Não se pode presumir em policiais ouvidos como testemunhas a intenção de incriminar falsamente o acusado da prática de crime contra a saúde pública na modalidade de tráfico de entorpecentes por asseverarem que a substância tóxica foi encontrada em poder daquele. A presunção, ao contrário, é de idoneidade dessas testemunhas, ainda mais quando seus depoimentos são seguros, precisos e uniformes desde a fase inquisitorial e não há qualquer razão concreta de suspeição (*RT 444/406*).

Data venia, o apelante agiu com dolo, pois queria mesmo cometer o crime de corrupção ativa, não sendo crível sua versão exculpatória, ofertada em Juízo à f. 212, de que apenas pretendia saber qual o valor da fiança e a quem a pagaria.

O réu não é um imbecil, mas um homem médio, na acepção jurídica do termo, não podendo alegar desconhecimento da lei (art. 21 do CP), tampouco erro de proibição.

Ademais, sua versão exculpatória acarreta na inversão do ônus da prova, não tendo sua defesa se desincumbido de demonstrar que ele agira por ignorância, estando ausente o elemento subjetivo do tipo penal.

Logo, a condenação é medida que se impõe.

Como segundo tópico, o apelante postulou o decote da causa especial de aumento de pena pela caça de espécimes da fauna silvestre durante a noite.

Para melhor entendimento, eis o tipo penal:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado:

[...]

III - durante a noite;

Primeiramente, foram abatidos dois tatus-galinha e uma pomba.

Em pesquisa realizada, fácil verificar que os tatus são animais que possuem hábitos noturnos, ficam na toca durante o dia, saindo à noite para procurar alimentos.

Logo, absurda a tese de que a majorante do inciso III deva ser decotada porque tatus só podem ser caçados durante o dia.

Lado outro, o fazendeiro G.C. recebera telefonemas de vizinhos, alertando-o de que teriam ouvido disparos de arma de fogo em sua propriedade rural, por volta de 21h, sendo que G. procurara a polícia às 21h30 e, por desdobramento, os réus teriam sido surpreendidos em flagrante às 22h. É o que se infere das declarações do fazendeiro, à f. 04, e dos horários registrados no Boletim de Ocorrência às f. 11-14.

Ademais, cabia ao réu demonstrar que a caça fora realizada durante o dia, não se desincumbindo, contudo, do ônus da prova.

Logo, deve ser mantida a causa especial de aumento de pena referente à caça noturna.

Como terceiro tópico, o apelante postulou o reconhecimento e a aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea.

Tanto para o crime inserto no estatuto de desarmamento, quanto para o delito ambiental, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

Contudo, a redução das reprimendas para aquém dos mínimos previstos, quando da segunda fase da dosimetria das penas, encontra óbice em entendimento já sumulado por este Tribunal e pelo Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 42 do TJMG - Nenhuma circunstância atenuante pode reduzir a pena aquém do mínimo legal, como nenhuma agravante pode aumentá-la além do máximo cominado.

Súmula nº 231 do STJ: A Incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Deste modo, não há como acolher a pretensão.

Como quarto e último tópico, o apelante requereu a isenção da multa diária, por ser pobre na acepção jurídica do termo.

Quanto ao pedido de isenção da pena de multa, impossível o acolhimento do pleito. Tal pena tem caráter de sanção, é uma reprimenda propriamente dita, não comportando redução ou mesmo isenção, a exemplo do que ocorre com o tributo. O pagamento da multa é revertido ao Fundo Penitenciário Nacional, e o fato de o réu não ter boas condições financeiras, como alega a Defesa, já foi levado em conta ao se fixar o dia-multa no mínimo legal, ou seja, em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Ao ensejo, não se percebem quaisquer incorreções nas dosimetrias das penas, sendo as reprimendas aplicadas de forma a atender aos princípios da legalidade, da personalidade, da individualização, da proporcionalidade, da necessidade e da utilidade social.

III - Conclusão.

Tudo considerado, nego provimento aos recursos, mantendo na íntegra a bem lançada sentença penal condenatória, prolatada em primeiro grau de jurisdição.

Custas conforme estabelecidas em sentença.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDUARDO BRUM e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

• • •

Apelação criminal - Violência doméstica - Aplicação do *sursis* especial - Possibilidade

- O *sursis* especial deve ser concedido quando as circunstâncias do crime forem totalmente favoráveis ao condenado e se for impossível reparar o dano.

- A restrição de direito consistente em prestação de serviço à comunidade, apesar de poder ser aplicada como condição *sursitária* no primeiro ano do período de prova (art. 78, § 1º, do CP), não pode ser imposta cumulativamente com as do § 2º do referido artigo sem a devida fundamentação (art. 79 do CP), pois estas são substitutivas daquela, quando estiverem presentes os requisitos legais.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0710.12.002502-2/001 - Comarca de Vazante - Apelante: I.F.V. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: A.C.F. - Relator: DES. FLÁVIO BATISTA LEITE

Acórdão

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

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2017. - *Flávio Batista Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelação interposta por I.F.V., que foi denunciada, juntamente com A.C.F., como incurso nas iras do art. 129, § 9º, do CP (violência doméstica).

A denúncia narra que: “[...] na data de 12/5/2012, por volta de 02h30min, na Rua Vereador José Correia de Andrade, nº 113, Vazante Sul, nesta cidade, os denunciados praticaram lesão corporal, um contra o outro”.

Narram os autos que A. e I. são amasiados há aproximadamente dois anos. Na data dos fatos, ambos tinham frequentado um bar, local em que iniciaram uma discussão, indo A. embora primeiro que I. No momento em que I. retornou para a residência, o casal retornou a discussão e, posteriormente, de forma recíproca, praticaram agressões físicas.

A polícia militar foi acionada, e os denunciados foram encaminhados ao Hospital Municipal. Realizaram-se exames de corpo de delito, resultando lesão corporal em ambos, porém em I. constatou-se a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, por ter fraturado a costela. Frente às ocorrências, I. requereu medidas protetivas.

Diante do exposto, o Ministério Público denuncia a Vossa Excelência A.C.F. e I.F.V. como incurso nas sanções dos arts. 129, § 9º [...] (sic, f. 01D e v.).

Finda a instrução criminal, o juiz julgou procedente a denúncia e condenou cada um dos acusados às penas iguais de três meses de detenção, no regime aberto, suspensas por dois anos mediante o cumprimento das seguintes condições: prestação de serviços à comunidade por três meses, proibição de frequentar bares,

boates e lugares congêneres, proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juiz e comparecimento pessoal mensal a juízo para informar e justificar suas atividades (f. 97/101-v. e 110).

Os réus estão soltos.

Intimações da sentença regulares.

A defesa de I.F.V. apelou e, nas razões de f. 114/118, requereu a concessão do *sursis* especial com o decote da condição de prestação de serviço à comunidade.

Nas contrarrazões de f. 119/120, o *Parquet* pugnou pela procedência do recurso, com o que concordou a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 125 e v.).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

Ausente tese preliminar, arguida ou que deva ser apreciada de ofício, passo à análise do mérito da apelação.

Autoria e materialidade incontestes, tanto que a defesa nem sequer se insurgiu contra elas.

Busca a defesa a concessão do *sursis* especial previsto no art. 78, § 2º, do CP e, por conseguinte, o decote da prestação de serviço à comunidade.

Com razão.

O Código Penal prevê três modalidades de suspensão condicional da pena: 1) o *sursis* simples (art. 78, *caput* e § 1º); 2) o *sursis* especial (art. 78, § 2º); e 3) o *sursis* etário e humanitário (art. 77, § 2º).

O art. 78 do Código Penal está assim redigido:

Art. 78. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de frequentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Art. 79. A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

Extrai-se da sentença que o magistrado concedeu à apelante o benefício da suspensão condicional da pena mediante condições do *sursis* simples (art. 78, § 1º, do CP) e do *sursis* especial (art. 78, § 2º, do CP). Estas foram as condições impostas pelo douto colega:

- * Prestação de serviços junto à APAE pelo prazo de 03 (três) meses, na razão de 08 (oito) horas semanais;
- * Proibição de frequentar bares, boates e lugares congêneres;
- * Proibição de ausentar-se da comarca sem autorização do juiz;
- * Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (sic, f. 101-v.).

Conforme entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência, as condições elencadas nesses parágrafos não podem ser cumuladas, de forma que o julgador deve aplicar ou uma ou outra.

Sobre a questão:

[...] o legislador criou dois tipos de suspensão condicional da pena: a) o simples, consistente na aplicação das condições de prestação de serviços à comunidade ou limitação de fim de semana (art. 78, § 1º); b) especial, consistente na aplicação das outras condições, previstas no art. 78, § 2º (proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca na qual reside, sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades). O simples é mais severo do que o especial, de forma que somente se aplicará o primeiro caso se as condições pessoais do réu ou as circunstâncias do crime assim estejam a indicar [...] É tranquilo o entendimento de que as condições dos §§ 1º e 2º do art. 78 não podem ser aplicadas cumulativamente. Assim: TACIM/SP [atual TJSP]: RT 671/341; TJSP: Ap. 145.287-3-SP, 4ªC, rel. Bittencourt Rodrigues, 19.06.1995, v.u.; Ap 190.893-3, Brotas, 3ªC, rel. Pereira da Silva, 09.06.1997, v.u. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 493).

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

A restrição de direito consistente em prestação de serviço à comunidade, apesar de poder ser aplicada como condição sursitária no primeiro ano do período de prova (art. 78, § 1º, CP), não pode ser imposta cumulativamente com as do § 2º do referido artigo, pois estas últimas são substitutivas daquela, quando presentes os requisitos legais (Apelação Criminal 1.0428.10.001279-1/001, Relator Des. Nelson Missias de Moraes, 2ª Câmara Criminal, j. em 13/6/2013, p. em 25/6/2013)

Verifico que, no caso em apreço, não há de se falar em reparação do dano e que as circunstâncias do art. 59 do CP foram analisadas pelo juiz como integralmente favoráveis. Por isso, nos termos do § 2º do art. 78 do CP, a recorrente faz jus às restrições do *sursis* especial, o que torna impróprio obrigá-la a cumprir também as imposições do § 1º daquele dispositivo, pois a redação legal fala em substituição das medidas do § 1º por aquelas do § 2º.

Em outras palavras, adotadas as restrições do § 2º do art. 78 do CP (*sursis* especial), afastam-se aquelas do § 1º (*sursis* simples). A propósito:

No caso de concessão do *sursis* especial, a condição de prestar serviços à comunidade ou submeter-se à limitação de fim de semana é substituída por aquelas estabelecidas pelo § 2º do art. 78 do Código Penal (ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal*. Curso completo. Parte geral. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 833).

Convém destacar que o art. 79 do CP faculta ao magistrado fixar outras condições desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado. Contudo, para tanto, deve o magistrado apresentar justificativa razoável, o que não aconteceu no caso em debate.

Dessa forma, verifico que a condição de prestar serviços à comunidade deve ser decotada pelo fato de a recorrente preencher os requisitos constantes no § 2º do art. 78 do Código Penal.

Por todo o exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO para decotar a condição de prestar serviços à comunidade imposta pelo magistrado ao conceder a suspensão condicional da pena à recorrente. Em observância ao art. 580 do CPP, estendo os efeitos dessa decisão ao corrêu não apelante, A.C.F.

Sem custas recursais, tendo em vista o provimento do recurso.

Deixo de determinar a expedição de mandado de prisão contra a apelante porque a sua pena corporal, cujo regime de cumprimento é o aberto, foi suspensa.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores WANDERLEY PAIVA e KÁRIN EMMERICH.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Crime de tentativa de furto qualificado - Reconhecimento do furto famélico - Possibilidade - Estado de necessidade comprovado - Absolvição

- Resta caracterizado o furto famélico quando o agente pratica o delito com intuito exclusivo de saciar a sua fome ou de terceiro, quando não possuía outros meios para fazê-lo, agindo em situação nítida de emergência.

- A situação de extrema penúria material do réu e de sua família à época do crime, com privação de elemento básico e essencial à sobrevivência, justifica, no presente caso, o reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0694.15.004377-6/001 - Comarca de Três Pontas - Apelante: C.L.A. - Apela-do: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.R. - Relator: DES. CATTA PRETA

Acórdão

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

Belo Horizonte, 31 de agosto de 2017. - *Catta Preta* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. CATTA PRETA - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por C.L.A., contra a r. sentença (f. 130/134) em que o Exmo. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu pela prática da conduta prevista no art. 155, § 4º, inc. I, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal, às penas de 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 17 (dezesete) dias-multa.

Nas razões recursais, a defesa pleiteou a absolvição do apelante, em virtude do reconhecimento da inexigibilidade de conduta diversa ou do estado de necessidade. Pugnou, ainda, pela absolvição do réu, sob o argumento fundado na necessidade de aplicação do princípio da insignificância. Alternativamente, requereu o decote da qualificadora do rompimento de obstáculo; a redução da pena-base; a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea; o afastamento dos maus antecedentes e a fixação do regime prisional semiaberto (f. 138v/147-v.).

Em contrarrazões, o Ministério Público pleiteou o não provimento do recurso (f. 149-v./155-v.).

No seu parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pela absolvição do réu com base no reconhecimento do estado de necessidade. Alternativamente, opinou pelo decote da qualificadora do rompimento de obstáculo e pela fixação do regime inicial semiaberto (f. 167/173).

Despacho (f. 175-TJ).

É o relatório.

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conhece-se do recurso interposto.

Narra a denúncia que, em 21 de julho de 2015, por volta das 14h20min, [...], na Comarca de Três Pontas/MG, o réu, mediante rompimento de obstáculo e escalada, tentou subtrair, para si ou para outrem, coisas alheias móveis, quais sejam uma mochila de cor cinza, um binóculo, diversas ferramentas, carnes congeladas e um pacote de café em pó, pertencentes a G.R., somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Segundo foi apurado, o acusado passava pelo local descrito e, aproveitando-se da falta de vigilância, decidiu praticar o furto.

Para tanto, escalou o muro que cerca a residência da vítima, arrombou uma janela lateral, ingressando no imóvel. Dentro do imóvel, o apelante arrecadou os bens acima descritos e os passou por cima do muro para fora do imóvel. Em seguida, retornou para o interior da residência, a fim de arrecadar mais objetos. Todavia, a Polícia Militar foi comunicada do furto em andamento, compareceu no local e prendeu o réu em flagrante (f. 1D/1D-v.).

Primeiramente, importante registrar que a autoria e a materialidade do crime de furto estão cabalmente comprovadas nos autos.

Contudo, no caso, julga-se que o réu deve ser absolvido em virtude do reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Como cediço, para a caracterização do furto famélico, é necessário que o agente comprove que praticou o delito apenas para saciar a sua fome ou de terceiro, sendo esta a única alternativa, em situação de nítida emergência. Dessa forma, a defesa deve demonstrar que os bens subtraídos se destinavam à imediata tutela da vida ou da integridade física do acusado ou de terceiros, o que restou comprovado nos autos.

O apelante, em seu interrogatório, relatou que praticou o delito para alimentar a sua família, que estava passando por dificuldades financeiras. Saliou que pegou a bolsa apenas para levar a carne e o pó de café, destacando que não percebeu que havia um binóculo e ferramentas dentro dela. Veja-se:

[...] que confirma parcialmente os fatos narrados na denúncia; que somente tentou furtar o pote de café e a carne; que sua família estava passando necessidade; que não reconhece as ferramentas que estavam no bolsinho da bolsa; que o interrogando pegou a bolsa para colocar a carne e o pó de café; que retornou para casa porque viu a viatura chegando; que não destruiu o trinco da janela, pois a janela estava aberta; que na casa não tem muro; que não pegou as ferramentas nem o binóculo; que não viu que o binóculo estava na bolsa; que só queria alimentar sua família [...] que tentou a liberação de seu pecúlio semana passada; que o valor recebido foi R\$1.600,00 (mil e seiscentos reais); que tinha mais objetos de valor na casa, tais como televisão, botijão de gás [...] (f. 101/101-v).

A testemunha J.M.P.R., servidora da vara de execução penal, disse que o réu ia constantemente à vara para tentar levantar o pecúlio, referente a uma execução que estava arquivada, contudo, afirma que ele não conseguiu retirar o dinheiro antes dos fatos em exame:

[...] que a depoente é agente judiciário e trabalha na Vara Criminal; que trabalha nos processos de execução penal; que conhece o réu em razão do seu trabalho; que o réu tinha uma execução penal, mas foi arquivada recentemente; que na execução penal, tinha um pedido de liberação de pecúlio; que o pedido foi autorizado pelo juiz,

mas o pecúlio não foi levantado antes dos fatos, por causa de divergência de valores; que o réu ia constantemente na vara criminal; que nunca atendeu o réu; que não sabe se o réu estava passando necessidade, mas acredita que sim [...] (f. 99).

A testemunha T.A.B.D., vizinha do apelante, disse que ele e a esposa estavam passando por dificuldades financeiras, uma vez que ambos estavam desempregados, e o réu não conseguiu levantar o pecúlio na vara criminal:

[...] que é vizinha do réu e da esposa dele há dois anos; que antes do réu ser preso, ele estava passando dificuldade financeira; que o réu e a esposa estavam desempregados; que o réu tentou uma liberação de um dinheiro no fórum, mas não estava dando certo; que o réu tem filho de 09 meses (f. 100).

Pelos depoimentos transcritos, observa-se que o réu tentou subtrair os alimentos em razão de a sua família se encontrar em situação de extrema penúria, tendo em vista que ele e a esposa estavam desempregados e possuíam 4 (quatro) filhos, sendo um de apenas 9 (nove) meses de idade.

Ademais, é de conhecimento de todos que os egressos do sistema penitenciário têm grandes dificuldades para encontrar emprego em razão do preconceito da sociedade, fato que impulsionou o réu a praticar do delito, tendo em vista a sua posição de provedor da família.

Como restou demonstrado, o acusado estava aguardando a liberação do pecúlio, referente à sua execução penal que havia sido baixada recentemente, todavia, não conseguiu levantar o dinheiro, o que não lhe deixou alternativa a não ser tentar subtrair os alimentos para suprir as necessidades básicas da sua família.

Sobre o furto famélico, Cleber Masson estabelece:

[...] É a denominação utilizada pela doutrina e pela jurisprudência relativamente ao furto cometido por quem subtrai alimentos em geral para saciar a fome e preservar a saúde ou a vida própria ou de terceiro, quando comprovada uma situação de extrema penúria. Pode-se citar o exemplo da mãe enferma e desempregada, que subtrai um pacote de fubá para alimentar sua filha, de pequena idade e faminta.

Não há crime em face da exclusão da ilicitude pelo estado de necessidade. Com efeito, dispõe o art. 24, *caput*, do Código Penal:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por vontade própria, nem podia de outro modo evitar, o direito própria ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Sacrifica-se um bem de menor valor (patrimônio) para salvaguardar um bem de maior valor (saúde ou vida humana). Exige-se o perigo atual, de modo que não se permite a subtração para se precaver da fome ou de terceiro, e que tenha voluntariamente se colocado na situação de penúria [...] (MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado* - Parte especial. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2014. v.2, p. 339-340).

A situação de extrema penúria material do réu e de sua família à época do crime, com privação de elemento básico e essencial à sobrevivência, justifica, no presente caso, o reconhecimento do furto famélico.

Nesse sentido manifestou o i. Procurador de Justiça, veja-se:

Como se percebe, a prova dos autos é firme no sentido de que o indivíduo se dispôs a investir contra o patrimônio alheio por se encontrar numa situação de total miserabilidade, a ponto de configurar a excludente de ilicitude prevista no art. 24 do CP, relativa ao estado de necessidade.

Trata-se, assim, do furto famélico, causa justificadora que se restringe a casos excepcionalíssimos, em que o indivíduo age de forma contrária à ordem jurídica por se encontrar em absoluto estado de penúria a ponto de lhe impingir a necessidade de sacrificar o bem alheio em prol da sua própria subsistência. E, neste caso, foram sacrificados 3kg de carne e 1kg em prol da subsistência de uma família de seis pessoas, das quais quatro são crianças (f. 170).

A propósito, há precedente do Superior Tribunal de Justiça em caso similar:

Habeas corpus. Impetração originária. Substituição ao recurso especial cabível. Impossibilidade. Respeito ao sistema recursal previsto na Carta Magna. Não conhecimento. 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico. 2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento. 3. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Tentativa de furto. Bem de valor ínfimo. Irrelevância. Acusado reincidente. Impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Hipótese de tentativa de furto, no qual não se observa a irrelevância do fato, tendo em vista a reincidência do paciente, situação que demonstra a sua efetiva periculosidade social. 3. O comportamento versado nos autos se amolda tanto à tipicidade formal e subjetiva, quanto à tipicidade material, que consiste na relevância jurídico-penal da ação, visto que restou destacado que o furto em questão não representa fato isolado na vida do paciente, impondo-se, portanto, a incidência da norma penal de modo a coibir a reiteração criminosa.

Tentativa de subtração de alimento perecível. Inexistência de acréscimo no patrimônio do acusado. Circunstâncias. Fome e desemprego. Furto famélico. Manifesto estado de necessidade. Exclusão da ilicitude. Trancamento da ação penal. Concessão da ordem de ofício. 1. Conquanto não se possa considerar a conduta perpetrada pelo paciente penalmente insignificante, o certo é que tentou subtrair uma unidade de gênero alimentício perecível para saciar a sua fome, não havendo dúvidas de que a *res furtiva* não ensejou qualquer acréscimo ao seu patrimônio. 2. A tentativa de furto de uma peça de costela pelo paciente, aliada às circunstâncias da prisão em flagrante, oportunidade na qual confessou o seu desvio de comportamento invocando a necessidade provocada pela falta de recursos materiais, caracteriza a sua atuação em manifesto estado de necessidade, afastando a ilicitude do fato que lhe foi imputado. 3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, salvo se por outro motivo estiver preso (HC 267.447/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 25/6/2013, DJe de 6/8/2013).

Diante das peculiaridades do caso concreto, a tentativa de furto de carne e pó de café pelo acusado, que estava desempregado e passando por sérias dificuldades financeiras, tendo uma esposa e quatro filhos para sustentar, demonstra que ele agiu em manifesto estado de necessidade, ficando, portanto, afastada a ilicitude da conduta perpetrada por ele. Logo, absolve-se o apelante do delito de tentativa de furto qualificado.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, dá-se provimento ao recurso da defesa, para absolver o réu do delito de tentativa de furto qualificado, em razão do reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade, isentando-o de todas as cominações decorrentes deste processo.

Sem custas.

Comunicar.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e RENATO MARTINS JACOB.

Súmula - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Agravo em execução penal - Recurso ministerial - Trabalho externo - Preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivos do art. 37 da LEP - Ausência de alvará de funcionamento do estabelecimento - Benefício que não pode ser negado por força da morosidade da administração pública municipal - Recurso não provido

- O trabalho externo, na execução penal, figura como ferramenta de imensurável valor na ressocialização dos apenados, afastando, por outro lado, os nefastos efeitos da ociosidade inerente ao encarceramento. Dessa feita, não se mostra razoável a imposição de outro requisito para aferição do benefício de trabalho externo, além dos previstos da LEP.

- O indeferimento do exercício de atividade laborativa em empresa em que há irregularidade administrativa - ausência de alvará de funcionamento válido -, somente tem lugar quando concretamente demonstrada a inviabilidade absoluta de fiscalização, o que não ocorre *in casu*.

V.v. - O trabalho externo em empresa privada que não tem convênio com a unidade prisional somente pode ser autorizado em casos excepcionais, diante da dificuldade de vigilância do beneficiário pelo Poder Público.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0713.15.004453-3/003 - Comarca de Viçosa - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: A.H.S.R. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2017. - *Edison Feital Leite* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. EDISON FEITAL LEITE - Cuida-se de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a decisão de f. 13 - TJ, na qual o MM. Juiz de Direito Dr. Omar Gilson de Moura Luz, da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Viçosa, deferiu o pedido de trabalho externo ao agravado A.H.S.R., sob os seguintes argumentos:

[...] O regime prisional é o semiaberto, segundo o atestado de penas de f. 168, e o comportamento é bom (f. 154), isto é, tudo em conformidade com o demandado pelo art. 35, § 2º, do CP, e pelo art. 37 da LEP.

Quanto ao alvará de funcionamento, trata-se de questão administrativa que não impede, mercê do disposto na LEP, a concessão do benefício legal. Para fins de execução, basta que o recuperando preste regularmente, e comprovadamente, os serviços em estabelecimento comercial em funcionamento.

Nesta linha, defere-se o trabalho externo. [...]"

Em suas razões recursais, f. 04/07v, o Ministério Público requer a reforma da decisão agravada para que seja revogado o trabalho externo concedido ao agravado até apresentação de regular e atual alvará de funcionamento.

Sustenta que é necessário que o estabelecimento comercial no qual o apenado cumprirá o trabalho externo esteja isento de qualquer irregularidade.

A defesa, em suas contrarrazões às f. 16/23, pugna pelo não provimento do recurso, mantendo-se a decisão do douto Magistrado na sua inteireza.

Nos termos do art. 589 do CPP, em sede de juízo de retratação, o MM. Juiz de Direito, manteve a decisão combatida, por seus próprios e jurídicos fundamentos, f. 24.

Pelo parecer de f. 31/33, o eminente Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do agravo interposto.

Em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, registrando que não há preliminares ou irregularidades que possam contaminar a validade deste processo.

No caso dos autos, verifica-se que o MM. Juiz *a quo* deferiu o trabalho externo, sob o fundamento de que a ausência de alvará de funcionamento atualizado e regular configura questão administrativa, sem prejuízo à concessão do benefício legal.

Por esta razão, o Ministério Público interpôs o presente agravo, pugnando pela revogação do trabalho externo até a apresentação de regular e atual alvará de funcionamento.

Sem razão o *Parquet*, vejamos.

Conforme consta da decisão aqui combatida, o agravado cumpre pena em regime semiaberto, inexistindo restrições que possam impedir a atividade laboral.

Sabe-se que o trabalho externo, na execução penal, figura como ferramenta de imensurável valor à ressocialização dos apenados, afastando os nefastos efeitos da ociosidade inerente ao encarceramento.

Para o deferimento de tal benesse, é necessária a aferição de requisitos como aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de um sexto da pena, consoante disposto no art. 37 da LEP.

Dessa feita, entendo não ser razoável a imposição de outro requisito para aferição do benefício de trabalho externo, além dos previstos na LEP, que, inclusive, já foram comprovadamente satisfeitos pelo reeducando, como bem pontuou o juiz de execução.

No mais, a apresentação do registro da empresa no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, f. 10 - TJ, o qual atesta que a atividade exercida pela empresa A.T.R. é a de comércio a varejo de peças e acessórios para motocicletas e motonetas, bem como manutenção, indicando seu endereço e número do CNPJ, é suficiente para a concessão do benefício de trabalho externo.

Além disso, no que tange à alegação de dificuldade de fiscalização do trabalho extramuros deferido, entendo que no processo de reintegração social, em se tratando de benefícios externos, a fiscalização assume papel

por demais relevante, e, no caso de atividades laborais, impede o desvirtuamento daquilo que se destina à ocupação produtiva, em liberdade ociosa e desviada.

Todavia, não pode o fim único de fiscalizar fazer com que esqueçamos da importância que o trabalho ocupa na busca da ressocialização dos condenados, viabilizando-lhes não só a retomada paulatina do convívio social e a preparação para a retomada da vida extramuros, como resgata-lhes a dignidade pelo ganho de renda através de atividade lícita.

Diante disto, entendo que o indeferimento do exercício de atividade laborativa em empresa em que há irregularidade administrativa, como ausência de alvará de funcionamento válido, somente tem lugar quando concretamente demonstrada a inviabilidade absoluta de fiscalização, o que não ocorre *in casu*.

Cumpra salientar que há nos autos elementos de prova idôneos a comprovar que a empresa encontra-se em funcionamento, inclusive com registro no CNPJ, estando apenas com pendência do alvará de funcionamento.

Sendo assim, não se justifica a denegação de trabalho externo ao reeducando, uma vez que já alcançou os requisitos previstos legalmente, sob pena de impor-lhe os efeitos da morosidade da Administração Pública.

Nesse sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Execução penal. Autorização para o trabalho externo autônomo. Requisitos do art. 37 da LEP. Necessidade de indicação precisa do local e horário de trabalho. Ausência de previsão legal. Constrangimento ilegal. Ordem concedida. I - Não se mostra razoável exigir do reeducando outro requisito além dos critérios objetivos e subjetivos previstos na Lei de Execução Penal, especialmente se este já comprovou sua condição de microempresário regularmente estabelecido. II - O trabalho externo do paciente é de suma relevância no processo de sua reeducação e ressocialização, elevando-se à condição de instrumento de afirmação de sua dignidade. III - No caso sob análise, a apresentação pelo paciente de registro como microempresário, indicando o número do CNPJ e o seu endereço comercial, em documento no qual a sua atividade está descrita como “instalação e manutenção elétrica”, é circunstância suficiente para a concessão do benefício pleiteado. IV - Na hipótese, a comprovação das atividades exercidas poderá ser feita por meio de notas fiscais de prestação de serviço, recibos, orçamentos e outros documentos semelhantes. V - Ordem concedida para permitir ao paciente exercer trabalho externo, nas condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Bagé/RS (HC 110605, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 6/12/2011, Processo Eletrônico DJe-081, divulg. 25/4/2012, public. 26/4/2012).

Com essas considerações, nego provimento ao recurso ministerial e mantenho inalterada a decisão de f. 13-TJ.

Custas na forma da lei.

DES. ALBERTO DEODATO NETO - De acordo com o Relator.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Ouso divergir dos meus pares para dar provimento ao recurso ministerial, tendo em vista que me posiciono no sentido de que, para que o trabalho externo seja viável, é necessário que o empregador celebre convênio com a Secretaria Estadual de Defesa Social, pois somente assim a fiscalização do Poder Público no cumprimento da benesse é possível.

Tendo em vista que entendo pela necessidade de convênio entre o empregador e a SEDS, com muito mais razão entendo ser necessária a existência de alvará de funcionamento da empresa empregadora, que é a licença concedida pela prefeitura que permite o funcionamento do estabelecimento comercial, sem o que é inviável a existência do convênio.

Diante disso, concordo com o agravante no sentido de que a decisão que deferiu o trabalho externo ao agravado deve ser reformada. E, como o *Parquet* vinculou o deferimento do trabalho externo à simples apresentação do respectivo alvará de funcionamento, não há outra alternativa que não dar provimento ao agravo, com a ressalva de que entendo ser necessário não só o referido documento, como também a celebração de convênio entre o empregador e a Secretaria Estadual de Defesa Social, o que, contudo, deixo de exigir, para evitar julgamento *extra petita* em desfavor do reeducando.

Pelo exposto, dirijo do Relator para dar provimento ao recurso ministerial e revogar o trabalho externo deferido a A.H.S.R. até a apresentação de regular alvará de funcionamento.

Custas recursais pelo agravado.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O 2º VOGAL.

• • •

Apelação criminal - Crime de abandono de incapaz - Materialidade e autoria comprovadas - Absolvição - Impossibilidade - Crime de maus-tratos - Elemento subjetivo do tipo não demonstrado - Absolvição necessária - Redução da pena-base relativa ao crime de abandono de incapaz - Viabilidade - Isenção das custas - Inviabilidade - Efeito da condenação - Recurso defensivo parcialmente provido

- Comprovado que a ré abandonou seus filhos, que estavam sob a sua guarda e eram incapazes de se defender dos riscos concretos resultantes do abandono, sua condenação nas iras do art. 133, § 3º, inciso II, do CP, é medida de rigor.

- Inexistindo sequer indícios de que a denunciada agiu com o fim específico de educação, ensino, tratamento ou custódia, ao expor a perigo a vida e a saúde de seus filhos menores, privando-os de cuidados indispensáveis, não há como subsistir sua condenação quanto ao cometimento do delito de maus-tratos.

- Havendo nova análise das circunstâncias judiciais, deve ser reduzida a pena-base da ré.

- A condenação ao pagamento das custas processuais é um efeito da condenação criminal, ainda que o réu seja pobre no sentido legal ou assistido pela Defensoria Pública, devendo o pedido de suspensão da exigibilidade ser realizado perante o juízo da execução, o qual possui melhores condições de averiguar a situação de hipossuficiência da acusada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0625.13.004548-1/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: L.C.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítimas: M.A.C.B., T.C.C.D. - Relator: DES. JÚLIO CÉSAR LORENS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 17 de outubro de 2017. - *Júlio César Lorens* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - 1 - Relatório.

Perante o Juízo da 2ª Vara Criminal e de Execuções Criminais da Comarca de São João del-Rei/MG, L.C.C., alhures qualificada, foi denunciada como incurso nas sanções do art. 133, § 3º, inciso II, e art. 136, § 3º, ambos do Código Penal.

Notícia a denúncia que, no dia 20 de março de 2013, por volta das 8h40, na Rua [...], bairro Águas Férreas, São João del-Rei/MG, a denunciada abandonou seus filhos, de 05 (cinco) anos, e de 01 (um) ano, e ainda expôs a perigo a vida e a saúde das crianças, privando-os de alimentação e cuidado indispensáveis.

Após o regular trâmite, o MM. Juiz proferiu sentença para condenar a ré nas sanções do art. 133, § 3º, inciso II, e art. 136, § 3º, ambos do CP, à pena total de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo e prestação de serviços à comunidade (f. 119/125).

Inconformada, apelou a defesa. Em suas razões recursais (f. 142/151), pleiteia a absolvição da acusada, na forma do art. 386, III e VII, do CPP. Subsidiariamente, requer a redução da pena-base de cada um dos crimes para o mínimo legal, e a isenção do pagamento das custas processuais.

Contrarrazões apresentadas (f. 153/159), o *Parquet* pugnou pelo não provimento do recurso, ao que aquiesceu a douta Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de f. 166/168-v.

É o relatório.

2 - Juízo de admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso.

3 - Fundamentação.

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que condenou a ré pela prática dos crimes de abandono de incapaz e de maus-tratos.

Inexistindo questionamentos preliminares e não vislumbrando nos autos qualquer irregularidade ou nulidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

Absolvição.

Da análise dos autos, verifica-se que, no dia 20 de março de 2013, a ré abandonou seus filhos, de 05 (cinco) anos, e de 01 (um) ano, em casa.

O Conselheiro Tutelar W.A.F. narrou os seguintes fatos:

[...] que o depoente é Conselheiro Tutelar e nesta condição participou da ocorrência narrada na denúncia; que o depoente compareceu na casa de L. em virtude de uma denúncia de que na casa havia duas crianças em estado de abandono; que chegando no local, o depoente constatou que realmente havia duas crianças na casa, ou seja, um bebê e uma menina que estava começando a andar; que a menina disse que a mãe deixou o bebê com ela e saiu; que o depoente acionou a Polícia Militar; que alguém deve ter avisado L., pois o fato é que ela chegou logo em seguida; que, pelo que o depoente percebeu, é provável que L. tenha passado a noite fora, pois havia resto de comida no fogão totalmente mofada, indicando que a comida estava lá há bastante tempo; que também havia fio desencapado no banheiro; que havia também vazamento de gás; que desta maneira, as crianças corriam sério risco de vida; que L. disse que teria ido fazer uma faxina na casa do Dr. Z., mas o depoente, como já disse, acha que ela estava fora a noite toda; [...] que havia um cheiro forte de gás na casa, com o registro do botijão ligado; que abriram as portas e janelas da casa para que o gás fosse expelido; que havia uma gambiarra de eletricidade no banheiro, de modo que a preocupação do depoente e de seus companheiros era pela iminência de um incêndio; [...] que quando o depoente perguntou para a menina se eles haviam se alimentado, ela disse que a mãe havia deixado uma comida em cima do fogão, e foi aí que o depoente percebeu que era macarrão com carne com bolor totalmente impróprio para o consumo, com forte odor de comida estragada; que o depoente chegou no local por volta de 11:10h. (f. 87/87-v., em juízo).

No mesmo sentido é o depoimento do policial militar J.C.T.S.:

[...] que o depoente e seus companheiros receberam comunicação do Conselheiro Tutelar W., sobre os fatos; que não conhecia L. anteriormente; que, quando chegou no local viu que as duas crianças estavam dentro da casa, trancadas, sendo que um era de um ano e a outra de cinco anos; que a criança de cinco anos é que estava responsável pelo irmão mais novo; que de fato havia um vazamento de gás na cozinha e fios elétricos espalhados pela casa, colocando em risco a segurança das crianças; que as crianças disseram que não tinham recebido alimentação até aquela hora; que não se lembra a que horas a mãe teria saído de casa; [...]. (f. 78/78-v., em juízo).

A própria denunciada confirmou que saiu para trabalhar e deixou seus filhos menores sozinhos em casa. Confira seu depoimento prestado na fase inquisitiva, única oportunidade em que foi ouvida:

[...] que a declarante é genitora de T., de 5 anos de idade, e M., de 1 ano e um mês; que hoje, por volta das 8h40min, a depoente saiu de sua residência, tendo efetuado uma ligação telefônica para sua amiga de nome S., no intuito desta tomar conta das crianças; que, como a declarante tinha horário para chegar no serviço, deixou as crianças sozinhas em casa, pois, acreditava que S. ia chegar. Perguntado à declarante qual o endereço de sua amiga S., respondeu que não sabe. Perguntada qual o número do telefone de S., respondeu que apagou. Perguntada se deixou alimentação adequada para as crianças, respondeu, sim, havia feijão em cima do fogão, e tinha arroz e carne na geladeira; que sua amiga S. iria dar comida para as crianças. Perguntada qual o motivo de a válvula do gás estar aberta, respondeu 'que não sabe'. Perguntada se iria dar comida estragada para os filhos, respondeu que deve ter azedado de um dia para o outro. Perguntada quanto paga a S., respondeu que iria dar R\$100,00 (cem reais); que não sabe o endereço desta. Perguntada se a declarante tem o costume de deixar as crianças sozinhas em casa, respondeu que não, sendo esta a primeira vez; [...]. (f. 12/13).

O interrogatório da acusada restou frustrado, já que ela não foi encontrada para intimação (f. 77/78 e f. 85/87).

Certo é que as provas produzidas são mais do que suficientes para comprovar que a apelante abandonou seus filhos, de um ano e de cinco anos, que estavam sob a sua guarda e eram incapazes de se defender dos riscos resultantes do abandono.

Registre-se que o elemento subjetivo do tipo penal capitulado no art. 133 do Código Penal é o dolo, consistente na vontade livre e consciente de abandonar a vítima, de modo a expor a perigo a sua vida ou saúde. Admite-se o dolo tanto na modalidade direta, quanto na eventual.

Nos dizeres de Fernando Capez,

O crime de abandono de incapaz é crime de perigo concreto em decorrência do próprio verbo empregado na figura criminosa, qual seja abandonar, o que exige um risco efetivo, real (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, parte especial, p. 229).

No presente caso, o conjunto probatório demonstra que a residência da ré se encontrava em péssimas condições, sendo as testemunhas uníssonas em assegurar a existência de forte odor de gás e fios desencapados no local, além de comida em estado de putrefação em cima do fogão.

Nesse contexto, evidente a exposição das vítimas a perigo concreto, restando, portanto, consumado o crime de abandono de incapaz, com incidência da causa de aumento prevista no § 3º, inciso II, do art. 133, do CP, já que a ré é ascendente das crianças.

Assim, a manutenção da condenação da apelante nas iras do art. 133, § 3º, inciso II, do CP, é medida de rigor.

Por outro lado, não há como prosperar a condenação da ré pela prática do crime de maus-tratos, previsto no art. 136 do CP, *in verbis*:

Art. 136 - Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

Neste sentido, se o agente abusa do direito de corrigir com o fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, terá praticado crime de maus-tratos.

A respeito do especial fim de agir do delito em questão, Rogério Grecco pontua que:

[...] o delito de maus-tratos só pode ser cometido por quem tenha autoridade, guarda ou exerça vigilância sobre a vítima.

[...]

Contudo, além dessa particular condição que especializa o delito de maus-tratos, aquele que se encontra numa dessas situações deve agir para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia. Ou seja, o delito de maus-tratos é caracterizado por esse especial fim de agir com que atua o agente. Caso contrário, ou seja, se não houver essa motivação especial, o fato poderá ser desclassificado para outra modalidade típica.

Assim, a finalidade especial com que atua o agente - educação, ensino, tratamento ou custódia - se traduz, na verdade, na sua motivação (*Curso de Direito Penal* - Parte Especial. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2011, p. 364).

No mesmo sentido, confira julgado do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Impossibilidade de subsunção da conduta no delito de maus tratos (art. 136 do CPB) ante a não verificação, ao menos até esta altura, do elemento subjetivo do tipo específico deste delito (para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia), [...]. 1. Para que se configure o delito de maus tratos, é necessária a demonstração de que os castigos infligidos tenham por fim a educação, o ensino, o tratamento ou a custódia do sujeito passivo, circunstâncias que não se evidenciam na hipótese. Precedente desta Corte. [...]. (STJ, CC 102.833/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j em 26/8/2009).

In casu, não há sequer indícios de que a denunciada tenha agido com o fim específico de educação, ensino, tratamento ou custódia, ao expor a perigo a vida e a saúde de seus filhos menores, privando-os de cuidados indispensáveis.

Destarte, imperativa a absolvição da apelante do cometimento do crime de maus-tratos, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP.

Dosimetria.

A defesa pugna, ainda, pela redução da pena-base para o mínimo legal.

Pois bem. Ao exame da sentença verifica-se que o magistrado primevo fixou a pena-base do delito de abandono de incapaz em 09 (nove) meses de detenção, por considerar como desfavoráveis à ré as circunstâncias judiciais antecedentes, motivos e circunstâncias do crime.

Todavia, os antecedentes da ré são bons, já que não consta na CAC de f. 88/89 e na FAC de f. 90/91 registro de qualquer condenação criminal.

Também entendo que não há como valorar negativamente os motivos do crime, já que, ainda que a conduta se mostre extremamente reprovável, a ré alegou que deixou os filhos sozinhos para trabalhar, e não para beber, se divertir ou usar drogas, por exemplo.

Por fim, as circunstâncias são inerentes ao próprio tipo penal.

Assim, diante da análise positiva de todas as circunstâncias judiciais, reestruturo e reduzo a pena-base para fixá-la no mínimo legal de 06 (seis) meses de detenção.

Na segunda fase, mantenho inalterada a reprimenda, diante da inexistência de circunstâncias atenuantes e/ou agravantes aplicáveis.

Na terceira fase, não havendo causas de diminuição a serem consideradas, mas presente a causa de aumento prevista no § 3º, inciso II, do art. 133 do CP, majoro a reprimenda em 1/3, fixando-a definitivamente em 08 (oito) meses de detenção.

Considerando o *quantum* de pena, a primariedade da ré e que as circunstâncias judiciais são favoráveis, mantenho o regime inicial aberto de cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP.

Mantenho a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Contudo, considerando a condenação a pena inferior a um ano, diante da absolvição da ré quanto ao crime de maus-tratos, mantenho estabelecida tão somente a pena de prestação de serviços à comunidade, nos termos da sentença.

Custas

Quanto ao pedido de isenção das custas, certo é que compartilhava do entendimento de que o benefício deveria ser concedido ao acusado hipossuficiente economicamente, contudo, melhor refletindo sobre a matéria e diante da entrada em vigor do novo CPC, o qual dispõe sobre o assunto, tornou-se necessária uma revisão deste pensamento.

De acordo com o art. 804 do CPP, “a sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”.

Assim, a condenação ao pagamento das custas processuais é um efeito da condenação criminal, ainda que o réu seja pobre no sentido legal ou assistido pela Defensoria Pública.

Contudo, malgrado não seja o acusado isento das custas, constatada a hipossuficiência financeira e deferida a gratuidade da justiça, as obrigações decorrentes da sucumbência têm a exigibilidade suspensa pelo prazo de 05 (cinco) anos e, somente após ultrapassado tal lapso temporal sem que seja comprovada a cessação da situação de insuficiência de recursos, extinguem-se as obrigações do beneficiário.

É neste sentido que dispõem os §§ 2º e 3º do art. 98 do novo CPC:

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Ocorre que este não é o momento adequado para a análise de tal pleito, visto que, conforme orientação do STJ, a análise deve ser realizada pelo juízo da execução, o qual possui melhores condições de averiguar a situação de hipossuficiência da acusada.

A propósito:

Processo penal. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Custas processuais. Beneficiário da justiça gratuita. Cabimento. Suspensão da exigibilidade do pagamento. Momento de aferição. Fase de execução. 1 - Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 2 - O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. 3 - Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 394701/MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j em 21/8/14).

4 - Dispositivo.

À luz do exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo para absolver a ré da prática do crime de maus-tratos, com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP, bem como para reestruturar e reduzir a pena-base relativa ao delito de abandono de incapaz, fixando definitivamente a reprimenda em 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por apenas uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Dano qualificado, ameaça e maus tratos de animais - Absolvição - Impossibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Condenações mantidas - Palavras dos policiais militares - Relevância - Laudo pericial - Prescindibilidade - Redução da pena-base - Inviabilidade - Alteração do regime prisional para o semiaberto – Possibilidade

- Comprovado que o réu destruiu patrimônio público estadual, ao danificar a viatura policial, bem como ameaçou policiais militares, não há que se falar em absolvição dos crimes previstos nos arts. 147 e 163, parágrafo único, III, ambos do CP.

- O depoimento testemunhal dos policiais militares prestado em juízo, sob o crivo do contraditório, tem inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo só pelo fato de serem agentes estatais incumbidos da repressão penal.

- Demonstrado que o acusado forçou um cavalo a andar além dos seus limites por distância longa, sem ferradura, até sangrar os seus cascos e mal conseguir ficar em pé, bem como que o animal estava com a anca machucada, inexistem dúvidas de que o réu praticou o crime previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98.

- A prova pericial é prescindível quando se tem um arcabouço probatório completo e sem contradições.

- A existência de uma circunstância judicial negativa ao réu autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal cominado.

- Sendo o réu reincidente e tendo sua reprimenda sido determinada em patamar inferior a quatro anos, diante da favorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, mostra-se adequada a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena corporal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0153.14.005084-7/001 - Comarca de Cataguases - Apelante: J.P.A. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: J.M.O. – Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2017. - *Paulo César Dias* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia contra J.P.A., qualificado nos autos, imputando-lhe a prática dos delitos previstos nos arts. 155, *caput*, 147, 163, parágrafo único, III, e 329, todos do Código Penal, além do crime previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/1998, na forma do art. 69 do CP.

Após a instrução processual, o MM. Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu às penas totais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 16 (dezesesseis) dias-multa, e 1 (um) ano e 3 (três) meses de detenção, em regime semiaberto, e 30 (trinta) dias-multa, à razão mínima.

Inconformada, nas razões de f. 213/218, a defesa requereu a absolvição do réu pelos crimes de maus-tratos a animais, dano e ameaça, por entender que não há provas suficientes para ensejar a condenação contida na r. sentença. Ao final, pediu a fixação das penas-base no mínimo legal cominado.

Contra-arrazoado o apelo (f. 232/242), pugna o il. Promotor de Justiça pelo não provimento do recurso.

Nesta instância, ratificou a d. Procuradoria de Justiça o desprovimento do apelo (f. 260/265).

É o sucinto relatório.

Conheço do recurso, porque presentes todos os pressupostos do juízo de sua admissibilidade.

Inexistentes preliminares, passo ao exame do mérito.

Cinge-se a imputação fática, *in verbis*:

[...] no dia 22 de abril de 2014, por volta das 11h00min, em via pública, na cidade de Astolfo Dutra/MG, o denunciado, agindo de forma livre, consciente e voluntária, subtraiu, para si, uma charrete juntamente com um cavalo, bens estes pertencentes às vítimas J.B.O. e J.M.O., bem como no mesmo dia, por volta das 16h30min, na Rodovia MG 353, na cidade de Piraúba/MG, o denunciado, de forma livre e consciente, praticou ato de abuso e maus-tratos a animal doméstico (um cavalo) e opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo.

Ainda na Rodovia MG 353, na cidade de Piraúba/MG, nessa mesma data, por volta das 16h30min, o denunciado, também de forma livre e consciente, destruiu patrimônio público, consistente em uma viatura da Polícia Militar (laudo pericial f. 23/26), bem como ameaçou os policiais militares integrantes da guarnição que atendeu a ocorrência, por palavra, de causar-lhes nesta mal injusto e grave.

Apurou-se que, na data dos fatos, por volta das 11 horas, na cidade de Astolfo Dutra/MG, a vítima J.B.O. estacionou sua charrete juntamente com seu cavalo, na via pública, com o objetivo de fazer entrega de leite na residência de um amigo. Ao retornar, contudo, essa vítima não mais encontrou o seu cavalo com a charrete, ocasião em que noticiou o furto à Polícia Militar.

Tempo depois, as vítimas receberam de J.G.L., conhecido da família, a informação de que o suposto autor do furto havia sido visto chegando na cidade de Piranha na posse dos bens furtados.

A par de tal informação, E.A.O. - filha da vítima J.B., entrou em contato com a Polícia Militar de Piraúba, relatando o ocorrido.

Diante disso, os policiais militares realizaram patrulhamento pela cidade, logrando abordar o denunciado na Rodovia MG-353, juntamente com os bens furtados. A vítima J.B.O., logo em seguida, chegou ao local, onde realizou o reconhecimento da charrete e do animal, constatando que este havia sofrido maus-tratos por parte do denunciado, tendo em vista que o cavalo apresentava marcas de sangue na parte inferior dos cascos, circunstância esta indicadora de que o animal havia sido submetido a esforços acima de suas forças.

Diante dos fatos, foi proferida voz de prisão em flagrante ao denunciado, oportunidade em que o mesmo ofereceu resistência, tentando agredir os policiais com um canivete, sendo necessário ser contido pelos milicianos.

Em seguida, após ser colocado no compartimento xadrez da viatura policial, o denunciado, mediante chutes, quebrou um dos equipamentos da viatura, bem como amassou a grade da parte interna, proferindo, ainda, ameaças de morte aos milicianos, dizendo que quando saísse da cadeia iria atentar contra a vida dos mesmos.

[...] (f. 01d/04d).

- Absolvição.

Pugna a defesa pela absolvição do acusado pelos crimes de maus-tratos a animais, dano ao patrimônio público e ameaça.

No entanto, compulsando os autos, verifico que razão não lhe assiste.

A materialidade dos delitos encontra-se demonstrada pelo APFD de f. 02/09, Boletim de Ocorrência de f. 11/15, Auto de Apreensão de f. 18, Termo de Restituição de f. 22 e Laudos periciais de f. 23/26, bem como da prova oral coligida aos autos.

Da mesma forma incontestado é a autoria, muito embora J. tenha negado os delitos, afirmando que

[...] não quebrou a viatura; que não maltratou o animal; que uma pata esbarrou na outra; que o lombo do cavalo não estava machucado; [...] que não xingou os policiais; que levou uns tapas no rosto; que apenas perguntou por que os policiais estavam fazendo isso com o interrogado; que foi jogado para dentro da viatura; que o triângulo quebrou quando foi jogado na viatura; que bateu as costas no triângulo; que não provocou o dano da foto de f. 26 (f. 103).

Ocorre que o conjunto probatório vai ao encontro do contido nos autos.

O policial militar condutor da prisão em flagrante, A.P.F., alegou que, após receber notícias de um furto de charrete puxada por um cavalo de raça na cidade de Astolfo Dutra/MG, para lá se dirigiu com a sua equipe e obteve informações de que J. foi visto transitando com a *res furtiva*. Aduziu que, em patrulhamento, logrou êxito em encontrar o acusado com a charrete e o cavalo na rodovia, o qual estava muito exaltado e resistiu à prisão e, na posse de um canivete, tentou ferir os militares, sendo necessário o uso de força moderada e algemas para a sua prisão.

Alegou que o réu, ao ser colocado no compartimento traseiro da viatura, quebrou um dos equipamentos (triângulo) e uma estrutura de plástico no interior do xadrez, além de ter amassado a grade da parte interna do mesmo. Na oportunidade, J. proferiu ameaças de morte aos milicianos, dizendo que “ao sair da cadeia vai atentar contra a vida dos policiais porque não tem nada a perder”. Posteriormente, o acusado fez menção a agredir um dos militares, começou a gritar e ficar bastante exaltado, razão pela qual foi levado ao hospital, por aparentar estar sob a forte influência de droga, uma vez que passou a bater a cabeça dentro da viatura. Aduziu, ainda, que a vítima prontamente reconheceu a charrete e o animal furtados, sendo que este apresentava marcas de sangue na parte inferior dos cascos, e o dono constatou que o animal não podia mais andar devido ao estado debilitado em que se encontrava (f. 02/03). Sob o crivo do contraditório, acrescentou:

[...] que o cavalo estava com a pata direita machucada. Que, pelo que sabe, o réu veio conduzindo de Astolfo Dutra. Que o réu estava algemado e se jogava no chão e contra a parede e gritava ameaçando os policiais. Que o dono do animal chegou, levantou a pata do animal e mostrou que estava com sangue, decorrência do grande esforço causado onde o animal corria no asfalto. [...] que o réu danificou o xadrez. Que o réu falou que mataria os policiais. [...] que viu o réu quebrando o triângulo da viatura. [...] (f. 159).

A corroborar, o policial militar R.C.P.B. asseverou que

[...] o réu pegou a charrete em Astolfo Dutra e veio conduzindo até a entrada de Guarani, pelas margens da rodovia. Que essa distância deve dar 28 km. [...] que o réu foi colocado no xadrez do veículo e deu chutes danificando o carro aonde fecha a porta. [...] que presenciou a ameaça, pois, quando ele estava no xadrez ele falava que quando saísse da cadeia iria matar os policiais. [...] (f. 157).

No mesmo sentido, sob o crivo do contraditório, o miliciano M.O.L.P. alegou que

[...] o animal estava bem sacrificado e debilitado. [...] que na delegacia o réu tentou arremessar uma cadeira contra o depoente e ameaçou os policiais. Que o réu disse que 'aquilo não ia ficar daquele jeito'. [...] (f. 158).

De igual forma, o militar R.S.V., uma das vítimas das ameaças, contou que

[...] o cavalo estava exausto com as patas sangrando; [...] que o réu danificou a viatura porque ficou chutando o xadrez. Que resistiu à prisão e fez ameaça. Que disse que quando saísse da cadeia ele iria matar o depoente e os outros policiais; [...] (f. 177).

Importante salientar que os depoimentos de policiais que realizaram a diligência que culminou com a prisão do réu merecem credibilidade, como qualquer outro, notadamente se corroborados pelas demais provas dos autos.

No mais, predomina em nossos tribunais o entendimento no sentido de que se presume que os policiais agem no estrito cumprimento do dever e nos limites da legalidade, razão pela qual seus depoimentos, quando firmes, coerentes e em consonância com os demais elementos probatórios, são suficientes para embasar um decreto condenatório. Neste sentido:

Os funcionários da polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorre e desde que não defendem interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do julgador (TJSP, Ap. Criminal nº 186.858-3, 1ª Câmara Criminal, j. em 18/12/1995, Rel. Des. Jarbas Mazzoni, *JTJ* 176/313).

Pois bem, conforme se extrai do conjunto probatório, ao contrário do alegado pela defesa, há provas suficientes para ensejar o decreto condenatório.

É que restou claramente demonstrado que os danos da viatura foram causados por J., depois de se irritar e ficar inconformado com a sua prisão pelos militares.

Verifica-se, pois, que as atitudes do réu foram a causa da destruição do patrimônio público municipal constatada pelo laudo de f. 23/26.

Necessário ressaltar que, ao contrário do que quer fazer parecer a defesa, é prescindível a existência de laudo pericial dando conta do estado da viatura antes da abordagem policial, pois a prova oral possui grande valor probatório e é clara o bastante para a comprovação do dano, mormente baseada nos depoimentos das testemunhas e dos militares sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido:

Apelação criminal. Dano qualificado. Absolvição pretendida. Materialidade e autoria comprovadas. Aplicação do princípio da insignificância. Inviabilidade. Condenação mantida. Recurso não provido. 1. Comprovado, pela prova dos autos, que o réu danificou estação do Move, descabe absolvê-lo das sanções do art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal. 2. Se a materialidade do crime de dano pode ser inferida da categórica prova oral, o laudo pericial passa a ser prescindível, pois, no processo penal moderno, orientado pela busca da verdade real, todas as provas devem ser igualmente consideradas, não existindo entre elas hierarquia. 3. O crime, como fato social que é, deve ser apreciado em sua inteireza, devendo a aplicação do princípio da bagatela nortear-se não só pela afetação do bem jurídico ou pelo desvalor do resultado, mas também pelo desvalor da ação, pelas circunstâncias do crime e pelas anotações do acusado, que não merece a benesse. 4. Recurso não provido (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.15.097056-4/001, Relator Des. Eduardo Brum, 4ª Câmara Criminal, j. em 23/11/2016, p. em 30/11/2016).

Não bastasse, os militares foram claros ao detalhar que o acusado ainda os ameaçou de morte, dando a entender que, após sair da prisão, tiraria a vida dos mesmos.

Nos termos do art. 147 do CP, o crime de ameaça consiste em “ameaçar alguém, por palavras, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar mal injusto e grave”.

A conduta típica é ameaçar a vítima, ou seja, prenunciar mal injusto e grave, sendo necessário que a ameaça seja suficiente para intimidá-la, o que, como se viu, aconteceu *in casu*, mormente levando-se em consideração que o acusado é dado a crimes, conforme ressaltado pelos militares.

Ressalte-se, para a caracterização do delito, é irrelevante que o acusado realmente pretendesse concretizar suas ameaças, pois, para a realização da conduta, basta que a ameaça seja idônea e séria, a ponto de intimidar a vítima.

A propósito:

Ameaça. Consumação - Sendo a ameaça um crime formal, consuma-se quando esta é irrogada, mormente quando feita de arma em punho, independentemente de sua efetiva consumação. Recurso Improvido. Sentença mantida (TJMG - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - j. em 17/8/2004).

Dessa forma, não há dúvidas de que o recorrente foi autor dos delitos previstos nos arts. 147 e 163, parágrafo único, inciso III, ambos do Código Penal, razão pela qual o pleito defensivo não merece ser acolhido.

Também restaram demonstrados os maus-tratos por parte do réu ao cavalo que ele furtou da vítima.

Além das palavras dos policiais, a vítima J.M.O. foi clara ao asseverar que

[...] quanto ao animal, o declarante confirma que ele foi bastante maltratado; que afirma que ele foi encontrado com ‘os cascos sangrando’ a ponto do animal ter dificuldades para andar pela dor que sentia; que o declarante conseguiu um caminhão para levar o animal de volta, visto ele não ter nenhuma condição de retornar sozinho; que o declarante explica que o caminho entre as cidades é muito longo e ele foi forçado a andar além de seus limites [...] (f. 07/08 e 100).

A testemunha J.M.D.B. também viu o estado do animal e contou sobre a judiação por ele sofrida, além de destacar que possui experiência com animais e pode falar sobre a situação do cavalo:

[...] que, quanto ao animal furtado, o depoente afirma que ele foi muito maltratado pelo autor durante o tempo em que esteve na posse dele; que o depoente afirma que cuida de animais há muito tempo e tem bastante conhecimento sobre isso; que, sendo assim, afirma que o estado do animal é crítico e ele terá que ser medicado amanhã, o quanto antes; que, além disso, o animal apanhou muito do autor, além do que foi obrigado a andar uma distância muito grande em condições muito precárias; que o depoente explica que o animal estava sem ferradura e andou muito pelo asfalto, o que o fez até sangrar o casco das patas; que, ao encontrarem o animal, o mesmo mal conseguia se deslocar sozinho e tinha dificuldades até para permanecer em pé e teve de ser arrumado um caminhão para levá-lo de volta ao seu local de origem (f. 04/05 e 102).

Nesse sentido, J.B.O. contou que

[...] o animal do declarante estava sangrando os pés e a anca estava machucada; que teve que aplicar antibiótico no animal; que o animal ficou trinta dias em tratamento; que o animal não estava com ferradura [...] (f. 101).

Ora, se a situação pela qual o cavalo foi submetido não se trata de maus-tratos, o que mais seria? O animal foi forçado a andar além dos seus limites, ou seja, por cerca de 28 km, sem ferradura, até sangrar os seus cascos e mal conseguir ficar em pé. Além disso, o cavalo estava com a anca machucada, nos levando a crer que o réu bateu nele.

Dessa forma, como dito alhures, a prova pericial é prescindível quando se tem um arcabouço probatório tão completo e sem contradições:

Os maus-tratos a animal, aplicados com crueldade, podem provar-se indiretamente, prescindindo-se, pois, do exame de corpo de delito direto (TACrim-SP - AC - Relator Andrade Vilhena - RT 43/367).

Assim, necessária a manutenção do crime previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98, pois demonstrado que o réu praticou ato de abuso, maus-tratos e feriu animal.

Dosimetria.

Quanto ao pedido defensivo de redução da pena-base dos crimes para o mínimo legal cominado, mais uma vez, sem razão.

É que, analisando cada um dos quatro crimes pelos quais J. foi condenado, ameaça, furto, dano qualificado e maus-tratos, o d. Juiz fixou a pena-base de cada um deles pouco acima do mínimo legal, em razão apenas dos maus antecedentes do réu. E, de fato, verifica-se da CAC de f. 35/43 que J. possui contra si duas condenações transitadas em julgado antes dos presentes fatos, sendo uma delas apta a configurar a agravante de reincidência, e a outra, majorar acima do mínimo legal a pena-base na primeira fase da pena.

Sobre o assunto já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Crime de tráfico de entorpecentes. Dosimetria da pena. (i) reprimenda básica acima do mínimo legal. Afirmções concretas relativas à personalidade e aos antecedentes do réu. Justificativas inerentes ao tipo penal no tocante à culpabilidade, motivos e conduta social. (ii) agravante da reincidência. Aumento em patamar superior a 1/6 (um sexto). Ausência de motivos concretos. Desproporcionalidade. 1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. 2. Ademais, 'a exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputa-

da ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizados para aumentar a pena-base' (HC 353.839/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 2/6/2016, DJe de 8/6/2016). 3. Na espécie, o Magistrado sentenciante afirmou que a 'culpabilidade do réu, aferível no caso concreto, revela merecer reprimenda mais severa do que a habitual' (e-STJ f. 39), justificativa manifestamente genérica, de mero apelo retórico, inerente ao tipo incriminador, não anunciado, sequer sucintamente, o maior grau de reprovabilidade da conduta perpetrada ou menosprezo especial ao bem jurídico violado. Precedentes. 4. O Magistrado sentenciante também considerou para justificar o aumento da sanção básica que 'os motivos do crime não o justificam' (e-STJ f. 39). Não anunciou a maior reprovabilidade das razões subjetivas que estimularam ou impulsionaram o acusado à prática do crime, deixando de minudenciar a origem propulsora da vontade criminosa. Assim, injustificada a exasperação da pena-base. 5. A propósito da circunstância judicial relativa à conduta social, o Magistrado sentenciante apenas destacou sua censurabilidade – 'Sua conduta social é censurável' (e-STJ f. 39). De efeito, não apreciou o Sentenciante comportamento do apenado em seu ambiente familiar, de trabalho e na convivência em sociedade, situação de manifesto constrangimento ilegal. Precedentes. 6. Da análise da folha de antecedentes do sentenciado (e-STJ f. 18/30), constam três condenações definitivas. Assim, correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes, pois presente condenação definitiva em desfavor do paciente, anterior à data do fato em análise, diferente da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência. 7. Do mesmo modo, considerada uma condenação definitiva para a valoração negativa dos maus antecedentes; outra como fundamento para o reconhecimento da reincidência; remanesce uma condenação passada em julgado bastante a justificar o aumento da reprimenda básica à conta da personalidade do agente. Precedentes. 8. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena em razão da incidência das agravantes e atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao Magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes. 9. Na espécie, o Magistrado, durante o cálculo da reprimenda, na segunda etapa da dosimetria, apontou apenas uma circunstância agravante, qual seja, a reincidência, elevando a sanção em 3 (três) anos sem apresentar nenhuma justificativa a motivar a fração escolhida. 10. Ordem concedida em parte para, redimensionando a pena imposta, estabelecê-la em 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias de reclusão, mais o pagamento de 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, mantido, no mais, o acórdão estadual (HC 387.586/RJ, Rel. Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, j. em 4/4/2017, DJe de 17/4/2017).

Assim, mantenho as reprimendas fixadas na r. sentença, uma vez que aplicadas de forma justa e razoável ao caso.

Por fim, vejo que pequeno reparo merece a r. sentença no que se refere ao regime prisional imposto à pena de reclusão.

O art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal estabelece os critérios para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com fundamento na quantidade da pena, nos antecedentes do condenado e nas circunstâncias judiciais de aplicação da pena.

In casu, o réu é reincidente, e, tendo sua reprimenda sido determinada em patamar inferior a quatro anos, diante da favorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do CP, bem como aos critérios da proporcionalidade, da necessidade e suficiência da sanção, mostra-se adequada a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena corporal. A propósito, preconiza o verbete nº 269, do STJ:

É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso interposto apenas para alterar o regime prisional da pena de reclusão para o semiaberto, nos termos acima. No mais, mantenho integralmente a decisão vergastada.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e MARIA LUÍZA DE MARILAC.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.

• • •

Agravo em execução - Sentenciado em execução de pena - Apreensão de aparelho telefônico em posse de visitante devidamente autorizada - Falta grave reconhecida – Manutenção

- A tentativa de entrega de aparelho telefônico a apenado, por parte de visitante devidamente autorizada, configura prática de falta grave na forma tentada.

V.v.: - Inexistindo provas suficientes, não é possível submeter o réu às sanções de uma falta grave, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*, impondo-se mister a reforma da decisão *a quo*.

- O art. 50 da LEP apresenta um rol taxativo de hipóteses de configuração de falta grave, sendo atípica a conduta imputada ao reeducando de remessa, por transporte de visitante, em seu favor, de objeto considerado proibido no interior de um estabelecimento prisional, seja por não ter sido comprovada sua solicitação, seja porque o artefato foi apreendido antes de a parte ter tido acesso ao objeto, ou seja, a sua posse.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 1.0301.13.005937-3/002 - Comarca de Igarapé - Embargante: A.F.B. - Embargado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Relator: DES. SÁLVIO CHAVES - Relator para o acórdão: DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, vencido o Relator, em REJEITAR OS EMBARGOS INFRINGENTES, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 9 de agosto de 2017. - *Sálvio Chaves* – Relator. *Paulo Calmon Nogueira da Gama* – Relator para o acórdão.

Notas taquigráficas

DES. SÁLVIO CHAVES - Trata-se de embargos infringentes interpostos em favor de A.F.B., contra o acórdão de f. 45/52, em que a Turma Julgadora rejeitou a preliminar defensiva e, quanto ao mérito, negou provimento ao recuso, restando vencido o Des. 2º Vogal.

Pleiteia o embargante o resgate do voto da lavra do eminente Des. Agostinho Gomes de Azevedo, que deu provimento ao recurso defensivo para cassar a decisão *a quo* que imputou prática de falta grave ao reeducando, ante a insuficiência probatória.

O Ministério Público requereu o conhecimento e não provimento dos embargos, f. 61.

Os embargos foram admitidos pelo eminente Des. Marcílio Eustáquio Santos, f. 63.

É o relatório.

Conheço dos embargos, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Após compulsar atentamente os autos, cheguei à conclusão análoga àquela apresentada no judicioso voto minoritário, da lavra do culto Des. Agostinho Gomes de Azevedo.

É que, na mesma linha de compreensão explanada no judicioso voto minoritário, entendo, no presente caso, que o conjunto probatório é insuficiente para atestar, com juízo de certeza, a autoria da falta grave prevista no art. 50, inciso VII, da Lei de Execuções Penais.

No caso dos autos, consta do arcabouço probatório que a visitante A.C.O. tentou adentrar no estabelecimento prisional com um aparelho celular em sua genitália, contudo esta foi flagrada pelos aparelhos de segurança do local, e o objeto foi apreendido.

No decorrer das investigações de tal conduta, constatou-se que o apenado, ora embargante, A.F.B. foi quem cadastrou A.C. como sua visitante. A partir de tais declarações, o ente ministerial requereu a imputação da falta grave ao apenado, sob a alegação de ter sido o reeducando o indivíduo responsável por solicitar o referido ato à visitante.

Entretanto, verifica-se dos autos que, em nenhum momento, comprovou-se que o condenado tenha solicitado o transporte para sua pessoa de qualquer objeto proibido, inclusive porque, quando da apuração dos fatos, tanto na fase administrativa, quando em juízo, tal fato foi negado veementemente pelo embargante, senão vejamos:

Que perguntado ao declarante se solicitou à visitante A.C. para que a mesma adentrasse na unidade com 01 (um) aparelho de telefonia celular, respondeu que não teve nenhum tipo de contato com a Sr^a A.C. Que perguntado ao declarante como realizou o contato com a Sr^a A.C., afirmou de que esta trouxesse o aparelho de telefonia celular para o mesmo, respondeu que: em momento algum entrou em contato com a mesma. Que perguntado ao declarante quanto pagaria pelo referido aparelho de telefonia celular respondeu que: não pagaria nada pois não tinha conhecimento de que a mesma tentaria adentrar na unidade com um aparelho de telefonia celular (f. 16).

“Que conhece Ana Carolina; que é já foi sua namorada (*sic*); que não tinha ciência que A.C. iria tentar entrar com celular da UP” (f. 19).

Dessa forma, em que pese as declarações da visitante afirmando que o apenado requereu o transporte do aparelho celular para o estabelecimento prisional, denota-se que tal informação restou isolada nos autos, desprovida de qualquer prova que ateste sua veracidade.

Assim, inexistindo hierarquia de provas, e se existem dúvidas, não se podendo chegar a uma certeza, prevalece o princípio do *in dubio pro reo*, o que impossibilita a manutenção da imputação da falta grave ao acusado.

Além disso, o teor da norma legal sob análise, o art. 50, VII da LEP, revela ser imprescindível para o cometimento da falta a posse do objeto:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

[...] VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Como dito, o reeducando, ora agravante, em momento algum, teve a posse do aparelho celular, já que ele foi encontrado e apreendido antes de tal consumação, pelo que não praticou a falta grave.

Neste sentido, assim já se decidiu:

Agravo de execução penal. Reconhecimento de falta grave pelo magistrado *a quo*. Tese de falta grave impossível. Ineficácia absoluta do meio empregado para cometê-la. Não cabimento. Falta não consumada, apesar da possibilidade efetiva de êxito. Atipicidade da conduta. Não previsão da conduta do reeducando como falta grave na lista taxativa do art. 50 da LEP. Não ocorrência de falta grave. Admissibilidade. Cassação da decisão. Recurso provido em parte. - O art. 17, do Código Penal, exige, para configuração do crime impossível e, analogicamente, da falta grave impossível, a absoluta ineficácia do meio; portanto, se houver possibilidade da ação lograr êxito, não deve ser reconhecida tal impossibilidade. - O rol previsto no art. 50 da LEP, que arrola as condutas passíveis de serem consideradas faltas graves, é taxativo, sendo, igualmente, vedada a interpretação ampliativa para fins de reconhecimento de falta grave. - *In casu*, imperioso é reconhecer que a conduta de receber encomenda com aparelho celular não está na LEP tipificada como falta grave, sendo, pois, necessário que se casse a decisão de primeira instância que a homologou, reconhecendo, dessa maneira, a inexistência de falta grave (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0079.10.047140-2/001, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, 6ª Câmara Criminal, j. em 14/8/2012, p. em 24/8/2012).

Sobre o tema, confirmam-se os dizeres muito bem salientados pelo il. Des. Agostinho Gomes de Azevedo quando do julgamento do agravo em execução, senão vejamos:

Além disso, conforme consta nos demais documentos juntados aos autos, o celular foi apreendido durante o procedimento de revista da visitante, sendo certo que o agravado não teve a posse direta do referido aparelho, nem sequer chegou a utilizá-lo, sendo, portanto, impossível a caracterização da conduta prevista no art. 50, VII, da LEP, a qual considera que pratica falta grave aquele que tem em sua posse ou utiliza aparelho telefônico, radio ou similar, que permita comunicação com outros presos ou com o ambiente exterior. Dessa forma, entendo que a melhor solução na espécie é a cassação da decisão agravada, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo* (f. 51).

Isso posto, com a devida vênia aos ilustres Desembargadores prolores do voto majoritário, acolho os embargos infringentes opostos em favor de A.F.B., resgatando o voto minoritário proferido pelo ilustre Des. Agostinho Gomes de Azevedo, cassar a decisão ora guerreada.

É como voto.

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA (REVISOR E RELATOR PARA O ACÓRDÃO) - Com a devida vênia do eminente Relator, divirjo de seu judicioso voto, para rejeitar os embargos infringentes. Como visto, pretende o embargante a reforma da decisão de f. 21 que homologou a falta grave praticada por A.F.B., ora embargante, nos termos do voto proferido pelo Des. Agostinho Gomes de Azevedo quando do julgamento do agravo em execução nº 1.0301.13.005937-3/001.

Verifica-se que o agravante cumpria pena no regime fechado, quando, no curso de sua execução, teria autorizado o cadastro de A.C.O.M., sua namorada. Consta que A.C. foi visitar o apenado no dia 16 de janeiro de 2016, ocasião em que teria tentado adentrar no estabelecimento prisional na posse de um aparelho celular, conforme consta do Comunicado Interno de f. 12.

Observado o devido processo legal, substantivo e adjetivo, ouvido o agravante em audiência de justificação, o Juiz, lastreado nos elementos de convicção carreados aos autos, reconheceu ter o recorrente praticado a falta grave na forma tentada prevista no parágrafo único do art. 49 da Lei de Execução Penal, decretando a perda dos dias eventualmente remidos em sua fração máxima, qual seja, 1/3, bem como fixando a data da falta como marco inicial para aquisição de futuros benefícios executórios.

Em que pesem os argumentos defensivos, entendo que a r. decisão não mereça reparo, pois, a meu ver, a simples negativa por parte do agravante não se mostrou suficiente a afastar o conteúdo idôneo, presumidamente veraz, que se extrai do comunicado interno e da decisão vergastada.

Tais documentos relatam que, no dia 16 de janeiro de 2016, A.C. foi realizar uma visita a A., sendo que, ao passar pelo detector de metais, este foi acionado. Nessa ocasião, foram realizados os procedimentos de praxe de revista, e A.C. foi conduzida até o presídio de Bicas 2, local em que foi visualizada pelo “*body scan*”, oportunidade em que foi observado um objeto metálico em suas partes íntimas.

Nesse contexto, foi proferida decisão pelo Juiz, homologando a prática de falta grave por parte do embarcante. Confira-se:

[...] Em que pese a negativa do sentenciado e as alegações da defesa, tenho que os elementos que constam dos autos fornecem indícios de autoria suficientes para a imputação da falta. Ressalte-se, de início, que é fato incontroverso que a envolvida encontrava-se cadastrada como visitante do sentenciado. De se ver que A.C., que no dia dos fatos visitaria o sentenciado, afirmou que receberia o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) pela encomenda (f. 485).

Ressalto que, embora o sentenciado não tenha chegado a obter a posse do material ilícito, todas as circunstâncias acima expostas indicam que era ele o destinatário da encomenda ilícita, o que pressupõe prévia manifestação de vontade no sentido de fazer a encomenda e obter a posse do material.

[...]

Assim, por todo o exposto, considerando os fortes indícios de autoria advinda dos documentos carreados ao feito, reputa configurada a falta grave a teor do disposto no art. 118 da Lei de Execução Penal.

Destarte, homologo a falta grave em 16/1/2016 e decreto a perda do tempo eventualmente remido em seu máximo, qual seja, 1/3 (um terço), nos termos do art. 127, da LEP. Deixo de regredir o regime considerando que já inserido em regime mais gravoso. Fixo a data da falta como marco temporal para futuros benefícios [...] (f. 21).

Em suma: diante das provas encartadas nos autos não se pode retirar do embarcante a responsabilidade de ter cometido a infração disciplinar em questão, tendo em vista que ele autorizou o devido cadastro de A.C. Ademais, conforme se depreende da decisão supramencionada, ela teria asseverado que receberia a quantia de R\$1.000,00 pela entrega da encomenda em questão, sendo necessário ressaltar que as declarações de A.C. sequer foram coligidas aos autos.

Com efeito, a defesa não trouxe qualquer elemento probante que pudesse, de alguma forma, desconstituir a prática da infração disciplinar endereçada ao sentenciado, tal como vem disposta no parágrafo único do art. 49 da LEP c/c art. 50, VII, do mesmo dispositivo legal:

Art. 49. As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.

Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

[...]

VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Não se desconhece a gravidade do sancionamento administrativo e os reflexos na execução da pena criminal em face do reconhecimento da falta grave. Tampouco se desconhece a necessidade de se ter o devido processo legal apuratório, com ampla defesa. Contudo, não se pode perder de vista que, em temas tais, não se exige o mesmo nível de formalidade probatório-processual própria de uma ação penal.

Portanto, fincado no conjunto fático-probatório formado nestes autos, entendo que a autoria da infração disciplinar atribuída ao embargante encontra-se suficientemente demonstrada, não tendo a defesa apresentado elementos que, de alguma forma, pudessem desconstituir, infirmar ou justificar o fato que lhe foi imputado.

Por essa razão, demonstrado que foi apreendido aparelho celular que seria entregue para A. pela visitante devidamente autorizada por ele - objeto patentemente destinado à comunicação proibida -, não há espaço ao não reconhecimento da infração disciplinar.

Ante o exposto, rejeito os embargos infringentes.

Custas na forma do acórdão.

É como voto.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Após atentamente analisar os autos, bem como os judiciosos votos que me precederam, acompanho o il. Des. Revisor, reiterando, na oportunidade, o entendimento por mim já externado quando do julgamento do agravo em execução penal anteriormente interposto, *in verbis*:

[...]

Após analisar atentamente os autos, em especial as razões recursais da i. defesa, as contrarrazões recursais ministeriais, bem como o esclarecedor parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça e, atendo-me aos elementos coligidos, tenho que o recurso não merece ser provido, pelos motivos que declino:

Consta dos autos que a visitante A.C.O.M. tentou entrar na Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria com um aparelho telefônico celular introduzido em suas partes íntimas, conforme Comunicado Interno de f. 12. Em oitiva administrativa, o ora agravante afirmou que cadastrou A.C. como visitante, mas que não sabia que ela tentaria entrar no presídio portando um aparelho celular (f. 16). Em seguida, foi realizada audiência de justificação perante o d. Juízo de Primeiro Grau, na qual o agente confirmou a sua declaração (f. 19/20).

Diante disso, foi reconhecida em desfavor do agente a correspondente falta grave em execução penal, contra o que se insurge a i. defesa por meio do presente recurso, ao argumento principal de atipicidade da conduta imputada pela impossibilidade de consumação no que, *concessa venia*, tenho que razão não lhe assiste.

Isso porque, ao contrário do alegado pela defesa, não há que se falar em “conduta impossível”, pois a apreensão do aparelho celular que estava em posse de visitante cadastrada pelo reeducando configura tentativa, a qual, consoante comando inserto no art. 49, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, pune-se com a sanção correspondente à falta consumada.

Assim, a tentativa de ter em sua posse aparelho telefônico (art. 50, VII, c/c art. 49, parágrafo único, ambos da Lei de Execução Penal) equivale à posse consumada, para fins de aplicação das sanções correspondentes às faltas disciplinares em execução penal, não havendo que se falar, em absoluto, em atipicidade da conduta imputada, a qual decorre da conjugação de tais dispositivos legais.

Quanto à matéria, eis os seguintes julgados:

Recurso de agravo. Execução penal. Falta grave. Remessa ao detento, via Sedex, de 01 telefone celular, 01 bateria de celular, 01 chip de celular e 02 pedaços de serra. Infração disciplinar comprovada. Custas judiciais no recurso de agravo. Ausência de previsão legal. Vedação da cobrança. - Comete a falta grave prevista no art. 50, VII, da LEP o detento que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer qualquer aparelho (ou acessório a este essencial) que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. - Se a posse não ocorreu em razão de os objetos terem sido interceptados pelos agentes penitenciários, no momento em que o detento autorizou o recebimento do Sedex em seu nome, trata-se de tentativa, que, nos termos do art. 49, parágrafo único, da LEP, é punida com a sanção correspondente à falta consumada. - Não há falar em gratuidade de justiça em se tratando de recurso de agravo em execução penal, uma vez que não há cobrança de custas pela interposição de referido recurso, por ausência de previsão legal. V.v.: - O simples recebimento, via Sedex, de encomenda dentro da qual havia telefone celular não é suficiente para configurar falta grave por parte de preso em cumprimento de pena, se não foi demonstrada a participação deste na prática da indisciplina, nem sua ciência acerca da existência de objetos ilícitos (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0079.13.042873-7/001, Rel. Des.^a Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 3/12/2015, p. em 14/12/2015).

Agravo em execução. Tentativa de fuga idônea. Falta grave. Caracterização. Art. 50, II, c/c art. 49, parágrafo único, ambos da LEP. Recurso desprovido. No âmbito da execução penal, pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0079.11.020317-5/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 22/5/2012, p. em 25/5/2012).

Agravo em execução. Recebimento via Sedex de aparelho telefônico e acessórios. Objetos retidos na fiscalização do presídio. Falta disciplinar de natureza grave. Tentativa. Admissibilidade. 01. Nos termos do art. 50, VII, da LEP, comete falta grave o condenado que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. 02. Se a posse dos aparelhos de telefonia móvel e dos chips de celular pelo agravante não ocorreu, porque aludidos objetos foram interceptados pelos agentes penitenciários, no momento em que o detento autorizou o recebimento do Sedex enviado em seu nome, configura-se a modalidade tentada da falta, que, nos termos do art. 49, parágrafo único, da LEP, é punível com a mesma sanção correspondente à falta consumada (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0471.12.012459-2/001, Rel. Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 9/7/2013, p. em 17/7/2013).

Embora o agravante alegue que não tinha conhecimento e que não solicitou a entrada do aparelho telefônico, conforme consta da r. decisão combatida, A.C. declarou que receberia uma quantia em dinheiro pela entrega do celular, tendo sido cadastrada pelo reeducando como sua visitante, o que corrobora com os indícios de autoria do ilícito.

Ademais, a defesa do reeducando não juntou aos autos a declaração da visitante, não sendo possível verificar outros elementos que pudessem desconstituir a autoria da referida falta.

Em suma, assentada a tipicidade da falta disciplinar consistente em tentativa de posse de aparelho telefônico (art. 50, VII, c/c art. 49, parágrafo único, ambos da Lei de Execução Penal), é de se concluir pela impossibilidade de afastamento da falta grave em execução penal reconhecida em desfavor do ora agravante, impondo-se a integral manutenção da decisão objurgada.

Finalmente, no que tange às custas processuais, hei por bem suspender a exigibilidade do pagamento, ante a hipossuficiência do agravante (assistido pela d. Defensoria Pública), nos termos e pelo prazo do art. 98, § 3º, do CPC.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a r. decisão.

Custas suspensas.

É como voto.

Feitas essas considerações, peço redobrada vênua ao ilustre Des. Relator para dele divergir, aderindo integralmente à divergência inaugurada pelo eminente Des. Revisor, votando no sentido de não acolher os embargos infringentes, nos termos do voto por mim proferido quando do julgamento do agravo em execução penal anteriormente interposto, o qual passa a ser parte integrante deste.

É como voto.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Peço vênua ao e. Des. Relator para rejeitar os presentes embargos infringentes, na esteira do entendimento que manifestei quando do julgamento do agravo em execução penal, na qualidade de 1º Vogal, pedindo vênua para me reportar aos fundamentos expendidos pelo i. Des. Marcílio Eustáquio Santos, Relator naquela ocasião.

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - No presente caso, após detida análise dos autos, acompanho o em. Des. Relator para também acolher os presentes embargos infringentes, mantendo-me fiel ao voto por mim proferido quando do julgamento do agravo em execução.

É como voto.

Súmula - REJEITARAM OS EMBARGOS INFRINGENTES, POR MAIORIA.



Apelação criminal - Lesão corporal gravíssima - Acusado integrante de comunidade indígena - Ciência da ilicitude do ato praticado - Costumes e tradições não impedem a condenação e a imposição de pena - Pena-base - Redução - Atenuante prevista no art. 56 do Estatuto do Índio - Reconhecimento - Indígena que não se encontra totalmente adaptado à sociedade brasileira - Atenuante inominada do art. 66 do CP - Dependência alcoólica do acusado - Fundamento utilizado para reconhecer a semi-imputabilidade do réu - *Quantum* de redução pelo reconhecimento da minorante prevista no art. 26, parágrafo único, do CP - Discricionariedade do magistrado - Capacidade de entender o caráter ilícito do fato mantida - Abrandamento do regime prisional - Impossibilidade - Gravidade em concreto do delito - Custas processuais - Suspensão do pagamento

- O integrante de uma tribo indígena possui o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que estes não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

- Se o acusado tinha ciência da ilicitude do ato praticado, deve ele responder pelo respectivo crime e suportar a sanção aplicada, ainda que seus costumes e tradições indígenas considerem já ter ele cumprido a pena ao ser preso preventivamente.

- Se a pena-base do apelante foi fixada de maneira exacerbada pela il. Magistrada primeva, deve ela ser redimensionada.

- Se o índio não se encontra completamente adaptado à sociedade brasileira, faz ele jus à atenuante prevista no art. 56 da Lei 6.001/73.

- Tendo sido a dependência alcoólica do réu utilizada na sentença, na terceira fase da dosimetria, para justificar sua semi-imputabilidade, impossível o reconhecimento da atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal, com base no mesmo fundamento.

- Reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no art. 26, parágrafo único, do CPB, tem o Juiz discricionariedade para eleger o *quantum* da redução a ser estabelecido, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

- Ainda que o *quantum* da pena seja inferior a quatro anos, considerando as anormais circunstâncias do delito, é possível a fixação do regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena, aplicando-se, *in casu*, a regra do art. 33, § 3º, do Código Penal.

- Constatada a hipossuficiência do apelante, deve-lhe ser concedida a suspensão do pagamento das custas processuais, na forma do art. 98 do Novo Código de Processo Civil.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0686.12.008341-1/001 - Comarca de Teófilo Otoni - Apelante: N.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - VÍTIMA: C.M. - 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.

Belo Horizonte, 13 de setembro de 2017. - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de recurso de apelação interposto por N.M. em face da sentença de f. 170/173-v, que o condenou como incurso nas sanções do art. 129, § 2º, IV, e § 10, c/c art. 26, parágrafo único, ambos do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que: “no dia 06 de junho de 2012, o denunciado, no recinto doméstico, agrediu sua amásia C.M., causando-lhe as lesões corporais graves, descritas no ACD de f. 41.

O fato ocorreu na aldeia onde vivem. Consta que o denunciado, “quando ingere bebida alcoólica, fica transtornado e violento. Naquele dia ele havia bebido, e, desconfiado que alguém havia ‘mexido’ com sua amásia, valendo-se de um facão, a agrediu com diversos golpes, causando-lhe lesões que a deixaram incapacitada para exercer suas ocupações habituais por mais de trinta dias. Ademais, também lhe causou deformidade permanente (cicatriz hipertrófica na face). [...]” (f. 01D).

A denúncia foi recebida em 18 de julho de 2012 (f. 57).

A r. sentença foi publicada em mão do escrivão aos 30 de setembro de 2015 (f. 173-v).

Inconformada com o teor da sentença primeva, apelou a Defesa (f. 178), pretendendo, em síntese, a absolvição do acusado, em respeito aos costumes indígenas, que consideram já ter ele cumprido a pena ao ser preso preventivamente. Alternativamente, requer a redução da pena-base, o reconhecimento da atenuante prevista no art. 56 da Lei 6.001/73 e da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal, em virtude do uso abusivo de álcool por parte do réu, a alteração do *quantum* de redução de pena referente à semi-imputabilidade do agente para o patamar de 2/3 (dois terços), a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena pelo acusado, bem como isenção do pagamento das custas processuais (f. 182/193).

Em contrarrazões, o *Parquet* pugnou pelo não provimento do recurso (f. 194/198-v).

No mesmo sentido é o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 203/209).

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito.

A materialidade e a autoria do crime de lesão corporal gravíssima restaram devidamente comprovadas nos autos pelo auto de apreensão (f. 04), boletim de ocorrência (f. 05/08), cópias fotográficas (f. 09/11), auto de corpo de delito (f. 41) e, ainda, pela confissão do acusado (f. 29/30 e 77/78), corroborada pela prova testemunhal (f. 32/34, 37/40 e 75/76) e pelas declarações da vítima (f. 35/36 e 74), não sendo questionadas no presente recurso.

Cinge-se o inconformismo defensivo aos pedidos de absolvição do acusado, em respeito aos costumes indígenas, que consideram já ter ele cumprido a pena ao ser preso preventivamente, bem como de redução da pena-base, de reconhecimento da atenuante prevista no art. 56 da Lei 6.001/73 e da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal, de alteração do *quantum* de redução de pena referente à semi-imputabilidade do agente para o patamar de 2/3 (dois terços), de fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena e de isenção do pagamento das custas processuais.

Razão em parte assiste à il. Defensora Pública.

Em relação ao pedido de absolvição do acusado, em respeito aos costumes e tradições indígenas, em que pesem os esforços da combativa Defensora, tenho que tal pleito não merece acolhimento.

Isso porque, ainda que o acusado seja integrante de uma tribo indígena, ele tinha ciência da ilicitude do ato praticado, inclusive na cultura em que estava inserido, conforme ele próprio admitiu para a antropóloga Clarissa Noronha Melo Tavares, à f. 120. Confira-se:

[...]

Antropóloga - E você acha que foi certo bater na C.?

N. - É porque ela tomou caiboca [cachaça] também. Aí nós brigou. Mas agora eu não mexo mais com as outras pessoas não.

Antropóloga - E você sabe que tem uma lei que não pode bater na mulher?

N. - Sei.

Antropóloga - Na sua cultura, pode bater na mulher?

N. - Não.

A propósito, infere-se do estudo antropológico de f. 103/139 que o acusado tinha conhecimento da ilicitude de sua conduta. Vejamos:

[...]

N.M. demonstrou uma compreensão parcial da ilicitude de suas ações, tendo em vista que, por um lado, reconhece que a agressão praticada contra a companheira foi algo errado e, por outro, afirma que agiu de forma violenta por estar “fora do juízo”, devido a problemas psiquiátricos e ao uso de bebida alcoólica. Acredita também, assim como sua comunidade, já ter sido punido ao ficar preso em decorrência da agressão praticada (f. 121).

Da mesma forma, o fato de a comunidade indígena considerar que o acusado já cumpriu sua pena, ao ter ficado preso preventivamente, não lhe beneficia.

A uma, porque a própria comunidade indígena repudia a conduta praticada. E, a duas, porque o lapso temporal em que o réu permaneceu preso provisoriamente é muito inferior à pena aplicada, sendo certo que o período de acautelamento será levado em consideração pelo Juízo da Execução.

Aliás, o art. 8º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, mencionado pela Defesa, que assegura a devida consideração dos costumes e direitos consuetudinários ao aplicar a legislação nacional aos povos indígenas, excepciona que “esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos”.

Importante frisar, conforme muito bem salientou a douda Sentenciante, que “bater em mulher não é normal e não pode ser tido como normal, seja em uma cultura indígena, negra, cabocla ou em qualquer outra. Ainda que possuam punição (expulsão da comunidade ou em caso extremo morte por vingança), tal não afasta a responsabilidade penal” (f. 171-v).

Portanto, mantenho a condenação do apelante pelo crime de lesão corporal gravíssima, tal como imposta na r. sentença.

Todavia, quanto à dosimetria da pena, tenho que a sentença reclama pequeno reparo.

Primeiramente, verifico que a douda Sentenciante fixou a pena-base do apelante em patamar bastante superior ao mínimo legal, considerando como desfavoráveis sua conduta social, as circunstâncias e as consequências do crime.

De fato, tais circunstâncias judiciais devem mesmo ser sopesadas em desfavor do apelante, tendo em vista que: ele não trabalhava e vivia embriagado, sendo reconhecido como uma pessoa violenta (conduta social); agrediu a vítima com um facão, causando-lhe diversos ferimentos, tendo a ofendida, inclusive, ficado internada por vinte e nove dias (circunstâncias do crime); e fez com que a vítima ficasse impossibilitada de exercer suas atividades por mais de trinta dias (f. 41), além de ter deixado diversas cicatrizes no rosto dela, de tal sorte que lembrará para sempre das agressões sofridas (consequências do delito), conforme muito bem fundamentou a Magistrada às f. 172/173.

É válido ressaltar que a dosagem das reprimendas incumbe ao Magistrado sentenciante, que, ao prolatar o decreto condenatório, possui certa margem de discricionariedade para tal mister, devendo, é claro, estar sempre atento às circunstâncias judiciais elencadas no Estatuto Repressor - art. 59, do Código Penal -, que visam a definir os contornos objetivos e subjetivos da conduta delitiva do agente.

In casu, apesar das graves e anormais circunstâncias em que o delito foi praticado, entendo que não agiu com acerto a douda Sentenciante, ao fixar a pena-base do acusado em patamar tão elevado.

Assim, reduzo a pena-base do acusado para 04 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda etapa, mostram-se presentes a atenuante da confissão espontânea e a agravante de ter sido o crime praticado contra mulher grávida, razão pela qual mantenho a compensação operada na sentença.

Em relação aos pleitos de reconhecimento da atenuante prevista no art. 56, da Lei 6.001/73 e da atenuante inominada do art. 66, do Código Penal, entendo assistir razão em parte à Defesa.

De fato, o art. 56 do Estatuto do Índio preconiza que: “No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola”.

Segundo o entendimento jurisprudencial, tal atenuante se destina aos índios que não se encontram completamente adaptados à sociedade brasileira. Nesse sentido:

Agravo regimental em recurso especial. Penal. Crime de incêndio. Indígena integrado à sociedade brasileira. Pleito de aplicação da atenuante do art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/73. Impossibilidade. 1. Este Tribunal Superior possui entendimento firmado de que o art. 56, parágrafo único, da Lei nº 6.001/76 (Estatuto do Índio), a embasar a pretensão de atenuação da reprimenda, somente se destina à proteção do silvícola não integrado à comunhão nacional; ou seja, esse dispositivo legal não pode ser aplicado em favor do indígena já adaptado à sociedade brasileira. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ - AgRg no Recurso Especial nº 1.361.948 - PE 2013/0014632-7 - publicação: 16/9/2013).

Por outro lado, o Estatuto do Índio, em seu art. 4º, diferencia os indígenas em três categorias, isto é, isolados, em vias de integração e integrados. Vejamos:

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

Pois bem, no caso dos autos, apesar de o acusado ter recebido educação escolar quando criança, sabendo “ler e escrever ‘mas não muito’ em português” (f. 117), a meu ver, ele não se encontra completamente integrado à sociedade não indígena, até mesmo porque ele “sempre viveu inserido em comunidade indígena” e “toda sua concepção de vida social foi e é construída a partir dos valores oriundos do povo Maxakali” (f. 117), possuindo compreensão do mundo extracomunitário bastante limitada.

A propósito, vejamos o seguinte precedente:

Penal. Processo penal. Apelação criminal da defesa. Peculato cometido no âmbito interno da Funai/Recife. Preliminar da prescrição. Não ocorrência. Inconstitucionalidade do art. 396 do CPP afastada. *Dies a quo* para a contagem do prazo prescricional com a decisão que recebe a denúncia antes da resposta à acusação. Materialidade e autoria delitivas robustamente comprovadas. Atipicidade da conduta. Tese rejeitada diante da comprovação da apropriação indevida de recurso público em proveito próprio. Erro de proibição. Não configurado em face da integração do índio à civilização. Pena-base fixada em 03 (tres) anos de reclusão. Proporcionalidade e razoabilidade observadas no momento da dosimetria. Atenuante do art. 66 do Código Penal afastada. Redução da pena com base no art. 56 da Lei 6.001/73. Concessão. Reduzida a pena para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Recurso parcialmente provido. 1 - Aplicada a pena definitiva de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, não há falar em prescrição, tendo em vista que não transcorreu o prazo prescricional de 08

(oito) anos entre a data da ocorrência do fato (16.04.2002) e o recebimento da denúncia (27.11.2009). Afastada a tese de inconstitucionalidade do art. 396 do CPP. Precedentes do STJ. 2 - Diante das provas dos autos, restou incontroverso ter o réu fornecido seus dados a servidor da FUNAI com o escopo de obter a liberação de verbas fornecidas pela Funai para o pagamento de serviços de preparação de 100 (cem) tarefas de terra, arada com tração animal, serviço este que nunca foi executado pelo réu. 3 - Ao receber verba desviada da Fundação Nacional do Índio - Funai, utilizando-a para ajudar seu filho e, supostamente, para investir em seu ofício de artesanato, a conduta do apelante enquadra-se perfeitamente na descrita no tipo penal do art. 312 do CP. Afastada, portanto, a tese de atipicidade. 4 - A consciência da ilicitude é elemento da culpabilidade que, se inexistente, isenta a pena, nos termos do art. 21, do CP. No entanto, se o agente podia atingir o conhecimento da ilicitude, não há isenção da pena, podendo tão somente reduzi-la. 5 - Prevista no art. 312 do CP pena de reclusão de 02 a 12 anos, mostra-se proporcional ao resultado da análise das circunstâncias judiciais a fixação da pena-base em 03 anos de reclusão quando há fatores desfavoráveis ao réu que justificam o distanciamento da pena do mínimo legal. 6 - Não merece prosperar o pedido de aplicação da atenuante do art. 66 do CP, por ausência de elementos que autorizassem sua incidência. 7 - A atenuante disposta no art. 56 da Lei 6.001/73 é aplicável àqueles indígenas que não se integraram completamente à civilização. Apesar das informações de ser o réu artesão, este fato, por si só, não o caracteriza como índio integrado à sociedade não indígena. Pena privativa reduzida em 06 (seis) meses com base no art. 56 do Estatuto do Índio, resultando a pena definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, mantida a substituição por restritivas de direito, nos termos da sentença. 8 - Apelação criminal parcialmente provida (Processo: 200983000171090, ACR8114/PE, Desembargadora Federal Cíntia Menezes Brunetta (convocada), Terceira Turma, Julgamento: 23/8/2012, Publicação: DJE de 3/9/2012 - p. 524).

Assim, *in casu*, no meu entender, deve incidir a atenuante do art. 56 da Lei 6.001/73.

Noutro giro, no que toca ao pedido de reconhecimento da atenuante inominada prevista no art. 66 do Código Penal, em virtude do uso abusivo de álcool por parte do acusado, melhor sorte não assiste à Defesa, pois a dependência alcoólica do réu foi utilizada na sentença, na terceira fase da dosimetria, para justificar sua semi-imputabilidade, conforme laudo de sanidade mental de f. 165/166.

Desse modo, reconhecida a atenuante do art. 56 do Estatuto do Índio, reduzo a pena do acusado para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na terceira etapa, mostram-se presentes a causa de diminuição de pena da semi-imputabilidade e a majorante prevista no art. 129, § 10, do CP.

No que tange à minorante, entendo que não merece guarida o pleito defensivo de majoração da fração pelo reconhecimento da semi-imputabilidade do acusado, devendo, pois, ser mantido o *quantum* de redução eleito na sentença (um terço), em razão de o agente possuir a capacidade de entender o caráter ilícito do fato, ocorrendo apenas a diminuição de sua capacidade de autodeterminação, conforme se infere do laudo de f. 165/166.

Destarte, pelo exposto, vislumbro que a manutenção da fração mínima de redução é medida que se impõe, razão pela qual diminuo a pena do réu para 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Por fim, em razão da causa de aumento de pena prevista no art. 129, § 10, do Código Penal, elevo a reprimenda do acusado em 1/3 (um terço), concretizando-a, definitivamente, à minguada de outras circunstâncias a serem consideradas, em 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão.

Ainda que o *quantum* da pena seja inferior a quatro anos, considerando as anormais circunstâncias do delito, praticado com a utilização de um facão, contra uma mulher grávida, que teve que ficar internada por

quase trinta dias, além de lhe ter deixado várias cicatrizes no rosto, mantenho o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena, aplicando-se, *in casu*, a regra do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Não há que se falar em substituição da pena corporal por restritivas de direitos, tendo em vista que o delito foi praticado com violência, sendo incabível, ainda, o *sursis*, em razão da quantidade de pena aplicada.

Por fim, vislumbro ter o acusado direito ao benefício da suspensão do pagamento das custas processuais, por ter sido assistido pela Defensoria Pública.

Saliento que, diante da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 14.939/03, pelo Órgão Especial deste egrégio Tribunal de Justiça (Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0647.08.088304-2/002, publicada em 23/10/2015), não há mais que se falar em isenção do pagamento das custas processuais, prevalecendo o disposto no art. 98, do Novo Código de Processo Civil que, de forma supletiva (art. 3º, do CPP), passou a regular a matéria, diante da derrogação expressa da Lei 1.060/50 pelo art. 1.072 do Novo Código de Processo Civil.

Mediante tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena-base aplicada ao acusado e reconhecer a atenuante prevista no art. 56, da Lei 6.001/73, concretizando sua reprimenda em 02 (dois) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, além de conceder-lhe a suspensão do pagamento das custas processuais, mantidos os demais termos da sentença recorrida.

Expeça-se mandado de prisão em desfavor do acusado, após o esgotamento de todos os recursos cabíveis perante esta Câmara Criminal, conforme entendimento manifestado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 366.907-PR. Validade do mandado: 08 (oito) anos.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÁLVIO CHAVES e PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Ameaça e crime previsto no Estatuto do Idoso - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Substituição da pena corporal por restritiva de direito - Inadmissibilidade - Isenção do pagamento das custas processuais - Pleito prejudicado

- Em que pese o delito de ameaça e o crime previsto no art. 96, § 1º, da Lei 10.741/03, terem sido praticados num mesmo contexto fático, inaplicável o princípio da consunção, tendo em vista que as condutas descritas são independentes e tutelam bens jurídicos distintos.

- Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que a infração fora cometida com violência à pessoa, ocorrendo vedação expressa do benefício no art. 44, I, do Código Penal.

- Prejudicado o pedido de isenção do pagamento das custas processuais, porque já concedida na sentença. Desprovimento ao recurso é medida que se impõe.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0704.16.008393-4/001 - Comarca de Unaí - Apelante: C.F.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: M.R.L. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2017. - *Antônio Carlos Cruvinel* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conhece-se do recurso.

Trata-se de recurso interposto em face da sentença de f. 109/114 condenatória nas sanções do artigo 147, c/c art. 61, II, ambos do Código Penal, às penas de 03 (três) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, e art. 96, § 1º, da Lei 10.741/03, às penas de 09 (nove) meses de reclusão, e pagamento de 98 (noventa e oito) dias-multa, em regime semiaberto, negando-se a substituição da pena por restritiva de direito, bem como a suspensão condicional da execução da pena.

Nas razões de f. 125/129, pleiteia-se a absolvição pelo crime previsto no art. 96, § 1º, da Lei 10.741/03, sustentando que “[...] estando os delitos envolvidos no mesmo contexto fático, uma vez que a humilhação à pessoa idosa foi percurso necessário e inarredável para a consecução do tipo da ameaça, forçoso concluir pela absorção do primeiro crime [...]”. Alega, ainda, que “[...] em virtude do princípio da especialidade, o crime tipificado no Estatuto do Idoso afasta a incidência da ameaça [...]”. Subsidiariamente, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito consistentes em multa cumulativamente com a limitação de fim de semana. Por fim, pugna pela isenção do pagamento das custas processuais.

Narra a denúncia que:

[...] Consta das peças informativas que no dia 9 de agosto de 2016, por volta das 11 (onze) horas, na rua [...], bairro Água Branca II, nesta urbe, o denunciado, com a vontade livre e consciente, ameaçou a vítima M.R.L. - sua genitora - de causar-lhe mal injusto e grave (morte), dizendo: “vou te matar”, “quero que você morra logo para eu ficar com a sua herança”. Nas mesmas circunstâncias fáticas, espaciais e temporais, o denunciado humilhou/desdenhou pessoa idosa, qual seja a vítima nominada, na medida em que proferiu os seguintes dizeres: “velha safada”, “velha rapariga”. Ressalte-se que no dia 13 de julho de 2016, já havia sido registrado boletim de ocorrência (nº 5125988), juntado a esses autos, para apuração, da mesma conduta delituosa, praticada pelo denunciado, em face de sua genitora. Apurou-se que os crimes em comento, de ameaça e humilhação a idoso, ocorrem em continuidade delitiva, certo de que desde a data de 14/6/2016, quando o denunciado foi posto em liberdade, o mesmo vem praticando as atrocidades [...].

A autoria é indubitosa. Vejamos.

Em sede inquisitorial, o acusado sustentou:

[...] que o declarante é filho da vítima M.R.; que o declarante foi cientificado de que tem medidas protetivas que o proíbem de se aproximar de M.; que o declarante diz que não tem onde morar e por isso continua morando na casa de M.; que o depoente diz que discute com M. sempre que ele está na casa dela, e durante as discussões profere inúmeros xingamentos a ela; que perguntado ao declarante se ameaça M. de morte o mesmo respondeu que “não sei”; que de ontem para hoje, o declarante dormiu na casa de M.; que o declarante diz que na data de ontem, dia 8/8/2016, pegou um pedaço de concreto para jogar no pedreiro J.C. e não em M.; [...] que foi preso três vezes por ameaçar e ofender M., e não tem passagens por outros crimes [...] (f. 08).

Já em seu interrogatório em juízo, o acusado confessou espontaneamente a prática do crime de ameaça (sistema audiovisual).

A vítima M.R.L., genitora do acusado, esclareceu quando ainda recentes os fatos:

[...] que a declarante é pessoa idosa, está com 64 anos; que em razão da idade e dos constantes sofrimentos que passa devido à situação de violência doméstica em que vive diariamente por parte de seu filho C., estando a declarante com a saúde física e psicológica muito abalada; que a declarante não tem sossego e tranquilidade, dadas as constantes ameaças, humilhações e xingamentos que sofre por parte do filho C.; que a declarante está desesperada e não sabe mais o que fazer da vida; que a declarante tem muito medo do filho C. e disse que não aguenta mais conviver com as ofensas, humilhações e ameaças dele; que a declarante devido a essa situação já perdeu o gosto de viver; já perdeu a vontade de viver, e não sabe mais o que fazer para que o autor a deixe em paz e pare de importuná-la; que o C. é usuário de drogas e é alcoólatra, não trabalha e não respeita a declarante; que C. ofende a declarante xingando-a de “velha safada”, “piralha velha sagada”, “velha rapariga”; que a declarante “não tem mais auto-estima e nem vontade de viver”, conforme se expressa; que a declarante possui medidas protetivas contra seu filho C., tendo ele sido preso em fevereiro desde ano e ficou preso até o mês de julho/2016, mas depois que ele saiu da cadeia, ele nunca cumpriu a ordem judicial; que C. voltou para a casa da declarante contra a sua vontade; que na data de hoje (9/8/2016), desde a madrugada, C. passou a desferir diversas ameaças contra a declarante, falando que vai matar a declarante, pois quer que a declarante morra rápido para poder ficar com a herança; que C. disse que vai perturbar a declarante até a declarante sofrer um infarto e morrer; que além das ameaças de morte, C. xingou a declarante, gritando para todo mundo da rua ouvir; que na data de hoje ele disse que a declarante é “uma bruxa velha safada que gosta de [...] para os homens” e que a declarante tem que andar de vassoura; que ontem à tarde, C. tentou agredir a declarante fisicamente com uma pedra, porém foi impedido pelo senhor J.C., o qual é pedreiro e está trabalhando em uma obra na sua residência; que as humilhações e

ameaças são frequentes, ocorrem o dia todo e à noite, a declarante não tem um mínimo de sossego; que o outro filho da declarante, o C.F. é testemunha de todo o sofrimento da declarante [...]”. (f. 06).

Em juízo, a vítima confirmou na íntegra suas declarações prestadas em sede inquisitorial (sistema audiovisual).

Do mesmo modo, a testemunha J.C.D.C. confirmou o teor da denúncia, quando ouvido na fase administrativa, *in verbis*:

[...] que o depoente é pedreiro e está trabalhando em uma obra na casa da vítima M.R.; que na data de ontem, durante uma discussão, o autor pegou um pedaço de concreto e ameaçou jogar em M.R., mas não chegou a jogar; que o depoente presenciou mas não entrevistou; que o autor vai à casa de M. todos os dias; que o depoente já ouviu o autor dizer a M. que quer ver ela morta; que, na data de hoje, o depoente viu o autor na casa de M., mas não presenciou nenhuma ofensa ou ameaça; que o autor não respeita M. e lhe ofende com palavras de baixo calão, as quais o depoente diz que são muito “pesadas” e não quer repetir aqui [...]. (f. 04).

Em juízo, a testemunha confirmou seu depoimento, acrescentando que ouviu o acusado dizendo que queria que a vítima morresse, bem como presenciou o acusado chamando a ofendida de “velha rapariga” e “velha safada”, dentre outros nomes, por inúmeras vezes.

Corroborando, o policial militar M.W.G.C.O. afirmou em sede inquisitorial, confirmado em juízo (sistema audiovisual):

[...] que a vítima M.R. compareceu nesta Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher, relatando que possui medidas protetivas que proíbem que seu filho C.F.S. se aproxime dela, mas que o mesmo não está obedecendo tal decisão judicial; que, na data de hoje, o autor ameaçou a vítima dizendo que vai matá-la, para poder ficar com a herança; que o autor além de ameaçar a vítima, também lhe ofendeu com palavras de baixo calão; que, de ontem pra hoje, o autor dormiu na casa da vítima; que a vítima relatou também que, na data de ontem, o autor tentou agredi-la com uma pedra, mas foi impedido pelo vizinho J.C., o qual é pedreiro e está trabalhando em uma obra em sua casa; que a vítima diz que as ameaças e ofensas são constantes e que o autor a ofende na frente de vizinhos; que o declarante e o investigador de polícia G. saíram em rastreamento e localizaram o autor transitando pela Rua [...]; que o autor foi preso e conduzido a esta Delegacia [...]”. (f. 02).

Da prova oral colhida, observa-se que, de fato, a vítima foi ameaçada pelo apelante.

As palavras da vítima são suficientes para amparar o édito condenatório, porque, tanto a jurisprudência como a doutrina, sempre deram relevante valor à palavra da ofendida nos delitos praticados às escondidas, sobretudo quando as declarações da vítima são coerentes com o fato narrado.

Ademais, a Lei 11.340/06, intitulada “Lei Maria da Penha”, tem como objetivo coibir a violência doméstica e familiar, que na maioria das vezes ocorre às escuras, dentro do próprio ambiente domiciliar. Assim, nos delitos cometidos sob a égide desta lei, de suma importância é a palavra da vítima para o melhor elucidar dos fatos.

Ressalta-se que as ameaças proferidas pelo apelante foram suficientes para causar temor à vítima e intimidá-la, fazendo com que esta acionasse a polícia militar.

Prosseguindo, consoante entendimento doutrinário, o princípio da consunção tem aplicabilidade quando existe um nexo de dependência entre as condutas ilícitas, absorvendo-se a conduta menos grave pela mais grave.

In casu, as condutas descritas são independentes, na medida em que, não obstante os crimes terem sido praticados nas mesmas circunstâncias, representam práticas delitivas isoladas e diversas que não configuram o mesmo tipo penal, e tutelam bens jurídicos diferentes.

Em que pese os crimes terem sido praticados a partir de uma mesma situação fática, as humilhações direcionadas à vítima pelo acusado não guardam qualquer relação de dependência com as ameaças proferidas por ele.

Assim, a conduta de ameaça não absorve a prevista no art. 96, § 1º, da Lei 10.741/03, pois a objetividade jurídica não é a mesma; o crime previsto no Estatuto do Idoso não precede o de ameaça, e não se constitui em condição indispensável à sua prática.

Dessa forma, inaplicável o princípio da consunção.

Do mesmo modo, não há falar-se em princípio da especialidade.

Verifica-se o princípio da especialidade quando uma norma incriminadora penal especial contém, em sua definição típica, além dos elementos da norma penal geral, outros elementos, de caráter objetivo ou subjetivo, que lhe dão a tônica de especialidade, o que não é o caso.

Prosseguindo-se, pugna o acusado pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito consistentes em multa cumulativamente com a limitação de fim de semana.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que as infrações foram cometidas com violência à pessoa, ocorrendo vedação expressa do benefício no art. 44, I, do Código Penal.

Por fim, resta prejudicado o pleito de isenção do pagamento das custas processuais, porque a sentença já concedeu (f. 114).

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se inalterada a sentença hostilizada.

Custas na forma da sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Tortura - Recurso ministerial - Condenação - Existência de contradições entre as palavras do ofendido e as declarações das testemunhas - Princípio *in dubio pro reo* que se impõe

- Considerando as contradições existentes não só entre as diversas declarações do ofendido, como também entre elas e as assertivas das testemunhas, torna-se inviável a condenação do réu pelo delito imputado.

- Existindo dúvidas relevantes acerca da prática delitiva atribuída ao apelado, a manutenção de sua absolvição deve prevalecer em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0362.15.008418-8/001 - Comarca de João Monlevade - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: C.A.F. - Vítima: T.A.S. - Relator: DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2017. - *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, contra a sentença de f. 550/556, na qual o acusado C.A.F. foi absolvido da prática do delito descrito no art. 1º, I, *a*, e §§ 4º, 5º e 7º da Lei 9.455/97, com fundamento no art. 386, VII, do CPP.

Constou da peça acusatória que, no dia 16 de outubro de 2012, por volta das 18h00, durante abordagem ocorrida no Bairro São João, na Cidade e Comarca de João Monlevade/MG, o acusado, agente público, constrangeu a vítima T.A.S., com emprego de grave ameaça, causando-lhe sofrimento mental, com o fim de obter informação, declaração ou confissão.

Apurou-se, segundo a denúncia, que o ofendido foi abordado, juntamente com três adolescentes, por duas viaturas policiais, ocasião em que os militares queriam que T.A.S. e os demais informassem o paradeiro de uma arma de fogo que, em tese, teria sido utilizada em um roubo ocorrido em data anterior.

Ressaiu da peça de ingresso que um dos adolescentes foi colocado juntamente com o ofendido no cofre de uma viatura policial e foram levados até um local ermo, atrás do Hipermercado Monlevade, sendo os demais menores colocados em outra viatura e também conduzidos até aquele local. Em seguida, a vítima e um adolescente foram retirados do interior do cofre em que se encontravam e foram algemados na traseira da viatura. Nessas circunstâncias, o réu iniciou uma série de agressões contra tais indivíduos, desferindo-lhes socos e fazendo uso de uma sacola plástica e *spray* de pimenta, além de um instrumento para dar “choques”.

Nesse ínterim, os outros dois menores foram mantidos no interior da outra viatura. Entretanto, não sofreram qualquer agressão, apesar de escutarem os gritos dos demais.

Extraíu-se da peça vestibular que, durante as agressões, o acusado ameaçava a vítima, querendo que ela prestasse informação, declaração ou confissão acerca da localização de uma arma utilizada em um assalto, em data anterior, dizendo “hoje eu te penduro no pau de arara. Hoje você morre aqui”, o que lhe causou intenso sofrimento mental.

A denúncia foi recebida em 5 de novembro de 2015, f. 342, e a sentença absolutória publicada em mão do escrivão judicial aos 07 de novembro de 2016, sendo o réu intimado da decisão em f. 561.

Inconformado, o representante ministerial interpôs recurso de apelação (f. 557), requerendo, em razões recursais de f. 564/578, a condenação do acusado nos termos da denúncia.

Em suas contrarrazões de f. 580/583, a defesa pugnou pelo improvimento do recurso ministerial.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 589/595, recomendou o improvimento do apelo ministerial. É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não verifico nulidades ou irregularidades a serem sanadas de ofício, razão pela qual passo ao exame do mérito.

O recurso ministerial tem por foco a condenação do apelado nos exatos termos da peça de ingresso.

Não vejo, contudo, como agasalhar a pretensão recursal.

Uma vez que no presente caso a prova da materialidade cinge-se à configuração da grave ameaça supostamente perpetrada pelo réu, pois o ofendido se negou a ser submetido ao exame de corpo de delito, julgo que ela se confunde, portanto, com os elementos carreados para fins de demonstração da autoria delitiva, a qual, conforme será explanado, a meu ver, não foi demonstrada.

Extraí-se do processo que o ofendido e sua genitora procuraram a Promotoria oficiante na instância *a quo* para noticiar supostas agressões perpetradas pelo apelado, na função de policial militar, contra T.A.S.

Naquela primeira oportunidade, dia 17 de outubro de 2012, f. 8, um dia após os supostos fatos, T.A.S. declarou que no dia anterior, 16 de outubro de 2012, por volta das 18h00, estava na casa de sua namorada, quando foi chamado por seis policiais, em duas viaturas, dentre eles o acusado, os quais queriam que ele entregasse uma arma. Em seguida, diante de sua negativa, ele foi colocado em uma das viaturas, Chevrolet Blazer, sendo que já havia três menores nos carros, e levado para trás do Hipermercado Comercial. Aduziu que C. colocou uma sacola, com *spray* de pimenta dentro, em sua cabeça, e que, ato contínuo, foi golpeado com três socos na barriga e recebeu choque elétrico no pênis. Disse não saber quem deu os socos e o choque, pois estava com a cabeça coberta pela sacola, e que, em razão desses fatos, ficou com a mão lesionada. Por fim, acrescentou que o indivíduo de alcunha “D.” estava com ele no carro e também foi agredido, tendo ficado gemendo no chão.

No dia 18 de outubro de 2012 (f. 10), ou seja, dois dias após os fatos, T.A.S. retornou àquela Promotoria e disse ter sido novamente abordado por C., o qual lhe advertiu de que era quinta-feira, prazo final para entregar a suposta arma de fogo, tudo isso enquanto apontava uma arma de fogo para o ofendido.

Em f. 16, o ofendido foi intimado para comparecer à Depol, momento em que confirmou ter recebido o pedido de realização do exame de corpo de delito, mas que havia se esquecido de comparecer ao local determinado e que não tinha mais interesse em sua realização.

Posteriormente, em f. 20, a vítima regressou àquela Promotoria e prestou novas declarações, aduzindo que, no dia da abordagem, C. ficou dando voltas com a viatura com ele dentro, somente depois o levou até as proximidades do Hipermercado. Asseverou que C. o algemou na traseira da viatura e deu choques elétricos por todo o seu corpo, inclusive em seu pênis, bem como colocou uma sacola, com *spray* de pimenta dentro, em sua cabeça e o sufocou. Disse que ficou machucado e que não se submeteu ao ACD porque ficou com medo. Aduziu que os três outros menores presenciaram os choques e viram as agressões, pois estavam na viatura ao lado e ouviram seus gritos. Entretanto, não soube dizer se os tais menores também tomaram choques. De forma confusa, disse que se esqueceu de fazer o ACD e perdeu o interesse em sua realização, mas que também deixou de fazê-lo por medo.

Em f. 234/235, no inquérito instaurado pela polícia militar para apurar os fatos, declarou que no dia 16 de outubro de 2012, às 17h30, duas viaturas pararam defronte à residência de sua namorada, oportunidade em que foi chamado pelo policial J.M. e indagado acerca de uma arma de fogo. Ato contínuo, disse que C. avisou que iriam dar uma “voltinha” e que então foi colocado no interior da viatura e levado para a parte de trás do Hipermercado. Ratificou que C. colocou uma sacola em sua cabeça e que tomou choque elétrico no pênis, bem como levou um soco na barriga, sendo que havia quatro meses que tinha sido submetido a uma cirurgia abdominal. Acrescentou que, ao noticiar aos policiais acerca da cirurgia, as agressões cessaram. Confirmou a ameaça recebida no dia 18, sobre ser quinta-feira, prazo limite para entregar a arma de fogo. Também disse não haver qualquer testemunha de que foi levado para trás do Hipermercado e agredido. Inovou, asseverando que, três dias antes de ser abordado, na cicatriz da cirurgia já estava saindo pus e que em razão do soco recebido no abdômen iniciou-se um pequeno vazamento de secreção.

Em nova oitiva nos autos do Inquérito Policial Militar, f. 254/256, T.A.S. confirmou as declarações supra, aduzindo que a cirurgia não apresentou qualquer complicação após a agressão sofrida. Disse, ainda, que foi agredido apenas por C. e que não ficou qualquer lesão, mas que estava com pus na cicatriz e começou a sair mais, não sabendo se este fato ocorreu em razão das agressões. Asseverou que não se submeteu ao exame pericial porque a cirurgia já estava cicatrizada e que não havia lesão e, também, que não possuía nenhuma testemunha que pudesse confirmar os fatos. Perguntado, respondeu que nunca teve problemas com C. e que, após a representação, não foi procurado por ele, sendo certo que ele continuou fazendo seu serviço de ronda sem o importunar. Relatou novamente os fatos, dizendo que, ao chegarem às proximidades do Hipermercado, um policial veio por trás e colocou a sacola em sua cabeça e, após, tiveram início as agressões, e que enquanto estava com a sacola sobre sua cabeça não conseguia ver o que ocorria.

Em Juízo, f. 492/494, T.A.S. apresentou nova versão, aduzindo que foi abordado com três adolescentes, que foi retirado de dentro da casa de sua sogra por quatro policiais, os quais procuravam uma arma, e que foi algemado, colocado na viatura, na qual já se encontrava “D.”, e que na outra guarnição estavam os outros dois adolescentes, oportunidade em que ficaram rodando de carro, enquanto os policiais davam sequência

ao serviço de rotina. Mais tarde, foram levados para trás do Hipermercado, momento em que C. colocou a sacola em sua cabeça e começou a agredi-lo com tapas na cara e socos no abdômen, o qual começou a sangrar, pois tinha apenas um mês e quinze dias que havia sido operado. Disse que não fez o ACD por medo, e que C., cerca de duas semanas depois, o parou por duas vezes para que retirasse a queixa. Acrescentou que não foi com sua mãe fazer o ACD porque ela trabalha muito. Quanto às agressões, aduziu que “D.” as presenciou e que não se recordava se tinha havido agressão com *spray* de pimenta e aparelho de choque elétrico. Segundo o ofendido, a viatura com os outros dois menores permaneceu no local, sendo certo que eles viram as agressões, uma vez que gritava. Indagado, não se recordou se levou choque no pênis. Em seguida, de forma também confusa, disse que tinha medo, mas que foi agredido com choques e *spray* de pimenta e que a violência só cessou quando C. viu o ferimento em seu abdômen sangrando. Esclareceu que o choque foi por cima da roupa, em seu órgão genital, e que não sabia quem o desferiu, uma vez que C. segurava a sacola em sua cabeça. Após tais fatos, disse ter ido para a residência de sua sogra e, ato contínuo, para a casa de sua mãe.

Inicialmente, pela simples leitura das declarações de T.A.S., nas várias ocasiões em que teve oportunidade de se manifestar, é possível verificar a existência de inúmeras contradições em relação às declarações prestadas para as diversas autoridades envolvidas na apuração dos fatos.

Apesar de o recorrente Ministerial sugerir que tais contradições se deveram ao fato de o ofendido temer a ação da polícia, razão pela qual teria apresentado versão mais amena no Inquérito Policial Militar, julgo que tais divergências não se limitaram àquelas declarações. Ainda que fosse essa a hipótese dos autos, é possível observar várias imprecisões nas duas vezes em que foi ouvido naquele procedimento.

Não bastasse, nas ocasiões em que ouvido perante o *Parquet* local e em Juízo também apresentou versões significativamente contraditórias, seja em relação à dinâmica dos fatos, ou quanto à identificação do agente que o agrediu, ou, ainda, como se deram essas agressões. No mesmo momento em que diz não se lembrar se foi agredido com choque e *spray* de pimenta, aduziu que estava com medo, mas que realmente aquelas agressões haviam acontecido.

Entretanto, em um primeiro momento, disse que tomou choques apenas no pênis, em seguida, asseverou que foi por todo o corpo. O mesmo ocorreu com o número de socos recebidos em seu abdômen. Ora disse terem sido três, em outro momento um. Ora tais socos foram desferidos pelo apelado, ora não se sabe por quem, já que o recorrido estava o segurando com a sacola plástica na cabeça.

O ofendido, devidamente indagado, não logrou esclarecer à autoridade judicial por que em certa ocasião disse que ele e os três menores foram agredidos, e posteriormente mudou tal versão.

Primeiro, sustentou que ficou com a mão lesionada. Todavia, em nenhum outro momento ratificou tal afirmativa.

Também não me parece crível que a vítima não tenha se submetido ao ACD por medo. Ora, acaso realmente tivesse algum temor, certamente não teria procurado o Ministério Público para buscar providências contra o acusado, conduta, em tese, mais arriscada do que se submeter a exame pericial.

Frise-se que, apenas dois dias após os supostos fatos, T.A.S. prestou declarações no Inquérito Policial Militar, f. 234/235, momento em que foi feito registro fotográfico da cicatriz existente em seu abdômen e constatou-se que ela estava totalmente cicatrizada.

Ora, como seria possível tal cicatriz estar sangrando, ou expelindo líquido purulento durante três dias antes das supostas agressões, após estas, aumentar o volume de secreção e, apenas dois dias depois, não existir qualquer secreção ou vestígio, a ponto de ser possível concluir pela total cicatrização?

Não bastasse, nem mesmo o tempo decorrido da cirurgia realizada em seu abdômen foi preciso. Inicialmente, disse que havia quatro meses que havia feito a operação no intestino; após isso, aduziu que tinha se passado apenas um mês e quinze dias daquele procedimento, quando foi abordado e agredido pelo acusado.

Também não me parece razoável imaginar que alguém que está com um saco plástico na cabeça, com *spray* de pimenta dentro, obstruindo sua respiração e, ainda, após ser repetidamente golpeado em seu abdômen, que há pouco havia sido operado, consiga advertir seus algozes de tal condição, a ponto de ensejar o encerramento das agressões perpetradas.

Em Juízo, T.S.A. chegou a dizer que o réu apertou fortemente seu pescoço, mas que não sabia se deixou marcas, uma vez que não olhou no espelho e que nenhuma pessoa observou qualquer sinal de lesão.

Não fossem todas essas contradições suficientes a gerar dúvidas relevantes, tais imprecisões tiveram sequência quando da oitiva das testemunhas civis.

A namorada de T.S.A., inquirida em f. 133, prestou relato bem sucinto, ressaltando que seu parceiro não lhe contou que havia sido agredido, nem mesmo que havia a pendência de realização de um exame de corpo de delito.

Ora, ao que se extrai dos autos, o acusado vivia em condição equiparada à marital com sua namorada, inclusive pernoitando com frequência em sua residência. Acaso o réu tivesse sido agredido, a ponto de não conseguir tomar água, conforme ele teria relatado a sua mãe, certamente tal condição teria sido percebida por sua namorada, ou, ainda, a secreção expelida por sua cicatriz. Não é minimamente crível que o ofendido tenha sido submetido a toda essa tortura e que não tenha relatado nada para sua namorada/companheira.

Frise-se que até para alguns vizinhos ele teria contado o ocorrido.

Alguns dos menores que, supostamente, presenciaram os fatos foram ouvidos, oportunidade em que prestaram os esclarecimentos pertinentes, dos quais é possível verificar, mais uma vez, diversas incongruências entre si e com as declarações prestadas pela vítima e demais testemunhas.

O primeiro menor a ser ouvido, f. 140, disse que era irmão da namorada do ofendido e que estava com ele no momento das agressões. Aduziu que estavam na porta de sua casa conversando, assentados no meio fio, ocasião em que chegaram os policiais. Acrescentou que foram jogados na viatura, juntamente com o segundo adolescente, mas que não foram algemados. Asseverou que foram levados para trás do hipermercado, por volta das 20h00, que T.S.A. foi retirado do carro e tomou “sacoladas”, choques e “porrada”. Afirmou que “D.” estava junto e que, na verdade, tiraram T.S.A. e “D.” para fora da viatura.

De acordo com o primeiro adolescente a ser ouvido, ele pode ver as agressões, que o ofendido levou choque elétrico na barriga e teve uma sacola plástica colocada em sua cabeça. Disse que T. estava assentado dentro do cofre da viatura quando sofreu toda a violência.

Apontada a contradição acerca de T.S.A. ter sido agredido dentro ou fora da viatura, tentou argumentar que eles foram tirados e colocados de volta no tal cofre. Alegou que ele e o segundo menor ficaram separados na outra viatura policial, mas que pode observar que “D.” somente foi agredido do lado de fora do veículo.

Também não soube explicar, ao ser questionado, por que T.S.A. teria dito que, quando foi abordado, os demais menores já se encontravam nas viaturas.

Na oportunidade em que foi ouvido em Juízo, f. 496, o primeiro adolescente mudou completamente sua versão, aduzindo que foi abordado sozinho na porta de sua casa, que se tratou de uma abordagem de rotina e que em seguida foi liberado. Acrescentou que o segundo menor não estava em sua companhia e que não foi abordado juntamente com o ofendido. Ao ser questionado acerca da alteração do teor de suas declarações, limitou-se a dizer que devia estar drogado quando prestou tais assertivas junto à Promotoria de primeira instância e que não estava com medo, nem havia sido procurado por ninguém para que pudesse mudar sua versão.

O segundo adolescente, ouvido em f. 150, aduziu que foi colocado na viatura antes da vítima, a qual foi abordada na porta de sua casa, sendo colocada em viatura diferente, momento em que foram levados para uma área grande, perto da Câmara Municipal. Asseverou que viu C. com uma sacola nas mãos e ouviu gritos, mas não viu a máquina de choque nem o réu colocando a sacola na cabeça de T.S.A. Disse que não conhecia “D.”, mas sabia quem ele era. Alegou que da casa do ofendido os policiais abordaram “D.” e o colocaram junto com T.S.A. na mesma viatura.

De acordo com o segundo menor, ele não viu se “D.” apanhou e que não sabia quem era o primeiro adolescente, o qual não estava com ele na viatura, pois estava sozinho, e que foram apenas três os abordados (ele, o ofendido e “D.”). Aduziu não saber se T.S.A. foi abordado na casa da namorada dele, e que, durante as agressões, a vítima não foi retirada do cofre. Por fim, aduziu que eram apenas dois policiais.

Em Juízo, f. 497/498, também alterou sua versão inicial, aduzindo que estava com T.S.A. na porta da casa deste quando foram abordados, e que não sabia quantos policiais havia, pois estava de costas, mas reconheceu C. pela voz. Disse que foi colocado junto com o ofendido no cofre da viatura, mas que não foram algemados, nem mesmo informados por que estavam sendo conduzidos. Aduziu que os policiais não disseram nada sobre eventual roubo, ou indagaram sobre alguma arma de fogo. Narrou que ficaram rodando na viatura e foram levados para trás do hipermercado, momento em que chegou uma segunda guarnição, para a qual ele foi levado, sendo que já havia um indivíduo no cofre, enquanto T.S.A. permaneceu naquela.

O segundo adolescente aduziu que alguém foi levado para a viatura em que T.S.A. estava e que viu C. com uma sacola na mão; ato contínuo, escutou gritos do ofendido, mas que não viu C. ou outro policial com *spray* de pimenta, nem aparelho de choque. Alegou que, ao serem soltos, T.S.A. estava com a mão no abdômen, queixando-se de dores, mas não viu se sangrava. Em seguida, disse que viu a vítima com a mão na barriga, de longe, uma vez que foram libertos um por um e que T.S.A. foi para a casa dele direto. Asseverou que, durante os fatos, “D.” foi tirado da viatura em que estava com ele e levado para a de T.S.A., e que não sabe se o primeiro menor estava em alguma guarnição, mas que ficou sozinho naquela em que foi colocado. Por fim, disse que T.S.A. não falou que estava com dor no abdômen.

Portanto, é possível verificar as diversas discrepâncias entre as declarações dos menores, seja entre si, ou com as demais provas coligidas.

Também de forma contraditória se manifestou a testemunha M., f. 153, mãe do segundo menor, a qual disse ter visto, de longe, T.S.A. ser espancado e levando chutes, soco nas costas e tapa na cara. Disse que eram vários policiais, mas que somente um agrediu a vítima, a qual estava algemada enquanto apanhava, e que os fatos se deram em frente à residência de T.S.A.

Na segunda ocasião em que foi ouvida, M. (f. 275/276), disse ter visto a abordagem realizada por C. a T.S.A., presenciou o momento em que o réu teria dado socos na barriga do ofendido, sendo que, após o primeiro golpe, entrou para o interior de sua residência. Aduziu ter tomado conhecimento, por meio da vítima e sua mãe, que ela havia sido levada para um lugar escuro. Entretanto, não soube informar se foram duas ou três viaturas que participaram da abordagem. Asseverou que T.S.A. afirmou que C. havia dado um prazo para ele entregar uma arma de fogo e que os fatos ocorreram próximo à casa da namorada do ofendido, sendo certo que no momento estavam somente os policiais e T.S.A.

A testemunha D., irmã do segundo adolescente, f. 156, disse que viu, de longe, T.S.A. ser agredido com socos no abdômen e que havia vários policiais no local.

Inquirida no Inquérito Policial Militar - IPM - (f. 273/274), por sua vez, alegou que estava se deslocando para a escola quando se deparou com C. agredindo T.S.A., e que ao retornar do estabelecimento de ensino tomou conhecimento de que a vítima havia sido levada para perto do Hipermercado e estava muito machucada. Acrescentou que viu C. desferindo um soco na barriga de T.S.A. e que havia uma viatura e quatro policiais no local. Por fim, asseverou que foi procurada pela mãe de T.S.A. para que confirmasse as agressões junto às autoridades competentes e que os fatos se deram próximo à residência da namorada de T.S.A.

A mãe do ofendido também foi ouvida por diversas vezes ao longo da apuração dos fatos, sendo certo que também não deixou de incorrer em diversas contradições e incongruências.

Na primeira oportunidade em que se manifestou, f. 168, S. aduziu, sem muitos detalhes, que havia tomado conhecimento de que o primeiro e o segundo menores, a namorada do ofendido e “D.” estavam no local, e que os quatro, exceto B., namorada de T.S.A., foram levados ao Hipermercado, e que todos foram submetidos a sessão de tortura, mediante colocação de sacola plástica na cabeça e choque elétrico no pênis. Acrescentou que seu filho foi agredido na barriga, que havia um ano que ele tinha sido operado e que viu o ferimento do abdômen purgando pus. Asseverou que ele não se submeteu ao ACD por medo e que C. o procurou para tirar a queixa.

Na segunda ocasião, f. 230, disse que viu dois veículos abordando seu filho e depois abordando dois menores, por volta de 17h30. Alegou que, mais tarde, por volta de 21h, seu filho ligou narrando as agressões a que havia sido submetido.

Em um terceiro momento, f. 230/231, IPM disse ter visto dois automóveis abordando seu filho e o colocando no cofre de um deles.

Posteriormente, os militares teriam abordado o segundo menor e outro indivíduo, os quais também foram colocados no interior da viatura. Aduziu que, por volta das 21h00, T.S.A. retornou para casa com a finalidade de apanhar algumas peças de roupas para tomar banho na casa de sua namorada, ocasião em que ele entrou em contato dizendo “mãe, o C. me bateu demais, deu soco na minha barriga, destroncou minha mão e falou que se eu não entregar a arma até quinta-feira irá me matar”. Informou que, no dia seguinte, às 6h30, quando

saía para trabalhar, ligou para T.S.A., tendo ele dito que não estava aguentando nem beber água de tantos socos que havia recebido.

Afora as contradições existentes, sobretudo por, inicialmente, dizer que tomou conhecimento dos fatos e, posteriormente, aduzir que presenciou a abordagem policial, chama a atenção o fato de a mãe do ofendido ter presenciado seu filho ser levado pela polícia às 17h30 e não tomar qualquer providência para saber para onde ele foi levado, ou por que havia sido preso e, ainda, se ficaria detido. Ressalte-se que às 21h00, quando T.S.A. teria voltado para casa, ela estava na igreja, ou seja, já haviam se passado mais de três horas desde a abordagem policial, e ela não tinha se preocupado minimamente, tendo seguido sua rotina normalmente, indo para a igreja, oportunidade em que recebeu a ligação de seu filho.

Ainda assim, T.S.A. foi dormir na residência de sua namorada, sendo que sua genitora, mais uma vez, nenhuma providência tomou, nem demonstrou maior preocupação, entrando em contato com ele apenas no dia seguinte, quando acordou para ir trabalhar.

As contradições não param por aí. Ouvida novamente no IMP, f. 258/259, S. confirmou as assertivas supra e mencionou que seu filho ficou com a mão machucada, inchada, não sabendo informar qual delas, que o umbigo estava com sangramento, não sabendo se em virtude das agressões. Asseverou não saber o motivo por que T.S.A. não se submeteu ao ACD, e que presenciou seu filho ser abordado pela polícia, bem como outros moradores, e que no dia da cicatriz estava saindo muito pus.

A fim de contextualizar, é importante ressaltar que no dia seguinte aos fatos a vítima e sua genitora estiveram presentes na Promotoria local e, no dia seguinte, na Polícia Militar. Na promotoria nada foi confirmado acerca da mão de T.S.A. estar inchada, ou, ainda, de se verificar a cicatriz purgando sangue. Na PM, a seu turno, nada foi dito pelo réu sobre o machucado na mão, sendo certo que o local apontado por ele, em f. 244, como a ferida que purgava pus, além de estar devidamente cicatrizada, não vem a ser o umbigo, posicionando-se bem acima deste, o que vai de encontro à versão de sua mãe, acerca da ferida estar marejando pus pelo umbigo.

Inquirida em Juízo, f. 499/500, a genitora do ofendido disse que, quando ele foi abordado pela polícia, a cirurgia estava nova, mas já havia retirado os pontos. Desta vez, alegou que não presenciou a abordagem, pois esta se deu na casa da namorada de T.S.A. Aduziu que seu filho lhe narrou os fatos, relatando estar sentido muitas dores. Aduziu que os pontos do umbigo não foram tirados, por estarem inflamados, saindo muito pus. Argumentou que T.S.A. não foi ao hospital por estar com medo, e que ele não disse por que foi agredido. Indagada, a testemunha não soube explicar à Autoridade Judicial a contradição em relação ao tempo da cirurgia, uma vez que inicialmente disse que havia um ano de sua ocorrência.

Por outro lado, há a versão de C., f. 260, que, apesar de confirmar a abordagem do ofendido, negou tê-lo conduzido na viatura para qualquer lugar, bem como ter perpetrado as agressões a ele imputadas.

Corroborando os interrogatórios de C., estão os depoimentos das testemunhas, policiais militares, L.E.C., f. 262/263; H.B.C., f. 264/265 e 501; D.C.M.B., f. 266/267 e 502; H.C.P., f. 268/269 e J.M.S., f. 270/272 e 503.

Conforme se verifica do processo, os policiais seguiram até o bairro onde a vítima reside, a fim de investigar quem eram os autores de alguns delitos de roubo que haviam sido perpetrados.

Assim, os militares rumaram para aquela região, oportunidade em que lograram, de fato, abordar o ofendido, sendo que, em razão desta abordagem, foi gerado o documento de f. 249/251, o qual foi lavrado às 19h05.

Extraí-se das declarações dos milicianos que, após a abordagem de T.S.A. e de vários outros indivíduos, eles deram sequência ao serviço e foram informados de que o autor dos delitos de roubo seria um indivíduo de nome J.C.. A par de tais informações, eles saíram ao encalço do referido suspeito, logrando abordá-lo e prendê-lo às 20h33, como faz certo o B.O. de f. 237.

Portanto, verifica-se que entre a abordagem do ofendido e a prisão de J. decorreu pequeno lapso de tempo, o qual certamente não seria suficiente para que os policiais registrassem o primeiro documento (abordagem de T.S.A.), conduzissem o ofendido, bem como outros dois ou três indivíduos para um lugar ermo, perpetrassem as agressões e, em seguida, retornassem àquele local inicial, para então localizar e prender Jean.

Registre-se que tal circunstância mostra-se menos palpável sob a ótica da última versão apresentada pelo ofendido e pelo segundo menor, no sentido de que, após serem abordados e colocados no cofre, os militares prosseguiram ao patrulhamento rotineiro e, só depois de algum tempo, foram para o tal local, atrás do Hipermercado.

Apesar de reconhecer a existência da independência funcional entre os membros do Ministério Público, não me passou despercebido que o Promotor responsável por acompanhar o IPM, junto à Justiça Militar, diante de tantas contradições e incoerências, manifestou-se pelo arquivamento daquele IPM - f. 308.

Chama, ainda, a atenção a fundamentação da representante ministerial, em sede de contrarrazões, no sentido de que as declarações dos militares foram “cautelosamente” uniformes. Tal argumento gera certa perplexidade, pois, não raro, observo nos processos em geral que, enquanto a defesa reclama de uma suposta prática de “copiar e colar” entre depoimentos dos agentes policiais que participaram das diligências, de outro, o *Parquet* via de regra bate-se pela harmonia e uniformidade e validade dessas oitivas para buscar a condenação de agentes, isso quanto aos mais diversos crimes. Assim, se tal circunstância, isoladamente, não espelha alguma verdade, como no caso dos autos, o mais correto seria jamais dar guarida à palavra dos milicianos, ou seja, nunca condenar qualquer pessoa que com base também em prova oral defluente das palavras de militares, entendimento, diga-se de passagem, com o qual não coaduno.

Registro que, por óbvio, também não creio que só a palavra dos policiais seja suficiente a uma condenação ou absolvição. É indispensável que elas estejam coerentes com as demais provas coligidas, ou que os outros elementos sejam frágeis o suficiente para não infirmá-las, o que, *data venia*, é o caso dos autos.

Não se pode perder de vista que as pessoas envolvidas, seja a vítima, sua genitora, os menores ou demais testemunhas civis, em nenhum momento conseguiram prestar informações coerentes e harmônicas, a fim de esclarecer os fatos imputados.

O próprio ofendido foi ouvido por sete vezes, sendo certo que em cada uma delas alterou parte fundamental de sua declaração inicial, fazendo minguar, assim, a credibilidade de suas assertivas.

A estória contada pelos autos não me permite concluir pela veracidade dos fatos imputados, conforme explanei acima, mas, caso tenha acontecido essa covardia, com a qual jamais poderia concordar ou abonar, fosse a vítima quem quer que seja, julgo que o ímpeto em aumentar suas circunstâncias e imputar a culpa

exclusivamente ao réu foi tamanha que impediu que os fatos fossem vistos e apresentados de maneira clara e a justiça alcançada.

Há que se considerar, ainda, que o recorrido era responsável pelo policiamento ostensivo no local, visando alcançar a repressão a condutas delitivas e, ainda, que o ofendido é indivíduo dito imiscuído na criminalidade. Portanto, não é de todo absurdo cogitar que todos esses fatos possam ter sido criados na tentativa de prejudicar o réu e o trabalho executado por ele.

Nesse sentido, a testemunha F.B.B., f. 474, policial militar, não integrante das guarnições que procederam diligências naquele bairro na data dos fatos, foi assertiva em dizer que o réu era antipatizado pelos suspeitos e infratores do Bairro São João, justamente porque trabalhava no tático móvel e era responsável por diversas diligências naquele local.

Juntem-se a isso as declarações prestadas pelo ofendido e por testemunhas civis no sentido de que o recorrido não tinha qualquer pendência com o ofendido.

De mais a mais, não me parece razoável crer que duas viaturas, com diversos policiais, tivessem abordado três ou quatro indivíduos, conduzindo-os ao local dos fatos, e que somente C. tenha perpetrado todas as agressões.

Em toda a estória articulada pela vítima e mal repercutida pelas testemunhas não ficou claro, a meu ver, a razão pela qual os militares teriam levado os demais agentes ao local dos fatos. Ora, segundo os supostos envolvidos, as agressões foram perpetradas somente contra T.A.S. e “D.”. Portanto, os policiais teriam levado mais um ou dois indivíduos apenas para servir de testemunhas contra eles mesmos e, em seguida à tortura contra os demais, os libertado sem nenhuma advertência?

Dessarte, havendo dúvidas relevantes acerca da autoria da prática do delito, impõe-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo* em favor do apelado, mantendo sua absolvição.

Na esteira desse entendimento, é o trato pretoriano:

Apelação criminal. Tortura e ameaça. Sentença absolutória. Recurso ministerial. Prescrição da pretensão punitiva do crime de ameaça. Condenação pelo crime de tortura. Impossibilidade. - A prescrição da pretensão punitiva, antes do trânsito em julgado, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade abstratamente cominada ao delito. Uma vez verificada a prescrição da pretensão punitiva, é imperioso decretá-la e declarar extinta a punibilidade dos acusados pelo crime de ameaça, com base nos arts. 107, IV, e 109, *caput*, e VI, todos do Código Penal, por se tratar de matéria de ordem pública e prejudicial de mérito. Sempre que se caracterizar uma situação de prova dúbia, impõe-se a absolvição, pois a dúvida em relação à existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado, conforme o princípio *in dubio pro reo* (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0610.11.002159-5/001, Rel. Des. Flávio Leite, 1ª Câmara Criminal, j. em 21/3/2017, publicação da súmula em 31/3/2017).

Apelação criminal. Tortura. Contradições nas palavras das vítimas. Prova testemunhal. Insuficiência. Absolvição mantida. I - Havendo dúvidas acerca da dinâmica dos fatos, não é possível submeter o acusado a uma condenação na esfera criminal, em obediência ao princípio do *in dubio pro reo* (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0674.10.001598-3/001, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, 1ª Câmara Criminal, j. em 7/3/2017, p. em 17/3/2017).

Posto isso, nego provimento ao recurso ministerial.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS e CÁSSIO SALOMÉ.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Abandono de incapaz - Ausência de dolo - Não cabimento - Situação de perigo configurada - Condenação mantida - Redução da pena - Necessidade

- O delito do art. 133 do Código Penal configura-se com a conduta de colocar o incapaz, que não sabe se defender, em situação de perigo de vida, em virtude do abandono e da violação do dever de zelar pela segurança dele.

- Verificando-se a existência de circunstâncias judiciais do sentenciado equivocadamente valoradas, impõe-se a adequação da pena para ajustá-la no patamar suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

V.v.p. - A expedição de mandado de prisão e de guia de execução, após a prolação de acórdão condenatório por este egrégio Tribunal de Justiça, com a finalidade de iniciar a execução da pena imposta, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, neste momento processual, encerrada está a possibilidade de reexame da matéria fático-probatória, encontrando-se formada a culpa do agente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0625.11.012123-7/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: W.S.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.^a DENISE PINHO DA COSTA VAL

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O DESEMBARGADOR PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 18 de julho de 2017 - *Denise Pinho da Costa Val* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelação interposta por W.S.M. contra a sentença de f. 104/106-v, que julgou procedente a denúncia e o condenou nas sanções do art. 133, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto, negando-lhe a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Narra a denúncia que, no dia 7 de agosto de 2011, por volta das 11 horas, na Praça do Cruzeiro, na cidade de Santa Cruz de Minas/MG, o denunciado W.S.M. abandonou as vítimas, de apenas 9 (nove) anos de idade e 7 (sete) anos de idade, sozinhas na citada praça, expondo a perigo concreto a integridade física das referidas vítimas, as quais estavam sob os seus cuidados.

Assim, W.S.M. foi denunciado como incurso nas sanções do art. 133, *caput*, do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 12/1/2012 (f. 43), e o processo seguiu os seus trâmites legais, culminando com a sentença de f. 102/106-v, publicada em 24/10/2014 (f. 107), da qual o réu foi intimado pessoalmente à f. 119.

Inconformada, a defesa do acusado interpôs recurso de apelação à f. 109. Em suas razões de f. 123/130, requer a absolvição de réu por negativa de autoria, insuficiência de provas e atipicidade da conduta, diante da ausência de exposição a perigo.

Requer, também, a isenção de custas processuais.

Contrarrazões do Ministério Público, às f. 131/137, pleiteando o não provimento do apelo e a manutenção, na íntegra, da sentença de primeiro grau.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da ilustre Procuradora Dr^a Valéria Felipe da Silva, opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 142/145).

É o breve relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço do recurso interposto.

Não foram arguidas nulidades e nem se verificou a existência de alguma que mereça ser declarada de ofício.

A materialidade delitativa restou comprovada nos autos pela portaria de f. 05, pelo relatório de f. 09/11, pelas certidões de nascimento de f. 10/12 e pelo boletim de ocorrência de f. 13/19.

Em seu recurso, alega o apelante que não há nos autos provas ou indícios suficientes para manter a sua condenação pelo delito de abandono de incapaz, pois, em nenhum momento abandonou os filhos na praça, expondo-os a perigo necessário à configuração do delito.

Sustenta o apelante que, no dia dos fatos, afastou-se do local onde os filhos estavam apenas para comprar cigarros, e quando retornou os menores não estavam mais na praça, pois tinham sido levados pelo Conselho Tutelar.

Sustenta, ainda, que, quando as crianças foram ouvidas, elas disseram que o pai as havia deixado na praça brincando e pediu a uma senhora para levá-las até a casa de uma amiga da genitora delas.

Aduz que não agiu com o dolo de abandonar seus filhos e eles não foram expostos a perigo real, sendo, portanto, atípica a sua conduta.

Compulsando os autos, vejo que não assiste razão ao sentenciado.

Dispõe o art. 133, *caput*, do Código Penal que constitui o delito de abandono de incapaz: “Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono”.

O referido tipo penal visa proteger o incapaz de se defender de situações de perigo, diante do abandono e da omissão de quem tem o dever legal de protegê-lo e zelar pela sua segurança.

Leciona com propriedade Cezar Roberto Bitencourt que o elemento subjetivo do delito de abandono de incapaz é:

[...] o dolo de perigo, representado pela vontade e consciência de expor a vítima a perigo através do abandono. O dolo pode ser direto ou eventual. Nesse caso, o agente deve, pelo menos, aceitar o risco de perigo concreto para a incolumidade pessoal do abandonado.

Seria até desnecessário enfatizar que é indispensável que o sujeito ativo tenha plena consciência de seu dever de assistência, decorrente de uma das hipóteses relacionadas no tipo penal, quais sejam, cuidado, guarda, vigilância ou autoridade.

E, completa o mestre que: “não há exigência de qualquer fim especial de agir, sendo equivocada a afirmação de alguns doutrinadores de que esse tipo penal exige “dolo específico”. Se, contudo, houver, concretamente, a presença de um especial fim de agir, provavelmente irá configurar outro crime” (*Tratado de Direito Penal*, parte especial 2. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269).

Guilherme de Souza Nucci também expõe que o tipo penal do art. 133 não exige para a sua configuração especial vontade de colocar o incapaz em perigo, bastando a conduta de largar a criança “ao léu, sem condições de se proteger sozinha” (*Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 645).

No caso em tela, observa-se que W., na fase judicial (f. 85) disse que, no dia dos fatos, saiu de casa com os filhos menores, por volta das 16 horas e que foram a vários lugares nas proximidades de uma praça. Afirmou que, em dado momento, chamou os filhos para irem embora, porém as crianças não quiseram ir, e, então, ausentou-se do local para comprar cigarros, a uma distância de mais ou menos 200 (duzentos) metros de onde seus filhos estavam. Acrescentou:

[...] que do local onde foi comprar cigarro não via os filhos na praça; que sua ausência da referida praça durou aproximadamente vinte e cinco minutos; que ao retornar à praça não encontrou seus filhos e foi avisado que seus filhos foram levados por alguém que passou pela praça em um veículo, e que, provavelmente, seria do Conselho Tutelar; que o interrogando saiu à procura do referido veículo e não o encontrou; que o interrogando ligou para sua companheira avisando-a sobre o ocorrido; que sua companheira foi ao Conselho Tutelar, onde encontrou os filhos; que, segundo a sua companheira, ela foi coagida a registrar B.O. a respeito dos fatos, para não perder a guarda dos filhos; que, na data da ocorrência dos fatos, o interrogando estava cumprindo pena, porém estava usufruindo de saída temporária; que, antes de ser preso, saía normalmente em companhia dos filhos; que foi o único episódio ocorrido durante as visitas aos filhos; que os filhos estavam agasalhados” (fase policial - f. 85/87).

Em contrapartida, conforme narrado no ofício encaminhado pelo Conselho Tutelar da Prefeitura de Santa Cruz de Minas, firmado pelas conselheiras S.C., S.A. e N.T., encartado às f. 10/11:

[...] O Conselho Tutelar, em seu plantão do dia 7/9/2011, foi acionado pelo motorista do Posto de saúde de Santa Cruz por volta de 10:30 da noite, denunciando que havia duas crianças abandonadas pelo genitor na Praça do Cruzeiro.

Chegando ao local, em diálogo com os menores, eles relataram que seu pai havia chegado de “viagem” e os havia convidado para passear, e que os abandonou para encontrar com amigos que eles desconheciam. Um casal em Santa Cruz, considerado de boa índole, disse que conhecia os menores e buscaram de todas as formas encontrar a mãe, ou alguém responsável. Por volta das 00h15, as conselheiras S. e G. conseguiram entrar em contato com a mãe, que se dizia aflita para encontrar os filhos, mas, pelo horário e pela situação de exposição das crianças onde as mesmas se encontravam, com frio, com fome, sujas, assustadas e cansadas, resolveram por bem solicitar o abrigo, até que a situação fosse resolvida.

As conselheiras tutelares foram procurar a genitora, mas, sem êxito, pois não a encontraram, esperaram um tempo para ver se a mãe aparecia, pois desconheciam naquele momento o exato endereço dela.

Durante o ocorrido, o Conselho Tutelar acionou os policiais, fazendo um boletim de ocorrência, quando a genitora compareceu e relatou que o pai acabara de sair do presídio por boa conduta por 5 dias, e, neste dia, o genitor pegou os filhos para irem até a residência da avó paterna, na cidade de Tiradentes. Ele mesmo havia montado as bicicletas dos menores e saíram por volta de 10h:30mim da manhã, e que ela mesma iria encontrá-los depois indo de ônibus.

No relato das pessoas que estiveram com as crianças, após o abandono dos mesmos pelo genitor, estas disseram que até lhes pagaram lanche, que presenciaram o pai saindo com pessoas de má índole para comprar e usar drogas (inclusive usou uma das bicicletas para a compra, fato confirmado pelos filhos da venda da bicicleta); que, após algumas horas, as crianças avistaram o pai de longe e foram atrás dele. Em contrapartida, o genitor correu atrás das crianças com intuito de lhes bater, e sumiu novamente.

A genitora relatou que estava à procura do companheiro, bem como de seus filhos, e que o encontrou no bairro Porto Real (terrada), em uma casa em construção, em atitudes suspeitas e com sintomas de embriaguez, sem os filhos, não sabendo dizer onde eles estavam”.

As Conselheiras Tutelares M.S. e S.R., ouvidas em juízo à f. 83 e à f. 84, ratificaram o relatos dos fatos contidos no ofício de f. 09/11.

O primeiro menor, quando ouvido pela autoridade policial à f. 21, disse que, no dia dos fatos, sua genitora deixou ele e o seu irmão com o réu, seu pai, que, após levá-los até uma praça e deixá-los lá brincando, não os buscou e ficaram no local até a noite. Acrescentou “que dado momento pediu a uma senhora para levá-los a casa de uma amiga de sua mãe, onde ficaram”.

As declarações do outro menor, colhidas em sede inquisitiva à f. 22, foram no mesmo sentido.

Ora, restou satisfatoriamente demonstrado que W., de forma consciente e voluntária, abandonou seus filhos menores em uma praça, para ir comprar cigarros, e as crianças permaneceram sozinhas no local até tarde da noite, quando foram resgatadas por conselheiras do Conselho Tutelar do Município de Santa Cruz de Minas.

Conforme relatado no ofício encaminhado pelo referido Conselho Tutelar, os menores estavam assustados, sujos e com fome e, inclusive havia informações de que W. foi visto saindo com pessoas de má índole para comprar e usar drogas.

Não há dúvida, assim, que W. foi omissos nos cuidados com o seus filhos pequenos, pois, nos termos do art. 13, *caput*, do Código Penal, ele tinha o dever de garantir a segurança das crianças, que estavam sob o seus cuidados, zelando pela integridade física deles.

Observa-se que o próprio acusado afirmou em seu interrogatório que deixou os filhos na praça para ir comprar cigarros e demorou em torno de 25 (vinte e cinco) minutos para voltar.

Como se vê, o réu deixou os filhos que estavam sob seus cuidados em uma praça, expondo os menores a situação de risco. Os menores foram abandonados, sem a vigilância devida, incapazes de se defenderem dos perigos que os cercavam. As crianças ficaram sozinhas e, somente graças à ação das conselheiras tutelares, foram recolhidas do local.

A respeito do tema já decidiu este Egrégio Tribunal:

Apelação criminal. Abandono de incapaz. Relato de testemunhas presenciais. Suficiência. Perigo concreto para a incolumidade do abandonado. Intenção de abandonar caracterizada. Condenação mantida. - Ao abandonar um bebê de apenas oito meses de vida no chão de uma residência, sozinho, gerando perigo concreto para a incolumidade deste, a conduta da recorrente se amolda ao tipo descrito no art. 133 do CPB (Apelação Criminal nº 1.0414.10.003619-6/001, Rel. Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, j. em 23/4/2013, publicação da súmula em 3/5/2013).

Desse modo, vejo que a conduta praticada pelo réu é típica, pois, ao abandonar os filhos na praça, os expôs a situação de risco, não havendo que se falar em ausência de dolo ou insuficiência de provas.

Improcede, assim, o pleito de absolvição.

- Dosimetria

Aplicação da pena.

No tocante à dosimetria da reprimenda, pedindo vênias ao ilustre Juiz sentenciante, verifico que a sentença está a merecer um pequeno ajuste quanto à dosagem da pena imposta ao sentenciado.

Ao exame das balizas judiciais, o Magistrado sentenciante teve como desfavoráveis ao apelante os maus antecedentes, a conduta social e a personalidade, sob o seguinte fundamento:

[...] que o réu possui diversos envolvimento em ocorrências policiais e processos criminais, inclusive, com algumas condenações criminais anteriores, as quais caracterizam maus antecedentes e a circunstância agravante da reincidência.

Os diversos envolvimento em delitos implicam o reconhecimento da má conduta social e da personalidade voltada para o crime (f. 106).

E, em consequência, fixou a pena-base em 1 (um) ano de detenção.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e diante da agravante da reincidência, majorou a pena em 6 (seis) meses de detenção, concretizando-a em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção.

E, inexistindo causas de aumento e de diminuição, manteve inalterada a reprimenda.

O réu ostenta de fato maus antecedentes, pois, de acordo com a CAC acostada à f. 40/44, ele possui mais de uma condenação transitada em julgado por crime anterior aos presentes fatos.

No que tange à personalidade do réu, considero que deve ser aferida por meio da produção de provas técnicas, a partir da análise psicossocial do acusado, não havendo nos autos elementos para valorá-lo. Desse modo, esta circunstância não desfavorece o apelante.

A conduta social, de igual modo, deve ser tida como favorável ao réu, uma vez que não há nos autos elementos para aferi-la.

Considerando a existência de uma circunstância desfavorável ao réu (maus antecedentes), porém, diante do número de condenações anteriores, fixo a pena base em 8 (oito) meses de detenção.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e diante da agravante da reincidência majoro a pena de W. em 1/6 (um sexto) fixando sua pena em 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção.

E, na terceira fase, não vislumbrando causas de aumento e de diminuição de pena, mantenho inalterada a reprimenda alcançada na fase anterior.

Regime e substituição.

Mantenho o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena detentiva de W., conforme fixado na sentença.

Considerando que o réu é reincidente em crime doloso, tenho que inviável é a substituição da pena, por não ser ela socialmente recomendável.

Ainda, deixo de aplicar o *sursis* à hipótese em análise, nos moldes do art. 77, inciso II, do Código Penal, levando-se em conta a reincidência do réu.

Isenção de custas.

Por fim, requer a isenção do pagamento das custas processuais.

O art. 804 do Código de Processo Penal é claro ao dispor que: “A sentença ou o acórdão, que julga a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”.

Com efeito, as custas do processo penal constituem consequência da condenação, cabendo ao juiz da execução, no momento oportuno, deferir ou não a suspensão da exigibilidade de sua cobrança.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso para fixar a pena de W.S.M. em 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de detenção, estabelecendo o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento. Mantenho, no mais, a sentença de primeiro grau pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante da decisão liminar proferida nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44, curvo-me ao entendimento majoritário da Suprema Corte, no sentido de que a norma do art. 283 do Código de Processo Penal, não impede o início da execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação.

Assim, esgotadas as vias recursais nesta instância, determino a expedição de mandado de prisão (com prazo de 3 anos) e consequente guia de execução.

Custas na forma da Lei.

É como voto.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Pedindo vênua, divirjo parcialmente do voto prolatado pela eminente Desembargadora Relatora, uma vez que deve ser expedido o mandado de prisão em desfavor do apelante e a guia de execução respectiva, independentemente do esgotamento das vias recursais nesta Instância Revisora.

Com efeito, mantida a condenação do apelado por esta Instância Revisora, necessária se faz a expedição do mandado de prisão e da guia de execução provisória, nos termos do que restou decidido no julgamento do

Habeas Corpus de nº 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, a fim de que seja dado início imediato ao cumprimento da pena.

Por ser oportuno, registre-se que, em 5 de outubro de 2016, por maioria, o Plenário do Pretório Excelso entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após a condenação em Segunda Instância e indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44.

Por fim, em 11 de novembro de 2016, por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do Acórdão Penal Condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos Tribunais Superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, que teve repercussão geral reconhecida. Dessa forma, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

Assim, verificando-se que foi imposta ao apelante pena privativa de liberdade, divirjo parcialmente da Relatora, para determinar a expedição do Mandado de Prisão e da Guia de Execução respectiva, independente do esgotamento dos recursos nesta Instância Revisora.

O prazo de validade do mandado de prisão será de três (03) anos, nos termos do art. 289-A, § 6º, do Código de Processo Penal; art. 3º, inc. XII, da Resolução 137/2011 do Conselho Nacional de Justiça e art. 109, inc. VI, do Código Penal.

É como voto, *data venia*.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com a Relatora.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O DESEMBARGADOR PRIMEIRO VOGAL.

• • •

Apelação criminal - Roubo majorado - Absolvição - Descabimento - Relatos das vítimas corroborados por outros elementos de prova - Reconhecimento seguro e preciso do autor do fato - Absolvição imprópria com aplicação de medida de segurança consistente em internação - Alteração para tratamento ambulatorial - Possibilidade - Delito apenado com reclusão e gravidade concreta - Circunstâncias objetivas que por si só não impedem a imposição do tratamento ambulatorial - Nova medida imposta que, se for o caso, poderá ser revista pelo juízo da execução - Inteligência do art. 176 da LEP - Recurso provido em parte

- Em razão da clandestinidade da execução do delito de roubo, a prova direta raramente é alcançada, sendo determinantes indícios e circunstâncias decorrentes da ação perpetrada para se concluir pela condenação. Desse modo, havendo prova colhida sob o crivo do contraditório corroborando os elementos indiciários, descabida se revela a absolvição.

- A aplicação de medida de segurança nada mais é do que a resposta penal ao injusto cometido pelo agente considerado inimputável, e possui caráter preventivo e curativo.

- Em casos excepcionais, é admitida a substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial, mesmo quando a pena cominada ao delito for de reclusão, ainda mais quando inexistir no laudo técnico recomendação da internação.

- Conquanto o art. 97, *caput*, do CPB estabeleça que a medida de segurança para réu inimputável, em caso de crime punido com reclusão, seja a internação, não há óbice para a submissão do agente a tratamento ambulatorial quando as circunstâncias do caso concreto e a ausência de informação quanto à periculosidade indicarem ao juiz ser esta medida suficiente.

- O tratamento manicomial, de acordo com a nova reforma psiquiátrica, está em desuso, por ser medida inadequada e de pouca eficiência para a recuperação do portador de sofrimento mental.

- A teor do art. 176 da LEP, antes do final do tempo fixado na decisão, pode ser realizado exame pericial para a verificação da necessidade ou não da manutenção da internação.

- Recurso provido em parte.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.16.014243-0/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: A.V.A.
- Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: J.F.L. e outros - 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 PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. COMUNICAR.

Belo Horizonte, 16 de novembro de 2017. - *Nelson Missias de Morais* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. NELSON MISSIAS DE MORAIS - Trata-se de apelação criminal interposta pelo defensor de A.V.A., objetivando a reforma da r. sentença proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara Criminal da comarca de Conde de Lafaiete, que absolveu impropriamente o réu e impôs-lhe a medida de segurança consistente na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo prazo mínimo de 1 (um) ano, f. 1.508/153.

Em suas razões, o defensor do acusado pugnou pela absolvição, alegando, em síntese, que não foram produzidas provas seguras acerca dos fatos narrados na denúncia.

Alternativamente, pugnou pela alteração da medida de segurança de internação para tratamento ambulatorial e a isenção do pagamento das custas do processo, f. 167/174-v.

Contrarrazões, f. 176/181.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento do recurso, f. 196/203.

Este, em síntese, é o relatório.

Conheço do recurso, porque preenche os requisitos legais.

Mérito.

Narra a denúncia que:

[...] no dia 31 de outubro de 2016, por volta das 23h10min, na [...], nesta cidade, o denunciado, subtraiu para si, mediante violência e com emprego de uma faca, três cédulas de R\$50,00 (cinquenta reais), várias cédulas de R\$20,00 (vinte reais), 01 (uma) mochila preta contendo produtos de higiene, um malote vazio, além da quantia de R\$50,00 (cinquenta reais) em dinheiro trocado da vítima L.D.F. e um aparelho celular marca Alcatel, da vítima J.F.L., ambos funcionários da empresa Viação Presidente. Certo é que, na data dos fatos, o denunciado sinalizou para que o ônibus em que as vítimas estavam trabalhando parasse, o que foi feito, sendo que ao entrar no ônibus, empunhou uma faca direcionando-a para as vítimas, determinou que a trocadora, L.D.F., e o motorista, J.F.L., colocassem todo o dinheiro, celulares e pertences dentro de uma sacola plástica que trazia consigo. Ocorre que horas antes o denunciado deu sinal para que o ônibus parasse e ao entrar no mesmo, apenas perguntou a hora e saiu do ônibus, sem prestar qualquer esclarecimento, quando à noite, agindo da mesma forma, adentrou no ônibus e anunciou o assalto. Logo após os fatos, a polícia foi até a casa do denunciado onde sua genitora informou que A. havia chegado em casa apressadamente, trocado de roupa e escondido as roupas que trajava, que recolhidas foram reconhecidas pelas vítimas, bem como a faca usada por A., que foi encontrada em frente à sua casa, juntamente com uma sacola plástica. [...] (f. 02d/03d).

Recebida a denúncia em 11/11/2016, f. 43, foi o réu citado, com apresentação de defesa preliminar, realização da audiência de instrução e posterior sentença, com absolvição imprópria e imposição da medida de segurança consistente na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico pelo prazo mínimo de 1 (um) ano, f. 150/153.

Irresignada, a defesa interpôs o presente recurso de apelação objetivando a reforma da r. sentença.

Pugnou o defensor a absolvição, alegando, em síntese, que não foram produzidas provas seguras acerca dos fatos narrados na denúncia.

Alternativamente, pugnou pela alteração da medida de segurança de internação para tratamento ambulatorial e a isenção do pagamento das custas do processo, f. 167/174-v.

No entanto, o caso é de se dar parcial provimento ao recurso.

Em primeiro lugar, ao contrário do afirmado, além da prova da materialidade, os elementos de convicção produzidos nos autos revelaram, com a segurança necessária, a autoria por parte do apelante.

Conquanto na fase inquisitorial o réu tenha declarado que no momento do fato se encontrava em sua casa assistindo à televisão, tem-se que sua própria genitora, R.A.V., à f. 08, asseverou que:

[...] por volta das 22 horas, a declarante se encontrava em sua residência, onde também estavam seus filhos; que em dado momento, a declarante viu que A. entrou em casa correndo e rapidamente trocou de roupa; que logo em seguida a declarante foi avisada de que um Policial Militar estava procurando por A. [...].

Ademais, as vítimas J.F.L. e L.D.F., às f. 06 e 09, respectivamente, trouxeram informações harmônicas quanto à dinâmica da ação criminosa que sofreram e, sem titubear, reconheceram o ora apelante como sendo o responsável por, no dia dos fatos, entrar no ônibus e, mediante o uso de uma faca, anunciar o assalto e subtrair o dinheiro e pertences.

Em juízo, ambos os ofendidos ressaltaram que o reconhecimento do acusado foi feito ainda na delegacia, não tendo dúvidas quanto ao autor, e, ainda, a genitora dele, R.A.V., à f. 71, confirmou o que declarara na fase policial e informou, ainda, que o réu sofre de distúrbio mental.

Desse modo, tem-se que a prova produzida não deixa dúvida quanto à autoria, devendo, ainda, ser levado em conta que, em crimes contra o patrimônio, quase sempre perpetrados na clandestinidade, a prova direta raramente é alcançada, sendo determinantes indícios e circunstâncias decorrentes da ação perpetrada para se concluir pela condenação, como é o caso dos autos.

A propósito:

Nos delitos contra o patrimônio, em regra, praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume fundamental importância, prevalecendo, mesmo, sobre a negativa do agente, mormente quando reforçada por outros elementos de convicção. TJMG - 5ª Câm. Criminal - ACr nº 1.0672.00.028923-7/001 - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos - j. em 25/4/2006 - p. em 9/6/2006.

Nesse diapasão, tem-se que os relatos dos ofendidos, em ambas as fases da persecução criminal, fornecendo, com riqueza de detalhes, a forma como os fatos ocorreram, restou amparada por elementos de convicção constantes do contraditório judicial.

Por outro lado, aduz a combativa defensora que o fato de a conduta perpetrada pelo acusado ser punida com reclusão não enseja a imposição da medida de internação, até porque não há demonstração da periculosidade do agente, e que, portanto, deve ser alterada a medida para tratamento ambulatorial.

E, de fato, assiste razão à defensora do acusado.

Embora o art. 97 do Código Penal estabeleça a internação como medida de segurança para inimputável quando o crime for punido com reclusão, não vejo óbice algum em aplicar o tratamento ambulatorial quando as circunstâncias do caso concreto e a ausência de periculosidade indicarem a suficiência da medida.

Sobre isso, o professor Guilherme de Souza Nucci leciona que:

Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico: diz a lei ser obrigatória a internação do inimputável que pratica fatos típicos e antijurídicos punidos com reclusão. Entretanto, esse preceito é nitidamente injusto,

pois padroniza a aplicação da sanção penal e não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas. Imagine-se o inimputável que cometa uma tentativa de homicídio, com lesões leves para a vítima. Se possuir família que o abrigue e o ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação, por que interná-lo? Seria mais propícia a aplicação do tratamento ambulatorial (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 533).

E este é o caso do acusado, pois, não obstante a gravidade da conduta perpetrada, a imposição da medida de segurança não pode ser fundada apenas na gravidade do delito, devendo ser sopesados outros elementos, como a periculosidade do agente.

Não se vislumbra, aqui, a necessidade de manutenção da medida de segurança de internação, acentuadamente porque a prova pericial, f. 127/135, não especifica circunstâncias sobre a periculosidade do agente.

Ademais, o *expert* ponderou que “o tratamento aconselhável é melhor definido pelo seu médico assistente, por se tratar de doença de curso crônica, mas em que há momentos de estabilidade clínica”, bem como que “precisa de suporte familiar adequado para que evite novas incursões ilícitas, ou seja, é possível pensar o tratamento a nível ambulatorial” (f. 133).

Noutro ponto, insta ressaltar que, com a reforma psiquiátrica, o tratamento manicomial não mais se mostra adequado, por ser medida de pouca eficiência para a recuperação do portador de sofrimento mental.

Esse inclusive é o sentido da atual legislação, conforme previsão contida no art. 6º da Lei nº 10.216/01, de que, havendo a imposição da medida de internação, tal decisão deve ser fundamentada no que restar consignado no laudo médico.

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Ora, se o laudo respectivo não aponta a necessidade da internação, não se deve suprir essa ausência e mencionar outros elementos, como a gravidade do delito e a reclusão, isoladamente, como fatores preponderantes para a imposição da medida.

Desta feita, muito embora o juiz não esteja adstrito às conclusões do laudo pericial, certo é que sua decisão deve necessariamente ser motivada com base nos elementos constantes dos autos e a proximidade da prova, não se mostrando, a meu ver, a imposição da internação a mais adequada.

Ademais, mais uma vez, não obstante a gravidade dos fatos, inexistem nos autos registros criminais pretéritos do acusado, tudo a possibilitar o reforço de compreensão no sentido de que não se trata de indivíduo perigoso.

Portanto, sendo certo que, quanto à medida de segurança, o objetivo da lei é justamente proteger concomitantemente a sociedade e também o agente, entendo que, diante das provas produzidas, deve ser modificada a medida para tratamento ambulatorial.

Em caso análogo, colaciono julgado do então Ministro Cezar Peluso:

Ação penal. Execução. Condenação à pena de reclusão, em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, *caput*, e § 1º do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substitui-

ção da internação por medida de tratamento ambulatorial quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação. [...] A discussão merece aprofundamento, notadamente nos casos em que as circunstâncias evidenciam a ser contraproducente a aplicação da medida detentiva para atingir os fins a que se destina. Como salientou o acórdão do Tribunal local, o laudo médico recomendou imposição do tratamento ambulatorial, o que se somou à ‘ausência de antecedentes, o empenho familiar na recuperação do apenado e, também, a imposição do regime aberto, em caso de cumprimento de pena corporal’, para fundamentar o provimento da apelação da defesa. [...] Ora, não se pode olvidar que, caso a finalidade da medida de segurança fosse a de simples privação da liberdade, o caso implicaria grave contradição, na medida em que a sanção penal aplicada ao paciente foi sob regime inicial aberto. E o reconhecimento da inequívoca finalidade terapêutica da medida de segurança, conquanto afliativa, leva ainda o debate ao plano da reforma psiquiátrica. Como se sabe, a Lei nº 10.216/01 determinou revisão do tratamento dos portadores de transtornos psíquicos à luz das já não tão recentes posturas da ciência psiquiátrica que questionam a efetividade da custódia dos doentes mentais. Nesse contexto, a desativação dos hospitais psiquiátricos é uma das etapas da política pública de reforma psiquiátrica, o que torna ainda mais injusta e desaconselhável a internação do paciente em hospital psiquiátrico judicial. [...] Rigidez do sistema jurídico-penal significa, em alguns casos, aplicação de medida de segurança totalmente incompatível com o seu propósito terapêutico. Ante o exposto, concedo a ordem, para substituir a medida de segurança detentiva aplicada ao paciente por tratamento ambulatorial, nos termos determinados pelo Tribunal *a quo* (*Habeas Corpus* nº 85.401, RS, Relator Min. Cezar Peluso, j. em 4/12/2009).

Ressalto, por fim, que, acaso seja constatado qualquer transtorno durante o tratamento ambulatorial e havendo a necessidade da internação, poderá assim agir o juízo, a qualquer momento, de acordo com o § 4º do art. 97 do Código Penal.

Vale dizer, por se tratar de medida de segurança, os exames e respectivos laudos são realizados periodicamente, o que não impede que, constatando alteração do cenário/diagnóstico, a demonstrar a periculosidade necessária para a internação, a medida pode e deve ser alterada.

Além disso, no início da execução da medida de segurança, será realizado exame em que a periculosidade pode ser constatada, bem como, se for o caso, a indicação de alteração da medida ora combatida, o que deverá prontamente ser apreciado pelo juiz, conforme preceitua o art. 176 da Lei de Execuções Penais.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para modificar a medida de segurança para tratamento ambulatorial e recomendar ao juiz da execução que determine a imediata realização de exame quanto à periculosidade do agente.

Isento de custas.

Comunique-se.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MATHEUS CHAVES JARDIM e CATTA PRETA.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. COMUNICAR.



Apelação criminal - Injúria racial - *Animus injuriandi* - Presença - Emprego de termo pejorativo referente à raça - Necessidade - Mera menção a dado objetivo - Insuficiência - Desclassificação - Necessidade - Remessa dos autos ao juizado especial - Observância ao disposto no art. 383, § 2º, do CPP

- Para configurar o crime de injúria qualificada pelo uso de elemento racial, deve haver a imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de lesão à honra deste.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0114.13.017565-5/001 - Comarca de Ibitaré - Apelante: T.C.F.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítimas: C.C., L.S.P. – 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 DA DEFESA E DESCLASSIFICAR O DELITO PARA AQUELE PREVISTO NO ART. 140 DO CP, DETERMINANDO A REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL DA COMARCA, NOS TERMOS DO ART. 383, § 2º, DO CPP.

Belo Horizonte, 8 de agosto de 2017. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I – Relatório.

Cuida-se de apelação criminal interposta por T.C.F.P. contra sentença oriunda da 2ª Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Ibitaré, que o condenou como incurso nas iras do art. 140, § 3º, do CP, às penas de um ano de reclusão, regime inicial aberto e 10 dias-multa, à razão mínima, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a saber: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (f. 80/82).

Busca a defesa a absolvição do apelante ou, subsidiariamente, a desclassificação para o delito de injúria e o reconhecimento do perdão do ofendido, ou, ainda, a não aplicação de pena e a desclassificação para o delito de desacato, além da isenção das custas processuais (f. 92/96).

Contrarrazões ministeriais às f. 97/100, seguidas de parecer emitido pela douta PGJ às f. 107/109 opinando pelo não provimento do recurso defensivo.

É o relatório.

II – Conhecimento.

Conheço do recurso, em face de seu ajuste legal.

III – Mérito.

Pleiteia a defesa a absolvição do apelante sob alegação de ser atípica a conduta, “haja vista o contexto de discussão e exaltação de ânimos em que se deram os fatos” (f. 96). Vejamos.

Narra a denúncia que, ao tentar conter pessoas que chutavam o portão da residência de L.S.P., promovendo algazarra, após dizer que iria realizar a abordagem, o denunciado se aproximou do policial militar C.C. e proferiu os seguintes dizeres: “Negão desgraçado, não vou colocar a mão na cabeça”.

Em juízo, a vítima confirmou os fatos descritos na denúncia, mas disse que gostaria de se retratar da representação (f. 63).

A testemunha L.S.P. também confirmou que o réu disse ao policial militar “não vou colocar a mão na cabeça, negão desgraçado” (f. 05), ratificado à f. 64.

Da mesma maneira, outro militar envolvido na ocorrência confirmou que o réu “tentou resistir à abordagem xingando o condutor de negão e desgraçado” (f. 03), ratificado à f. 65.

Interrogado, o réu narrou:

Que, no dia dos fatos, estava fazendo uma festa na sua casa; que estava com o som alto: que a L. começou a jogar água na casa do depoente; que abaixou o som e pediu para ela parar; que foi na casa da L., bateu no portão e pediu para ela parar de jogar água, pois estava incomodando a gente; que o depoente começou a discutir com L. e ficou muito alterado; que foi a hora que os policiais chegaram; que os policiais pediram para o depoente pôr a mão na parede e o depoente não quis colocar; que mostrou para a PM que não estava armado e que estava em frente à sua casa; que a PM pediu para o depoente colocar a mão na parede e o depoente falou que ia filmar pelo celular porque eles não estavam procedendo da forma correta; que quando o depoente levantou o celular, o policial C. deu um tapa no seu celular e o depoente chamou o C. de desgraçado; que C. deu um tapa no rosto do depoente e lhe deu voz de prisão; que não chamou C. de negão; que acha que os policiais mencionaram que o depoente chamou C. de negão por terem ficado nervosos e em razão disso quiseram prender o depoente de alguma forma; que em relação a sua tia L. o depoente não sabe por que ela disse que o depoente chamou C. de negão; que L. não estava perto no momento da abordagem (f. 66/67).

Percebe-se, então, sem maior dificuldade, que as assertivas da vítima restaram sobejamente corroboradas pelas testemunhas presenciais alhures citadas, revelando, então, o acerto da condenação.

A tese arguida pela defesa, de que não restou configurado o dolo - *animus injuriandi* -, que requer ânimo calmo e sereno, exigindo a consciência por parte do agente de que está ofendendo a honra subjetiva da vítima, não merece prosperar. A narrativa do réu está em contradição com todas as outras produzidas em juízo e, mais ainda, isolada, sem nenhum elemento de prova que a corrobore, o que seria fácil, diante do número de pessoas presentes no local e momento dos fatos descritos na denúncia.

Por outro lado, bem como narrado nas razões defensivas, entendo que, para configurar o crime de injúria qualificada pelo uso de elemento racial, deve haver a imputação de termos pejorativos referentes à raça do ofendido, com o nítido intuito de lesão à honra deste.

No presente feito, a utilização do termo “negão” não é suficiente, a meu ver, para caracterizar a injúria preconceituosa descrita no art. 140, § 3º, do CP, razão pela qual o delito deve ser desclassificado para o de

injúria do art. 140, *caput*, do mesmo Códex, com a consequente remessa dos autos ao juizado especial da comarca, nos termos do art. 383, § 2º, do CPP.

IV – Conclusão.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso da defesa e desclassifico o delito para aquele previsto no art. 140 do CP, determinado a remessa dos autos ao Juizado Especial da comarca, nos termos do art. 383, § 2º, do CPP.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores PEDRO COELHO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

• • •

Desaforamento - Homicídio qualificado - Dúvida sobre a imparcialidade dos jurados - Relevante repercussão e comoção social na comarca e arredores - Elementos que autorizam a medida excepcional - Manifestação favorável do juízo *a quo* - Relevância - Isenção comprometida

- O desaforamento deverá ser tomado, sempre, como medida de exceção, somente sendo aplicável se presentes uma ou mais hipóteses previstas no art. 427 do Código de Processo Penal.

- Reza o art. 427 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008, que, se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca.

- Em se tratando de réus que exercem forte influência na comarca e arredores, sendo venerados por parte da população e muito temidos pela outra parte, resta devidamente comprovado o risco à imparcialidade dos jurados, mormente se o juiz oficiante no feito se manifesta favoravelmente ao desaforamento. Precedentes dos Tribunais Superiores.

DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO Nº 1.0000.17.018711-6/000 - Comarca de Belo Horizonte - Requerente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Requerido: Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, de Precatórias Criminais e de Execução Penal da Comarca de Passos - Interessados: P.N., J.F.O. - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DEFERIR O PEDIDO DE DESAFORAMENTO.

Belo Horizonte, 27 de setembro de 2017. - *Júlio Cezar Gutierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - Cuida-se de pedido de desaforamento de julgamento formulado pela 2ª Promotoria de Justiça de Passos, Minas Gerais, relativo ao processo de origem de nº 0143176-96.2015.8.13.0479, no qual figuram como réus J.F.O. e P.N.

Sustentam os dignos subscritores da peça de f. 02/13 que os referidos réus, possuidores de fortes vínculos de amizade com F.L.O. - integrante dos quadros da Polícia Militar que, sob o pretexto de combate à criminalidade, e sob a pecha de bom policial, encontrou terreno fértil para praticar abusos no exercício do labor policial - a ele se uniram para dar fim à vida de R.C.N.O., vulgo “R.” ou “G.C.”, o qual havia se desentendido com F. em data pretérita.

Segundo alegam, o grupo - encabeçado por F. e composto por vários membros, dentre eles, vários policiais militares e agentes penitenciários - possuiriam fortes laços de amizade e agiriam em verdadeira ação de grupo de extermínio, aterrorizando parte da população, que é perseguida por eles, e encantando a outra parte, que os vê como heróis.

Seja por um motivo, seja pelo outro, essas pessoas, se intimadas para atuarem como jurados contra os réus, inevitavelmente, os julgariam de forma parcial, donde o desaforamento para comarca distante seria medida de rigor.

A missiva veio instruída com a cópia integral do processo (apensos 1 a 11).

O pedido liminar foi por mim indeferido à f. 27.

Às f. 34/35, vieram as informações requeridas ao MM. Juiz *a quo*, que também juntou os documentos de f. 35-v./78.

As defesas dos réus requereram, em impugnação, a rejeição do pedido (f. 97/107 e 115/128).

Instada a se manifestar no feito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça postou-se pelo deferimento do pedido (f. 132/133).

É o relatório.

Conheço do pedido de desaforamento, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Registro, de pronto, que o pedido identificado com a letra “a)” na peça de impugnação de f. 97/107 formulado pelo defensor de J.F.O., consistente no pleito de solicitação de “informações ao juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Passos/MG sobre a imparcialidade dos jurados para o julgamento da causa” (f. 106) já foram prestadas às f. 34/35, não havendo qualquer providência a ser tomada nesse sentido.

Registro, outrossim, que, a despeito de o nobre advogado subscritor da peça de impugnação de f. 115/128 alegar ser “defensor dos réus J.F.O. e P.N., bem como de F.L.O. desde a época da inquirição perante a Polícia Civil”, devendo “prosseguir este defensor nos autos” (f. 116), as informações trazidas às f. 92, a procuração de f. 93 e a manifestação de vontade de f. 94 dão conta de que J.F.O. constituiu novo causídico para assisti-lo, manifestando expressamente o réu o seu desejo de acionar o “advogado Doutor A.C.S.M., com escritório [...], nesta cidade de Passos/MG, para que este possa atuar em minha defesa no pedido de desaforamento e em outros atos deste processo” (f. 94), o que demonstra a sua renúncia tácita ao advogado que o assistia anteriormente.

Assim sendo, tenho como razões de impugnação de J.F.O. a peça de f. 97/107, subscrita pelo advogado Dr. A.M. [...], referindo-se a peça de f. 115/128, subscrita pelo advogado Dr. J.R.F. [...], apenas a P.N.

Acaso este último causídico deseje patrocinar a defesa também de J., deverá providenciar a regularização do referido patrocínio, juntando aos autos procuração atualizada firmada por ele em seu favor.

Feitas essas considerações, passo à análise do feito em si.

Narram os autos que o acusado F.L.O. foi denunciado como incurso nas iras do art. 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, e art. 347, ambos do Código Penal brasileiro, porque ele teria, no dia 26/7/2011, no exercício da função de policial militar, abordado, durante patrulhamento, a vítima R.C.N.O., tendo, na oportunidade, ofendido a sua integridade física, desferindo um golpe de cassetete na sua perna, o qual teria lhe causado lesões corporais.

Por tais razões, a vítima teria, no dia seguinte, procurado o Ministério Público e relatado o ocorrido, dando ensejo a um procedimento investigatório criminal contra o policial, ora acusado, para apurar os fatos.

Não satisfeito com a atitude da vítima, o policial teria procurado a vítima e ameaçado vingança.

Ato contínuo, e por mais de uma vez, ele teria solicitado a um colega, também sargento da polícia militar, pessoalmente ou por meio de J.F.O., codenunciado, que forjasse um flagrante de crime de drogas contra R.C., o que, contudo, foi-lhe negado. F. também tentou imputar à vítima a autoria de um vandalismo praticado contra o veículo deste sargento, a fim de convencer o sargento a prejudicá-lo, tendo restado, mais uma vez, infrutífera a sua tentativa.

F., então, teria se unido a J. e ao terceiro codenunciado, de nome P.N., os quais possuíam vínculos de amizade muito próximos, para dar fim à vida da vítima, o que efetivamente teria acabado por acontecer.

Após a prática do crime, eles teriam forjado a ocorrência de um disparo acidental a fim de dissimularem a participação no homicídio cometido contra a vítima R.C.

Os três acusados foram denunciados (f. 02/07 do apenso), a denúncia foi recebida (f. 639/641 do apenso), e, após regular instrução criminal, eles foram pronunciados (sentença de pronúncia de f. 2.325/2.343).

Conquanto todos tenham recorrido da decisão, F. desistiu do recurso, tendo os autos sido, então, desmembrados, permanecendo o processo em relação a F. com a numeração 0479.14.005901-1 e formando-se novos autos relativos a J. e P., os quais receberam a numeração 0479.15.014317-6.

Quando o Magistrado se preparava para designar data para a sessão do Júri relativamente a F., o Ministério Público requereu o desaforamento do processo, alegando dúvidas acerca da imparcialidade do Corpo de Jurados, além de risco à ordem pública em razão do envolvimento dos réus em outros fatos delituosos, tendo ele, então, suspenso o feito nº 0479.14.005901-1 até decisão final deste egrégio Tribunal de Justiça acerca do pedido, tendo esta colenda 4ª Câmara Criminal acabado por acolher, no bojo dos autos de nº 1.0000.15.084754-9/000, o referido pedido de desaforamento de julgamento do denunciado F.L.O.

Vem, agora, o *Parquet*, requerer o desaforamento do julgamento também em relação aos codenunciados J.F.O. e P.N., alegando que se trata de “desaforamento idêntico, com base nos mesmos fundamentos de fato e de direito”, sendo que

[...] a situação dos réus [J. e P.] é exatamente a mesma [de F.], motivo pelo qual a pretensão deduzida no presente requerimento tocante aos pronunciados J.F.O. e P.N. deverá comportar o mesmo entendimento, trazendo coerência e unicidade na análise do caso e evitando tratamento diferenciado aos acusados (f. 105/105-v.).

Examinando detidamente os presentes autos, tenho que o pedido de desaforamento merece mesmo acolhida, *data venia*.

Consoante por mim asseverado quando do julgamento do pedido formulado quanto a F. nos autos de nº 1.0000.15.084754-9/000, a despeito de a medida de desaforamento causar, de certa forma, tumulto processual, somente devendo ser deferida em casos extremos, nos quais ela seja necessária para garantir a segurança do acusado, a imparcialidade do julgamento ou o interesse da ordem pública, na hipótese *sub judice*, vislumbro indícios concretos não somente de que a imparcialidade do Corpo de Jurados possa restar comprometida se o julgamento dos réus se der na comarca de Passos ou em comarcas contíguas, mas também um sério risco de turbulência da ordem pública local, além de risco de incoerência no julgamento dos três pronunciados.

Com efeito, o digno Magistrado *a quo* asseverou, ao prestar as informações requeridas por este Relator, que, “durante a AIJ, testemunhas relataram temor que sentem pelos acusados no exercício de suas funções, conforme depoimentos prestados em juízo às f. 1.311/1.341”. Disse mais, que os acusados se mobilizaram na comarca e juntaram várias assinaturas, “o que demonstra uma tentativa de orientar a absolvição dos réus” (f. 34/35).

Assim sendo, segundo o Juiz, “a realização do julgamento nesta comarca poderá influir no ânimo do julgador leigo, vez que, seja por temor em relação aos réus, seja pelo falso pretexto de serem os réus bons agentes públicos, haverá uma forte tendência em absolvê-los”.

Em verdade, há mesmo notícias nos autos de que o denunciado F.L.O. encabeçaria um grupo de extermínio na região, o qual identificaria supostos bandidos nocivos à sociedade e passaria a persegui-los, agredindo-os moral e fisicamente, chegando a execução em si de alguns deles tal como teria ocorrido com a vítima R.C.N.O. nos autos que deram ensejo ao presente pedido. P. e J. fariam parte do círculo de amigos de F. que o auxiliariam no trabalho do grupo de extermínio.

Exatamente por exterminarem pessoas tidas como nocivas à sociedade, eles são muito temidos na comunidade em que residem e laboram, bem como nos seus arredores, dada a truculência de suas ações, tendo as testemunhas ouvidas durante a instrução criminal relatado o temor que sentem por eles no exercício de suas funções policiais, havendo mesmo notícias de testemunhas no presente feito terem sido ameaçadas pelo denunciado F. (f. 1.311/1.317).

Lado outro, exatamente pelo mesmo motivo - o extermínio de indivíduos tidos como bandidos -, há outra parte da população local que os venera, enxergando-os como justiceiros e bons policiais/agentes penitenciários, tendo essa fatia já se mobilizado e colhido várias assinaturas em favor deles (f. 825/832 e 878/880), pressionando a opinião pública pela absolvição.

Tal quadro, que está claramente estampado nos autos, não passou despercebido pelo Magistrado, que informou que, “quando da instrução criminal, testemunhas arroladas pela acusação afirmaram temer os acusados, enquanto que testemunhas arroladas pela defesa têm os réus como pessoas de caráter ilibado, conforme consta dos depoimentos de f. 1.534/1.538” (f. 35).

Dúvida inexiste, portanto, acerca da existência cabal de elementos que autorizam a medida extrema, seja pela necessidade de se garantir a imparcialidade do Conselho de Sentença, seja para se garantir a ordem pública local.

Acaso não desaforado o presente julgamento, há fundado receio de que os réus sejam julgados de forma parcial, já que o Corpo de Jurados da comarca será composto, necessariamente, por pessoas que os temem ou os admiram, e em ambas as hipóteses poderiam absolvê-los tendenciosamente.

Registre-se que a manifestação do Juiz *a quo* no sentido da necessidade, a seu ver, do desaforamento do julgamento, ganha especial relevância no esclarecimento da ocorrência ou não das circunstâncias ensejadoras da medida, previstas no art. 427 do Código de Processo Penal.

Isso porque é ele quem está próximo dos fatos e das pessoas envolvidas, sendo quem mais tem condição de avaliar a real comoção que o processo tem causado na comarca e no ânimo de seus habitantes, e se essa comoção terá o condão de abalar a imparcialidade do julgamento, a segurança do acusado ou a manutenção da ordem pública no local.

Assim leciona a melhor doutrina:

Ninguém melhor do que a autoridade judiciária encarregada de presidir o julgamento para informar a realidade da situação ao Tribunal, pois tanto a ordem pública, como a segurança do réu e até mesmo a imparcialidade dos jurados são do seu conhecimento direto. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. Revista dos Tribunais, 2008, p. 111).

Outro não é o entendimento jurisprudencial:

A jurisprudência dos Tribunais, do STF inclusive, tem invariavelmente salientado, em tema de desaforamento, a importância das informações prestadas pela autoridade judiciária de 1º grau no esclarecimento da ocorrência, ou não, das circunstâncias referidas no art. 424 do CPP. O pronunciamento do magistrado constitui, nesse contexto, um elemento essencial e virtualmente condicionante da decisão a ser proferida pelo Tribunal competente na apreciação do pedido de desaforamento (STF - Rel. Ministro Celso Mello - RT 663/364).

A jurisprudência, inclusive dos Tribunais superiores, tem invariavelmente salientado, ao tratar do tema, a importância das informações prestadas pela autoridade judiciária de 1º grau no esclarecimento da ocorrência ou não das circunstâncias referidas no art. 427 do CPP. Isso porque ele vive o cotidiano da comarca e seus habitantes, sabendo, como ninguém, se o caso reclama a subtração do julgamento aos jurados do local onde o delito foi praticado (TJMG - Desaforamento nº 1.0000.15.063248-7/000, Rel. Des. Beatriz Pinheiro Caires, j. em 26/11/2015, p. em 9/12/2015).

Pedido de desaforamento. Homicídio qualificado. Dúvida acerca da imparcialidade do júri. Comprovação. Hipótese elencada no art. 427 de CPP. Pedido deferido. [...]. - É incontroverso na doutrina e na jurisprudência que, no pedido de desaforamento, a palavra do juiz é elemento fundamental para elucidação do caso. Estar o Juiz próximo dos fatos e das pessoas envolvidas proporciona-lhe, sem dúvida, melhores condições de avaliar a conveniência do desaforamento, por conhecer as circunstâncias e peculiaridades de seu exercício jurisdicional. - Comprovada a existência de dúvidas sobre a imparcialidade do júri, imperioso é o desaforamento (TJMG - Desaforamento nº 1.0000.15.061534-2/000, Rel. Des. Amauri Pinto Ferreira, j. em 23/9/2015, p. em 29/9/2015).

Cabe destacar que a palavra do magistrado, órgão imparcial, adquire especial relevo nos casos em questão, principalmente por ele conhecer diretamente as condições da comarca e as peculiaridades do caso (TJMG - Desaforamento nº 1.0000.15.065965-4/000, Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, j. em 22/10/2015, p. em 3/11/2015).

Desaforamento. Requisição pelo Ministério Público. Conveniência da medida secundada pelo juiz de direito. Interesse da ordem pública. Dúvida quanto à parcialidade do júri. Transferência do julgamento para a capital do estado - excepcionalidade da medida. [...]. - As informações do magistrado têm extrema relevância nos casos de desaforamento, pois se trata de autoridade judiciária isenta e imparcial, que convive no seio da comunidade. (TJMG - Desaforamento nº 1.0000.14.072086-3/000, Rel. Des. Furtado de Mendonça, j. em 2/12/2014, p. em 23/1/2015).

Sabido que não bastam, para o desaforamento, meras suposições ou alegações desacompanhadas de qualquer comprovação idônea sobre a neutralidade do Conselho de Sentença ou o risco à ordem pública ou à segurança do acusado. Consoante salientado pelo culto colega Desembargador Renato Martins Jacob no julgamento do pedido de desaforamento nº 1.0000.15.018484-4/000/TJMG,

[...] é imprescindível que o requerente traga aos autos provas inequívocas de que, caso o acusado seja julgado na comarca originalmente competente, poderá ser prejudicado ou indevidamente beneficiado por decisão contaminada pela parcialidade dos jurados.

Na hipótese presente, contudo, o requerente se desincumbiu do ônus de comprovar a existência de fundadas razões para o deferimento do pedido ao trazer evidências de dúvidas acerca da imparcialidade do Júri, bem como a necessidade de se resguardar a ordem pública. Ademais, diante do já deferido desaforamento do julgamento referente ao codenunciado F.L.O., não seria razoável que parte do julgamento fosse desaforado e parte não, o que incorreria em risco de incoerência de julgamento de situações idênticas relativas ao mesmo fato, pelo que é imperioso o deferimento do pedido de desaforamento desfilado na missiva também em relação a J.F.O. e P.N.

No tocante à definição da comarca destinatária do desaforamento, levando em conta o teor das informações prestadas pelo digno Juiz *a quo*, bem como as circunstâncias que envolvem o delito praticado, verifico que o desaforamento do julgamento dos acusados para comarcas adjacentes à de origem não surtiria nenhum efeito prático, já que padecem dos mesmos inconvenientes que atingem a comarca de Passos, palco do delito.

Ressalte-se que, conquanto a lei estabeleça que o desaforamento seja feito para outra comarca da mesma região, preferindo-se as mais próximas, a mesma lei frisa que, na comarca eleita, não devem existir os mesmos motivos que ensejaram o desaforamento do julgamento (art. 427, *caput*, do Código de Processo Penal).

E, na hipótese vertente, considerando a localização geográfica da comarca de Passos, que já é a maior da região de acordo com a divisão do Estado efetuada por este egrégio Tribunal de Justiça, corre-se o risco de os jurados das cidades adjacentes também conhecerem a fama dos acusados e se sentirem intimidados ou influenciados por eles e pelo grupo do qual fazem parte a julgarem com parcialidade. Não é demais lembrar que, embora a votação seja secreta, o seu resultado é público, tendo os Jurados a sua identidade exposta a toda a população.

Assim sendo, bastante pertinente o pedido de desaforamento do Júri para a Capital do Estado, onde não subsistem os motivos que justificaram a mudança de foro, tal como requerido pelo *Parquet* e secundado pelo Magistrado *a quo*.

Mercê de tais considerações, defiro o presente pedido, determinando o desaforamento do julgamento do processo de nº 0143176-96.2015.8.13.0479, no qual figuram como réus J.F.O. e P.N., da comarca de Passos para a comarca de Belo Horizonte, obedecidas as formalidades legais.

Comunique-se o MM. Juiz de Direito da comarca de Passos para as providências cabíveis.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores DOORGAL ANDRADA e CORRÊA CAMARGO.

Súmula - DEFERIRAM O PEDIDO DE DESAFORAMENTO.

• • •

Apelação criminal - Denúncia
caluniosa - Preliminar - Nulidade da sentença - Afronta ao
contraditório - Rejeição - Mérito - Absolvição - Não cabimento -
Autoria e materialidade comprovadas - Condenação mantida - Penas -
Agravante da reincidência - Decote - Penas redimensionadas

- Eventual erro material contido na sentença, de natureza orbital, não possui o condão de nulificá-la, especialmente se não ensejar qualquer prejuízo à parte.

- A materialidade e a autoria delitiva emergiram de forma clara nos autos, assim como o dolo do agente está satisfatoriamente comprovado, sendo a manutenção da condenação medida de rigor.

- Cabível o decote da agravante da reincidência, se verificado que entre o cumprimento da pena anterior e o cometimento do delito posterior já ultrapassou tempo superior a cinco anos.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0388.09.023199-3/001 - Comarca de Luz - Apelante: A.M.O.B. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, POR UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2017. - *Paulo Calmon Nogueira da Gama* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de recurso de apelação interposto por A.M.O.B., contra a sentença de f. 243/252, na qual foi condenada, pela prática do crime previsto no art. 339 do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, substituída, ao final, a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Narrou a peça acusatória que, no dia 17 de outubro de 2005, a acusada compareceu na Promotoria de Justiça de Luz, situada [...] na Cidade e Comarca de Luz/MG, imputando a prática, pelos policiais militares R.E.N e A.R., dos crimes de lesão corporal e furto, dando causa à instauração de inquérito policial, ciente da inocência dos militares.

Apurou-se que a acusada declarou que, no dia 3 de agosto de 2005, às 9 horas, no “Restaurante do Posto Dorjó”, os policiais compareceram ao local e a jogaram no chão, algemando-a, além de a chamarem de vadia e maconheira. Ainda, um deles torceu os seus pés e bateu em sua barriga, bem como desapareceu com a quantia de R\$315,00 (trezentos e quinze reais) que estava em sua bolsa.

Constou, contudo, que os fatos narrados e conseqüentemente os crimes imputados aos policiais pela ré não ocorreram, tendo sido o inquérito policial arquivado.

A denúncia foi recebida em 15 de junho de 2009 (f. 78), e a sentença condenatória, publicada, em mãos do escrivão judicial, aos 16 de outubro de 2014 (f. 252-v.), sendo a acusada intimada da r. decisão, conforme certidão de f. 329/330.

Inconformada, A.M., através de sua defesa, interpôs recurso (f. 254), arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, por afronta ao contraditório, diante da ausência de fundamentação quando refutada uma das teses defensivas. No mérito, requereu a absolvição por ausência de dolo e provas do cometimento do delito. Subsidiariamente, pleiteou o decote da agravante de reincidência.

Em contrarrazões recursais de f. 291/296, pugnou o Órgão Ministerial local pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, apenas para decotar a reincidência do réu.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 321/323, manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, decotando a reincidência da acusada.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Da preliminar de nulidade.

Sustenta a defesa que o il. Sentenciante, ao refutar a tese atinente à ausência de atipicidade da conduta por ausência de dolo específico, tomou por base fatos dissonantes dos presentes autos.

De fato, verifica-se que o Sentenciante trouxe na sentença acontecimentos que não se referem ao processo (f. 248), em trecho que, todavia, ficou evidenciado tratar-se de “corpo estranho”, referente a outra causa, que veio “assombrar” o processo em questão, como se diz no jargão.

Isso, em verdade, revela mero erro material, que não tem o condão de macular a decisão recorrida, haja vista que é plenamente possível, sem maior esforço, extrair dos demais fundamentos apresentados - e verdadeiramente pertinentes aos autos -, a razão pela qual a tese atinente à atipicidade da conduta foi rejeitada, ficando claramente exposto na sentença o entendimento do d. Sentenciante quanto à presença de dolo na conduta da ré.

Vale dizer ademais que o erro incorrido não ensejou qualquer prejuízo à parte, especialmente porque, repita-se, os fundamentos pelos quais se concluiu pela tipicidade da conduta se encontram devidamente elucidados no ato decisório, dele sendo facilmente extraíveis.

Enfim, vejo que, em nenhum momento, houve demonstração de prejuízo concreto, mediante registros específicos de danos processuais ou probantes à defesa da acusada, danos esses porventura defluentes de alguma omissão ou carência determinada ou determinável. E, não se apontando prejuízo concreto algum, não germinam, via de regra, quaisquer nulificações. Afinal, em sede de direito processual penal, como se sabe, vige a máxima *pas de nullité sans grief*.

Portanto, rejeito a preliminar.

Do mérito.

A materialidade foi satisfatoriamente comprovada por meio dos documentos de f. 06/09.

A autoria também não deixa dúvidas.

Colhe-se do feito que a ré compareceu na Promotoria de Justiça da Comarca de Luz/MG, oportunidade em que sustentou ter sido agredida pelos policiais, ora vítimas, A. e E., além de ter desaparecido a quantia de R\$315,00 (trezentos e quinze reais) que estava em sua bolsa (f. 08).

Ouvida em juízo, a acusada relatou que, no seu entendimento, os fatos narrados na denúncia não correspondiam à realidade, já que, em momento algum, imputou aos policiais qualquer conduta criminosa, apenas dizendo que parte do seu dinheiro havia desaparecido do interior de sua bolsa e que teria ficado algemada, com as mãos para trás, durante cinco horas, sendo levada ao hospital para realização do exame de corpo de delito, não sendo, contudo, examinada pelo médico que a atendeu (f. 192).

A testemunha A.S.O. também compareceu na Promotoria de Justiça, oportunidade em que disse ter encontrado a apelante no hospital, presenciando o médico dizer que não examinou a acusada porque o soldado havia dito que não tinha necessidade, além de não ter realizado o laudo, porque seu plantão já havia encerrado. Ainda, viu A. questionando o médico, uma vez que ele fez constar em seu relatório a ausência de lesões em seu corpo, sem sequer examiná-la, oportunidade em que mostrou os pés, as mãos e os pulsos inchados, além de uma unha arrancada e a barriga com hematomas (f. 10).

Ouvida em juízo, a testemunha apresentou semelhante versão, esclarecendo que compareceu juntamente com A.M. na Promotoria, onde relataram as agressões sofridas pelas acusada e mostraram ao Promotor os hematomas por ela ostentados (f. 193).

A testemunha I.G.S., em juízo, contou que trabalhava no “Posto Dorjó”, oportunidade em que viu a recorrente sentada em uma mesa do restaurante, bem como a polícia passando pelo local. Em seguida, viu a acusada discutindo com um garçom e, logo após, os policiais abordando a mesma, sendo que eles a jogaram no chão e ajoelharam em cima dela, algemaram-na, colocando-a na viatura, sem que ela tenha esboçado qualquer reação ou proferido agressões verbais contra eles (f. 194).

Por outro lado, extrai-se do Termo Circunstanciado de Ocorrência que a polícia militar compareceu no “Posto e Restaurante Dorjó”, após solicitação, sendo informada que a acusada, visivelmente embriagada, perturbava os funcionários e fregueses do local. Ao chegarem ao posto, os policiais foram chutados e desacatados por A.M., que tentavam resolver a situação, inclusive oferecendo levá-la para casa, não obtendo êxito, razão pela qual deram voz de prisão. Na Delegacia, a apelante, sem razões aparentes, cuspiu no escrivão D.C., quando este compareceu para entregar um medicamento a um sentenciante que se encontrava recolhido (f. 28).

A testemunha H.S.G.P., garçom do aludido posto, confirmou que a acusada se encontrava na varanda do restaurante, com visíveis sinais de embriaguez, xingando os funcionários e clientes que entravam no local. Acrescentou que funcionários tentaram convencê-la de beber sua cerveja sem perturbá-los, tendo ela, então, se levantado e ido até o balcão, onde continuou a proferir xingamentos. Em seguida, a polícia, a qual foi acionada, compareceu no local e tentou acalmá-la e convencê-la a ir embora, momento em que a ré, aos gritos, dizia que não ia para casa e que ninguém mandava nela. Nesse momento, ao ver que não iriam conseguir diálogo com a acusada, os policiais deram voz de prisão, colocaram seus braços para trás e tentaram algemá-la. Ela começou a chutá-los e se jogou no chão, sendo deitada de barriga para baixo e algemada, indo todos para a viatura policial (f. 29).

A testemunha W.S.B. confirmou, em juízo, suas declarações extrajudiciais (f. 151), no sentido de que A.M. agrediu os policiais com chutes, além de proferir palavras de baixo calão contra eles. Acresceu que ela chutou

os vidros da viatura, razão pela qual ele foi convidado a acompanhar os policiais até a Delegacia, presenciando, durante o trajeto, a ré xingando e ameaçando os militares (f. 30 e 40).

P.M.S. contou que estava em seu escritório, quando viu A.M. chegar à delegacia, conduzida pelos policiais, apresentando visíveis sintomas de embriaguez, assim como disse que apenas acompanhou a busca e recolhimentos dos pertences que estavam na bolsa dela, dentre eles, a quantia de R\$5,00 (cinco reais) (f. 33).

D.C., escrivão de polícia, relatou que a acusada estava bastante alterada e que não parava de se remexer, tanto que alguns presos pediram que ele retirasse as algemas dela. Ainda, relatou que ela lhe desferiu cuspes no rosto (f. 41).

A policial civil E.B.L. foi solicitada para retirar as algemas da acusada, que se encontrava agitada, bêbada, xingando e gritando (f. 42).

H.O.M. esclareceu que assistiu A.M., na qualidade de advogado, respondendo que, ao comparecer na delegacia, viu a ré bastante alterada e nervosa, tendo lhe afirmado que em sua bolsa havia determinada quantia em dinheiro, sendo devolvido menor valor (f. 45).

R.C.P., C.J.T. e C.E.O.C. disseram não ter presenciado os fatos (f. 34 e 50/51).

R.C., embora não tenha presenciado os fatos, disse que tem conhecimento de que a acusada, quando bebe, fica agressiva (f. 52).

G.B.O. também não presenciou os fatos, sendo-lhe mostrados alguns hematomas (f. 39).

Por fim, as vítimas R.E.N. e A.R. disseram que a ré estava embriagada e que ela os desacatou e os ameaçou, tendo eles tentado retirar a acusada do local amigavelmente. Contudo, não obtiveram êxito, sendo a acusada detida, mediante força física, uma vez que começou a agredi-los, dominada e algemada. No interior da viatura, ela deu chutes no vidro, sendo necessária a ajuda de W., que acompanhou sua condução até a delegacia. Contaram que a acusada não permitiu que as algemas fossem retiradas, tomando conhecimento de que ela teria cuspidado na face do escrivão de polícia (f. 31/32 e 35/36).

Em juízo eles confirmaram os seus relatos (f. 135 e 178).

Pelo exposto, não obstante os relatos das testemunhas A. e I., não vejo como afastar o crime imputado à ré. É que ambos não conseguiram evidenciar que os hematomas ostentados por ela seriam provenientes de agressões perpetradas pelos militares, tal como buscou fazer crer a acusada ao procurar a Promotoria da Comarca, ou que eles tenham subtraído qualquer valor do interior de sua bolsa.

As demais testemunhas não presenciaram os fatos ou apenas presenciaram a recorrente agitada, visivelmente embriagada, proferindo xingamentos contra os policiais, os quais, pelos menos no que foi comprovado, no exercício de suas funções, tiveram que contê-la.

Ademais, verifica-se que o inquérito policial instaurado contra os policiais foi arquivado (f. 76), porquanto não vieram aos autos provas contundentes atestando a veracidade dos fatos articulados pela recorrente. As acusações feitas contra as vítimas não foram comprovadas, estando desassociadas das provas coligidas ao feito, que não apontam concretamente qualquer conduta ilícita praticada pelos policiais.

Dessa forma, além das provas firmes e idôneas carreadas aos autos, o elemento subjetivo do tipo - o dolo direto -, também está satisfatoriamente comprovado, estando claro e indiscutível que a apelante praticou o delito narrado na denúncia, imputando fatos falsos às vítimas, com a intenção premeditada de desvirtuar a verdade e destorcer as investigações criminais.

Nesse sentido, ressalto que, embora ela não tenha, na oportunidade em que compareceu à Promotoria de Justiça da Comarca de Luz/MG, apontado o tipo legal que recaía sobre os ofendidos, narrou supostas condutas por eles cometidas que se amoldam a crimes, lesão corporal e furto, em nítida intenção de vê-los processados e, ao final, punidos criminalmente.

Por todo exposto, de rigor a manutenção do decreto condenatório firmado em desfavor da apelante, nas sanções do art. 339 do Código Penal, ficando descartado o pleito absolutório.

Passo a análise das penas.

Verifico que a acusada ostenta três condenações definitivas (CAC de f. 240/242).

Dentre elas, vejo que, em duas condenações, foram aplicadas penas de multa, tendo ambas transitado em julgado em 1993. Malgrado a baixa dos autos tenha ocorrido apenas em 2004, a certidão informa o cumprimento das reprimendas, que prescrevem em dois anos, me levando a crer que elas foram cumpridas até o ano de 1995. Logo, ultrapassado o prazo de cinco anos, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, tais condenações se prestam apenas para fins de antecedentes criminais.

Dito isso, maculados os antecedentes da acusada, ponderado se mostra o aumento operado na pena-base, devendo a mesma ser mantida em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda etapa, pelas razões acima, afastado a agravante da reincidência. Ausentes atenuantes.

Na fase final, à míngua de causas modificadoras, concretizam-se as reprimendas em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Preservo o regime aberto, bem como a substituição operada, nos exatos termos da decisão recorrida.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso, apenas para decote da agravante da reincidência, reduzindo as penas da apelante para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS e CÁSSIO SALOMÉ.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, POR UNANIMIDADE.

• • •

Apelação criminal - Art. 1º, I, da Lei nº 8.176/91 c/c art. 288 e 299, ambos do Código Penal - Crime contra a ordem econômica - Aquisição e revenda de combustível em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei - Formação de quadrilha e falsidade ideológica - Preliminares - Nulidade da prova colhida no curso da suspensão do processo e nulidade da citação editalícia - Inocorrência - Preliminares rejeitadas - Absolvição - Impossibilidade - Materialidade e autoria delineadas nos autos - Associação criminosa - Absolvição - Inviabilidade - Comprovação do vínculo associativo entre os participantes para o fim de cometer delitos - Falsidade ideológica - Emissão de fictícios boletins de conformidade - Recurso desprovido

- Havendo a defesa desistido da produção das provas em que ela mesma havia insistido, não há falar em prejuízo ou afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa, porquanto ninguém pode ser beneficiado com a nulidade a que tenha dado causa, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal.

- Não se acolhe alegação de nulidade da citação do réu por via editalícia, se os autos evidenciam terem sido esgotados os meios à disposição do juízo para que fosse efetivada pela via do oficial de justiça, tratando-se, enfim, de réu que se encontrava em lugar incerto e não sabido.

- Havendo prova da materialidade, autoria e do elemento subjetivo do delito previsto na Lei nº 8.176/91, na modalidade aquisição e distribuição irregular de combustíveis, é de rigor a manutenção do decreto condenatório.

- Se há nos autos provas suficientes de que o acusado associou-se, de forma estável, com os demais réus para o cometimento reiterado de crimes, impossível prosperar a tese absolutória do delito de quadrilha.

V.v.p: Apelação Criminal - Início imediato da execução da pena após a prolação de acórdão condenatório - Possibilidade - Desnecessidade de trânsito em julgado da condenação e/ou de esgotamento das vias recursais nesta instância revisora - HC 126.292/SP do STF.

- A expedição de mandado de prisão e de guia de execução, após a prolação de acórdão condenatório por este egrégio Tribunal de Justiça, com a finalidade de iniciar a execução da pena imposta, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, neste momento processual, encerrada está a possibilidade de reexame da matéria fático-probatória, encontrando-se formada a culpa do agente.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.15.030128-8/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: C.S.H. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corrêus: A.B.A., C.N.C.J., J.R.S., R.C.A.F. - Relatora: DES.ª MÁRCIA MILANEZ

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 AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. VENCIDO PARCIALMENTE O EM. DES. REVISOR.

Belo Horizonte, 5 de setembro de 2017. - *Márcia Milanez* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a MÁRCIA MILANEZ - Trata-se de apelação interposta por C.S.H., contra a sentença de f. 1.579/1.611, que julgou procedente a denúncia e o condenou à pena de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses (reclusão e detenção), mais pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no regime semiaberto, por infração ao art. 1º, I, da Lei nº 8.176/91, por diversas vezes, combinado com os arts. 288 e 299, ambos do Código Penal, na forma do art. 69, também do Código Penal. A sentença ainda condenou os corréus A.B.A., C.N.C.J., J.R.S. e R.C.A.F., como incurso nas mesmas sanções penais.

Consta da denúncia que, no período de maio de 2007 a junho de 2009, em Ipatinga-MG, o apelante C.S.H., juntamente com os codenunciados A.B.A., C.N.C.J., J.R.S. e R.C.A.F., associaram-se em quadrilha devotada à revenda de álcool etílico hidratado em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei e fizeram inserir declaração falsa em boletins de conformidade e notas fiscais, com fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, ou fizeram uso de tais documentos ideologicamente falsos.

Extrai-se da denúncia que a investigação criminal deflagrada pelo Centro de Apoio Operacional da Ordem Econômica Tributária do Ministério Público (CAOET) revelou a existência de um gigantesco esquema de comercialização ilegal de álcool combustível, envolvendo distribuidoras, atravessadores, corretores, transportadores, postos revendedores, técnicos em manutenção de bombas e profissionais liberais.

Destacou-se na denúncia que, de acordo com normas expedidas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível, complementando dispositivos da Lei nº 9.478/97, é proibido às destilarias, no mercado interno, vender álcool diretamente a postos de gasolina, sendo compulsória a negociação com distribuidoras, junto às quais deverão os revendedores varejistas adquirir o produto. Vale dizer que a atividade de distribuição do etanol compreende o exame da conformidade dos volumes entregues aos postos, devendo-se realizar análises laboratoriais em amostra representativa do produto negociado e lacrar com selo numerado cada compartimento dos caminhões-tanque transportadores, garantindo qualidade e quantidade dos combustíveis transportados sob responsabilidade daquelas firmas intermediadoras.

Destacou-se, ainda, que o “esquema” revelado pela investigação do CAOET consistia em utilizar “corretores de álcool”, os quais, após negociarem a compra do combustível diretamente em usinas e destilarias, entregavam-no nos postos revendedores por meio de transportadores especialmente contratados para o serviço. Para amparar a circulação realizada à margem das normas regulamentares, eram utilizados documentos emitidos por distribuidoras conhecidas como “barrigas de aluguel”, responsáveis pela emissão de fictícios boletins de conformidade.

De acordo com a peça acusatória, o codenunciado A.B.A. atuava como corretor de combustíveis no Vale do Aço e imediações, associado aos denunciados C.N.C.J. e J.R.S.

Consta, ainda, que o apelante C.S. administrava a empresa “[...]”, a qual interrompeu suas atividades por ter seu registro cassado pela Agência Nacional do Petróleo em meados de 2008, assumindo depois o controle da “[...]”, sucessora da “[...]”, figurando em seu estatuto, como sócios, A.A.C.H., esposa daquele, e o acusado R.C.A.F., ex-funcionário da “[...]” e verdadeiro “testa de ferro”, colocado à frente das ações da empresa, com destacada atuação nos negócios.

Relata ainda a denúncia que o esquema ilícito acelerava a entrega do álcool aos postos, evitando os custos com deslocamentos até as bases das distribuidoras e os gastos com controle de qualidade, permitindo um melhor preço e aumento dos lucros, uma vez que os intermediários eram eliminados. Como o etanol saía das usinas diretamente para os postos de revenda, o mesmo não era submetido aos testes de qualidade e, sob o comando do apelante C.S.H. e de R.C., responsáveis pelas distribuidoras de fachada “[...]” e “[...]”, todos vinculados de forma estável para burlar os procedimentos legais da comercialização de combustíveis.

Segundo a denúncia, a atuação de cada acusado consistia em: J.R. vendia o combustível, sendo que A.B. e C.N. administravam o negócio e repassavam os pedidos para a “[...]”, que, por sua vez, encaminhava para as distribuidoras geridas por C.S.H. e R.C., os quais emitiam as notas fiscais e os boletins de conformidade fictícios, dando ares de legalidade ao esquema criminoso.

As práticas descritas propiciavam a emissão de documentos fiscais superfaturados e, conseqüentemente, diminuição da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária ao Estado de Minas Gerais. Assim, A.B. e J.R.S. informavam aos adquirentes que eles poderiam escolher o valor que constaria nas notas fiscais, sempre muito superiores ao realmente pago, o qual era repassado para as distribuidoras de fachada que, sob o comando de C.S.H. e R.C., emitiam os documentos com quantias maiores, em discordância com o real valor da operação.

A denúncia foi recebida em 18/10/2011, à f. 766.

Houve o desmembramento processual em relação ao apelante C.S.H., com a conseqüente suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP (f. 870).

Apresentada resposta à acusação pela defesa do apelante C.S.H. (f. 1.063/1.080), prosseguiu-se com os trâmites processuais legais em relação ao mesmo, culminando com a sentença de f. 1.579/1.611.

Inconformados, a tempo e modo, C.S.H. interpôs o presente recurso de apelação à f. 1.630. Em razões recursais acostadas às f. 1.637/1.641, pugna o apelante, preliminarmente, pela nulidade da prova oral colhida no curso da suspensão do processo, bem como pela nulidade da citação por edital, tendo em vista que o oficial não esgotou todas as possibilidades de tentativa de citação pessoal do acusado. Caso não sejam acolhidas as nulidades arguidas, pleiteia o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva para cada crime de forma individualizada. No mérito, pugna pela sua absolvição com fulcro no art. 386, incisos III e V, do Código Penal, aduzindo, em síntese, precariedade do acervo probatório e atipicidade da conduta imputada. Alternativamente, requer a fixação da pena no mínimo legal, tendo em vista sua primariedade e seus bons antecedentes, bem como a imposição de regime aberto para o cumprimento da pena.

Contrarrazões às f. 1.659/1.662, pleiteando o Ministério Público pela rejeição das preliminares e desproviamento do recurso.

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Dr. Sérgio Parreiras Abritta, manifestou-se pelo não acolhimento das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (f. 1.663/1.665).

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Pugna o apelante pela nulidade da audiência de instrução, aduzindo que a produção da prova testemunhal foi realizada no curso da suspensão do processo, antes da ciência pelo acusado da existência dos presentes autos, ferindo de morte os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, razão não lhe assiste.

De início, deve ser ressaltado que a declaração de nulidade de qualquer ato processual demanda a demonstração inequívoca do prejuízo sofrido na busca da verdade real, como exigem os arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal, conforme sedimentado entendimento de nossas Cortes Superiores:

Nulidade processual. Prejuízo para a defesa. Arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal. Sem a prova de ocorrência de prejuízo para a acusação ou para a defesa, não se anula nenhum ato processual (STJ - RSTJ 17/172).

Habeas corpus. Processo penal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Procedimento. Lei nº 10.409/2002. Nulidade. Prejuízo. A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, conforme já decidiu a Corte, 'o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas' (HC 81.510, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, unânime, DJ de 12/4/2002). Ordem indeferida (STF - HC 85155/SP - Rel.ª Min. Ellen Gracie - j. em: 22/3/2005, p. em DJ de 15/4/2005, p. 00038).

In casu, impende salientar que emerge de forma incontestada nos autos que, após decretada a revelia do acusado e determinada a suspensão do processo, prosseguiu-se na regular tramitação do processo em relação aos demais corréus, sendo ali produzidas as provas testemunhais requeridas.

Ocorreu que, posteriormente, após o réu ter sido preso preventivamente, a defesa constituída foi intimada para dizer se ratificava a prova oral já colhida (f. 1.367), oportunidade em que a defesa, através da petição de f. 1.372/1.373, rejeitou as provas já produzidas e requereu nova produção, sendo imediatamente designada audiência para tal fim (f. 1.374). Contudo, a defesa estranhamente desistiu da produção das provas em que ela mesma havia insistido, conforme se verifica da petição de f. 1.436/1.437.

Assim, ao contrário do alegado, não há falar em prejuízo ou afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, valendo lembrar ainda que ninguém pode ser beneficiado com a nulidade a que tenha dado causa, nos termos do art. 565 do Código de Processo Penal.

Rejeito a preliminar.

No que tange à alegação de nulidade da citação editalícia, razão também não assiste à defesa.

Isso porque foi expedido o mandado judicial de citação no único endereço fornecido pelo próprio recorrente nos autos, não sendo ali encontrado para ser citado pessoalmente, porque o imóvel estava vazio, sem moradores, tendo o apelante se mudado, conforme se certificou à f. 844. Assim, foi determinado que se procedesse conforme determina o art. 361 do Código de Processo Penal, o qual insculpe que “Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias”. Percebe-se, portanto, que foram seguidos os trâmites legais previstos ao tempo dos respectivos atos processuais, inexistindo qualquer vício.

Ademais, a certidão exarada pelo oficial de justiça - atestando que o acusado não teria sido localizado e se encontrava em local incerto e não sabido - possui fé pública, não sendo exigível que outros esforços fossem empreendidos para localização do apelante antes que fosse providenciada sua citação por edital. A questão já se encontra inclusive preclusa, eis que não foi suscitada pela defesa na instância de origem nem analisada na decisão ora combatida.

Rejeito, portanto, a preliminar.

No mérito, consta da exordial acusatória que os denunciados se associaram para, entre outros crimes, burlar as normas do comércio de combustível, fazendo tramitar combustível diretamente entre usinas e postos revendedores, sem a realização dos exames e análises obrigatórios. Com isso, conseguiam fazer o combustível chegar aos postos revendedores com preço melhor, garantindo mais vendas e mais lucratividade em cada comercialização.

Conforme se mencionou na denúncia, a empresa Center Álcool, criada pelos denunciados A.B.A. e C.N.C.J., além de fazer a corretagem do combustível, atuava ilícitamente como distribuidora. Sempre pelas pessoas de A.B. e C.N., obtinha cotações do preço do litro do álcool diretamente em várias usinas e, de posse da informação, o denunciado A.B. e o vendedor J.R.S.A. ofereciam o produto aos postos revendedores da região, majorado do lucro da atividade. Para amparar a circulação realizada à margem das normas regulamentares, eram utilizados documentos emitidos por distribuidoras conhecidas como “barrigas de aluguel”, responsáveis pela emissão de fictícios boletins de conformidade.

Consta ainda da denúncia que os acusados C.S.H. e R.C.A.F. administravam as distribuidoras de fachada [...] e [...], simulando a compra nas usinas e emitindo notas de vendas a postos da comarca e municípios. Que C.S. era o verdadeiro dono da [...], empresa que interrompeu suas atividades após ter seu registro cancelado pela Agência Nacional do Petróleo em meados de 2008, assumindo depois o controle da “[...]”, sucessora da “[...]”, figurando em seu estatuto, como sócios, A.A.C.H., esposa daquele, e o acusado R.C.A.F., ex-funcionário da “[...]” e verdadeiro “testa de ferro”, colocado à frente das ações da empresa, com destacada atuação nos negócios.

Pugna a defesa pela absolvição do apelante C.S.H., com fulcro no art. 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal, por precariedade do acervo probatório em relação à participação do acusado na referida infração, haja vista que a pretensão acusatória baseou-se exclusivamente em elementos colhidos unicamente na fase investigativa, não existindo provas judicializadas que demonstrem a responsabilidade penal do acusado frente aos fatos descritos na exordial acusatória.

Em que pesem as razões da defesa, entendo que elas não merecem guarida.

A materialidade delitiva dos crimes encontra-se devidamente comprovada pelos demonstrativos dos postos envolvidos, f. 05/06, 78/79, DANFEs de f. 14, 16, 98, 120, 123/126, 129, 146, 150, 157, 234, 236 e

238; cheques de f. 15, 21/30,103/112, 239/240; relatórios de f. 57/79, 137/139, 201/202, 218/220, 222/223, 232/233, e 671/672, auto circunstanciado de interceptação telefônica de f. 186/187 e 586/606 e diversos outros documentos apreendidos na operação.

A autoria, inobstante a negativa do acusado, restou bem delineada nos autos através das declarações dos corréus, pelos relatos das testemunhas, como também pelas conversas telefônicas interceptadas, as quais demonstraram de maneira insofismável a participação do apelante no “esquema” fraudulento.

Perante o Promotor de Justiça integrante do CAOET, o denunciado A.B.A. contou, com detalhes, como funcionava a atividade ilícita praticada pelo grupo criminoso para aquisição e revenda de combustíveis:

[...] que o declarante é administrador e proprietário de fato da empresa [...], localizada em Ipatinga; que confirma as declarações contidas no relatório de reunião efetuada aos 13/7/2009, na sede da Receita Estadual em Ipatinga [...]; que a [...] fazia subcorretagem de álcool para a empresa [...], cujos proprietários eram H.J.C.F.; que, em regra, a negociação do álcool ocorria da seguinte forma: [...] fazia cotações nas usinas, escolhia o melhor preço, fechava um volume, repassando-a a [...], para que formalizasse o negócio; que a [...] informava ao declarante o preço por litro e o declarante entrava em contato com os postos, sendo que ficava com a diferença entre o preço que recebia da [...] e o repassava para os postos; que efetuava a vendas; os caminhões iam até as usinas carregar, levando em seguida o álcool aos postos; que carregamento não passava por áreas de estocagem e não passava por qualquer análise, de qualidade da distribuidora; que os documentos fiscais, lacres e boletins de conformidade eram entregues por motoboys contratados pela [...]; [...] que nunca ouviu falar que a [...] possuía laboratórios móveis de análise; que a [...] era simplesmente uma empresa criada para formalizar a compra de álcool junto às usinas e emitir as DANFES; que acredita que o real proprietário da [...] seja C.H. e que R.A. seria o ‘frente’ de C.; que já chegou a trabalhar com a [...], ao que sabe a antecessora da [...], também comandada por C.H.; que a época, o contato dava-se igualmente através da [...]; que os corretores que trabalhavam com a [...] passaram a trabalhar com a [...]; que durante cerca de dois meses, maio e junho de 2007, conseguiu comprar combustível diretamente da usina, através da [...], mas depois tal procedimento foi barrado por corretores de São Paulo; que, durante esse período, recebia o pagamento diretamente dos postos de combustível e pagava para a usina, fazendo um depósito identificado, como se fosse a [...]; que, então, pagava *spread* para a [...], no valor de R\$0,03 (três centavos) por litro; que o *spread* funcionava como uma comissão; que entrava em contrato com a [...] e ela encaminhava as notas fiscais, lacres e boletins de conformidade através de motoboys aos caminhoneiros que carregavam nas usinas indicadas pelo declarante; que era o declarante quem pagava os motoboys; que tomou conhecimento das DANFES falsas através de seus clientes; que tais DANFES foram emitidas no período de maio a outubro de 2008; justamente no período em que os caminhões estavam sendo carregados em usinas mineiras; que só foi possível a utilização de DANFES falsas porque, no percurso entre as usinas e os postos de combustíveis não havia postos fiscais; [...] que o declarante tomou conhecimento da existência de DANFES falsas supostamente emitidas pela [...], [...] e [...]; [...] que ao ser informado que DANFES falsas foram verificadas apenas na região de atuação do declarante e tendo por destinatários postos que eram seus clientes, o declarante disse que durante um bom período de tempo foi o único subcorretor de vendas do J. (corretora [...]); [...] que o declarante, ao receber o pagamento dos postos de gasolina, fazia um depósito separado, relativo ao ICMS na conta pessoal de Renê, da [...] (f. 228/231).

Em juízo, A. confirmou as declarações prestadas junto ao Ministério Público, acrescentando que

[...] não sabia que o álcool deveria passar por um teste de qualidade e na sua ótica as distribuidoras eram as responsáveis por tal processo e que ele era apenas um intermediário entre os donos dos postos e a [...] (f. 980).

Em um dos trechos das conversas telefônicas interceptadas por autorização judicial, A. afirma “que o L. comentou que a [...] vende nota. A. diz que a [...] está fazendo a mesma coisa” (f. 188).

No mesmo sentido os depoimentos do corréu C.N.C.J.:

[...] que o depoente, A. e C.R.F. fundaram uma empresa para atuarem legalmente como corretores de álcool; [...] que foi sócio administrador da empresa [...], de fevereiro 2009 até o dia da baixa da empresa, os demais sócios eram A. e C., sendo que A. saiu em momento posterior; que o depoente atuava mais na área administrativa, porque quem conhecia o mercado era A.; que a carteira de clientes era toda de A.; que na maioria das vezes A. passava os pedidos de venda de álcool diretamente para as distribuidoras, sendo que a [...] recebia apenas os valores da corretagem; que os pedidos eram passados para as distribuidoras, entre elas [...], [...], entre outras, mas essas duas eram as principais (f. 620/621 - confirmado em juízo às f. 983).

A testemunha P.H.M., ex-funcionário da empresa [...], perante o MM. Juiz, confirmou a atividade ilícita praticada pelo apelante C.S.H., relatando que:

[...] conhece os acusados C.S.H. e R.C.A.F., pois trabalhou para eles em 2009 e 2010 como faturista na empresa [...]. Era o responsável por receber os pedidos dos clientes e emitir nota fiscal. O combustível era comprado diretamente das usinas. A distribuidora [...] adquiria os combustíveis. O mesmo proprietário da [...] foi o proprietário da [...]. A [...] teve seus registros cassados pela ANP em mais de uma ocasião. A empresa [...] também tinha o registro, que foi cassado. Parte do combustível passava pelas bases distribuidoras e parte não. Parte do combustível era vendido diretamente da usina para os postos revendedores, sendo que a usina emitia a nota para a [...] Distribuidora e a [...] emitia a nota para o posto varejista. O álcool porém, em algumas vezes, não passava pela base. [...] (f. 973).

Ora, diz o art. 1º, I, da Lei nº 8.176/91, que constitui crime contra a ordem econômica:

I- adquirir, distribuir e revender derivados de petróleo, gás natural e suas frações recuperáveis, álcool etílico hidratado carburante, e demais combustíveis líquidos carburantes em desacordo com as normas estabelecidas na forma da lei.

Trata-se de delito de ação múltipla, cuja consumação se configura quando o agente adquire, distribui ou revende combustível, desrespeitando as normas estabelecidas para a comercialização do produto.

No presente caso, restou cabalmente comprovado nos autos que o apelante C.S.H. associou-se, de forma estável, com os demais réus para o cometimento reiterado do crime descrito no tipo penal do art. 1º, I, da Lei nº 8.176/91. Também restou comprovado que sua atuação no grupo consistia em emitir boletins de conformidade ideologicamente falsos, utilizando, para tanto, das distribuidoras de fachada [...] e [...] por ele comandadas.

Improcede, pois, o pedido absolutório sustentado pela defesa, mormente porque o arcabouço probatório coligido é mais do que suficiente para comprovar a autoria delitiva em relação ao apelante.

No que diz respeito às penas impostas, embora contra elas não tenha se insurgido o apelante, não comporta qualquer alteração de ofício, porquanto fixadas no mínimo legal. O percentual de acréscimo das penas em 2/3, em razão da continuidade delitiva, mostrou-se condizente com o número de infrações cometidas.

Em face do exposto, rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença por seus próprios fundamentos.

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, em regime de repercussão geral, reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que a execução

provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, determino a expedição de mandado de prisão contra o réu (prazo de validade de 12 anos), bem como a guia de execução provisória da pena, o que deve ocorrer somente após o esgotamento das vias recursais ordinárias.

Custas *ex lege*.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Voto parcialmente divergente.

Dirirjo parcialmente do voto prolatado pela em. Des.^a Relatora, uma vez que deve ser expedido o mandado de prisão e a guia de execução provisória em desfavor do apelante, independentemente do esgotamento das vias recursais nesta Instância Revisora.

Com efeito, mantida a condenação do apelante por esta Instância Revisora, necessária se faz a expedição do mandado de prisão e da guia de execução provisória, nos termos do que restou decidido no julgamento do *Habeas Corpus* de nº 126.292/SP do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 17 de fevereiro de 2016, a fim de que seja dado início imediato ao cumprimento da pena.

Por ser oportuno, registre-se que, em 5 de outubro de 2016, por maioria, o Plenário do Pretório Excelso entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após a condenação em Segunda Instância e indeferiu as liminares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44.

Por fim, em 11 de novembro de 2016, por maioria, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do Acórdão Penal Condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos Tribunais Superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964.246, que teve repercussão geral reconhecida. Dessa forma, a tese firmada pelo Tribunal deve ser aplicada nos processos em curso nas demais instâncias.

Assim, verificando-se que foi imposta ao apelante pena privativa de liberdade, dirirjo parcialmente da Relatora, para determinar a expedição do mandado de prisão e da guia de execução respectiva, independente do esgotamento dos recursos nesta Instância Revisora.

O prazo de validade dos mandados de prisão será de doze (12) anos, nos termos do art. 289-A, § 6º, do Código de Processo Penal; art. 3º, XII, da Resolução nº 137/2011 do Conselho Nacional de Justiça e art. 109, III, do Código Penal.

É como voto.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com a Relatora.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O EMINENTE DESEMBARGADOR REVISOR.



Apelação criminal - Crime de desmembramento ilegal de solo urbano qualificado por meio de venda (art. 50, inciso I, c/c parágrafo único, incisos I e II, e art. 51, ambos da Lei nº 6.766/79) - Loteamento irregular - Recurso do Ministério Público - Pretendida condenação do réu E.G.P. - Impossibilidade - Dúvida quanto à autoria delitiva - Majoração da pena-base - Possibilidade - Recurso da defesa - Pleito de absolvição por ausência de tipicidade da conduta, ausência de dolo ou erro de fato - Inviabilidade - Análise das circunstâncias judiciais - Readequação das penas - Suspensão condicional do processo - Benesse não concedida - Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do estado, na modalidade retroativa

- Comprovado que o réu, pessoalmente ou por intermédio de terceiro, efetuou desmembramento do solo para fins urbanos e efetuou a venda, sem autorização do órgão público competente, a condenação pela prática do delito previsto no art. 50, I, da Lei nº 6.766/79, na sua forma qualificada (art. 50, parágrafo único, I), é medida que se impõe.

- Existindo dúvidas razoáveis quanto à participação de um dos sócios da empresa na prática do delito, fragilizando o decreto condenatório, impõe-se a manutenção da sentença absolutória.

- O *quantum* a ser aplicado quando da valoração negativa das circunstâncias judiciais deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação, informadores do processo de aplicação da pena. Mostrando-se necessária a majoração, a readequação da pena é medida que se impõe.

- Havendo incorreção do juízo *a quo* no que se refere à valoração negativa das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, mostra-se necessário seu ajustamento.

- Inviável a suspensão condicional da pena quando tal benesse não condiz com as exigências da repressão da pena do acusado.

- A prescrição retroativa é regulada pela pena aplicada em concreto, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação.

- Extrapolado o lapso prescricional entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença condenatória, a extinção da punibilidade em relação ao delito previsto no art. 331 do CP, pela prescrição retroativa, é medida que se impõe.

- Sentença parcialmente reformada.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.11.063284-4/001 - Comarca de Juiz de Fora - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: F.M.G. - Apelados: F.M.G., E.G.P., Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. WANDERLEY PAIVA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, DECLARANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE, PELA PRESCRIÇÃO.

Belo Horizonte, 19 de dezembro de 2017. - *Wanderley Paiva* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. WANDERLEY PAIVA - Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos contra a sentença de f. 337/351, por meio da qual o MM. Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Juiz de Fora julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, para absolver o réu E.G.P., com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP, bem como para condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 50, I, c/c parágrafo único, incisos I e II e art. 51, ambos da Lei nº 6.766/79, c/c art. 65, I, do Código Penal, às penas de 01 (um) ano de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, além de multa de 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no país, ao tempo do fato. Procedida a substituição da pena corporal por duas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor equivalente a cinco salários mínimos.

O Ministério Público apresentou razões recursais às f. 368/371, requerendo a condenação do acusado E.G.P. nas sanções do art. 50, I e II, da Lei nº 6.766/79. Quanto ao réu F.M.G., requer o afastamento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, II, *d*, do Código Penal, bem como a majoração da reprimenda.

Contrarrrazões às f. 380/387, rogando pelo não provimento do recurso ministerial.

A defesa, por sua vez, apresentou razões recursais às f. 374/379, pleiteando a absolvição do acusado por ausência de tipicidade na conduta, ou por ausência de dolo e erro de fato. Subsidiariamente, requer a modificação da pena restritiva de direito de prestação de serviços por outra pena pecuniária, a suspensão condicional da pena e o reconhecimento da prescrição.

Contrarrrazões do representante do Ministério Público às f. 399/401.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às f. 409/412, opinando pelo conhecimento dos recursos, e no mérito, pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Narra a denúncia:

[...] Conforme restou apurado no inquérito civil público 0145.11.001.347-4, em trâmite perante a 8ª Promotoria de Justiça de Juiz de Fora, o primeiro denunciado Campestre Empreendimentos Rurais Ltda. -, por intermédio do segundo e terceiro denunciados, agindo em concurso, caracterizado pela unidade de desígnios, promoveram o parcelamento clandestino do solo urbano de Juiz de Fora, dando origem a empreendimento/loteamento clandestino na região conhecida como Fazenda Cachoeirinha, junto a BR 040.

Com efeito, conforme apurado, a vítima A.J.C adquiriu, por contrato particular de promessa de compra e venda, em 28 de abril de 2008, dos denunciados a área 08G, Gleba 08, do loteamento denominado Fazendinhas Pomar da Serra, da Fazenda Cachoeirinha, totalizando cerca de 1020 m², conforme cópias do referido contrato ora anexado.

Com efeito, conforme apurado, a vítima A.P.F. adquiriu, por contrato particular de promessa de compra e venda, em 22 de abril de 2009, dois denunciados a área 071, Gleba 07, do loteamento denominado Fazendinhas Pomar da Serra, da Fazenda Cachoeirinha, totalizando cerca de 11.880 m², conforme cópias do referido contrato ora anexado.

Devemos frisar que o negócio foi intermediado pelos segundo e terceiro denunciados F.M.G. e E.G.P., responsáveis por outros loteamentos desta cidade.

É certo que os denunciados, sem autorização dos órgãos municipais bem como sem o devido licenciamento ambiental perante o Conselho Municipal do Meio Ambiente (Condena) ou Conselho Estadual do Meio Ambiente (Supram-ZM), promoveram a implantação do loteamento clandestino, fato comprovado pela Secretaria de Atividades Urbanas em 22/11/2010 (certidão anexa), ao constatar a existência de rede de iluminação pública, meio frio e calçamento, canalização de águas pluviais na Fazenda Cachoeirinha.

Em 21/10/2010, conforme laudo de fiscalização técnica do IEF, os peritos constataram a movimentação de terra para o barramento do fluxo d'água e formação de açudes (reservatórios artificiais de água). Tal intervenção havia sido autorizada pelo IEF, mas somente se os denunciados cumprissem condicionantes. Tais condicionantes não foram cumpridas, logo, a autorização do IEF não serve para acobertar a intervenção nas áreas de preservação permanente existentes dentro do loteamento.

No referido laudo, os peritos ainda constataram que os denunciados construíram uma estrada de contorno (rotatória) dentro de 400m² de área de reserva legal, suprimindo demais formas de vegetação natural da referida área. Ainda deixaram uma caixa d'água dentro da área de reserva legal.

Sendo assim, os denunciados deram início à implantação do loteamento, através de movimentação de terra bem como abertura de vias, antes mesmo de formalizar o procedimento de aprovação prévia do empreendimento, nos termos preceituados na Lei Federal nº 6.776/1979, que institui normas cogentes sobre o parcelamento do solo urbano.

Deve-se observar que o loteamento em tela foi implantado sem observar os padrões urbanísticos pertinentes, sendo certo que foram constatadas áreas de preservação permanente nos termos do art. 2º, da Lei nº 4771/1965 - Código Florestal, bem como supressão de vegetação ao longo de todo terreno (arts. 48 e 60 da Lei nº 9.605/98), conforme laudo elaborado pelo IEF.

A clandestinidade do empreendimento dá margem a uma série de transtornos aos adquirentes, posto que, em sua maioria, não têm acesso aos serviços públicos básicos de fornecimento domiciliar de água e coleta de esgoto, bem assim não podem levar a registro no cartório de imóveis seus títulos aquisitivos.

A autoria delitiva resta indubitosa pela análise do contrato constante dos autos, onde se verifica que o segundo denunciado firmou pessoalmente todos os documentos referentes ao empreendimento acima mencionado, em nome do primeiro denunciado.

Destarte, o laudo do IEF e certidão da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora anexos comprovam a implantação clandestina do loteamento bem como os danos ao meio ambiente decorrentes do empreendimento capitaneado pelos segundo e terceiro denunciados, em prol da pessoa jurídica Campestre Empreendimentos Rurais Ltda., primeiro denunciado, razão porque a conduta delitiva pelas pessoas físicas repercute em responsabilidade pessoa jurídica, a teor do que dispõe o art. 3º da Lei nº 9.605/98.

Certamente, a implantação clandestina de empreendimento do ramo imobiliário/parcelamento de solo, antes de sua aprovação/regularização pelo poder público municipal, trouxe benefícios não só para a pessoas de seu administrador, mas também à pessoa jurídica que começou a efetuar as vendas dos lotes antecipadamente e sem realizar os gastos inerentes às medidas necessárias à mitigação e compensação dos impactos ambientais causados pelo empreendimento, exigidos pelo órgão ambiental competente.

Ante o exposto, incorreram os denunciados nos crimes previstos nos art. 50, I, c/c parágrafo único incisos I e II e 51 da Lei nº 6.766/1979, art. 48 e 60 da Lei nº 9.605/1998 na forma do seu art. 3º [...].

Conforme dito alhures, a pretensão deduzida na denúncia foi julgada parcialmente procedente, para absolver o réu E.G.P., com fulcro no art. 386, inciso VII, do CPP, bem como para condenar o acusado F.M.G. como incurso nas sanções do art. 50, I, c/c parágrafo único, incisos I e II, e art. 51, ambos da Lei nº 6.766/79, c/c art. 65, I, do Código Penal, às penas de 01 (um) ano de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, além de multa de 10 (dez) vezes o maior salário mínimo vigente no País, ao tempo do fato. Procedida a substituição da pena corporal por duas restritivas de direito, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor equivalente a cinco salários mínimos.

Pois bem.

Do pleito de absolvição por ausência de tipicidade na conduta - Réu F.M.G.

A defesa do réu F.M.G. pleiteia por sua absolvição, fundamentado na suposta ausência de tipicidade na conduta.

Sustenta que o apelante não realizou loteamento em desacordo com a lei, posto que o crime previsto na Lei nº 9.766, pelo qual foi condenado, não cuida de fracionamento de imóveis rurais. E, se o fez, apenas vendeu frações ideais de área rural, e não loteamento clandestino, o que não possui tipicidade na esfera criminal.

Após analisar com acuidade a prova dos autos, afere-se que as súplicas da combativa defesa não merecem acolhimento, já que o juízo condenatório firmado pela douta Julgadora *a quo* se apresenta absolutamente correto e coerente com a prova produzida durante a persecução penal, sendo imperiosa sua manutenção.

É que pela análise dos autos, não há dúvidas de que o acusado efetuou loteamento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, em desacordo com as disposições legais pertinentes, fazendo-os por meio de venda e promessa de venda, com o evidente intuito de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado junto ao registro de imóveis.

A materialidade delitiva está comprovada por meio dos compromissos de compra e venda de imóvel (f. 09/11, 12/14, 15/17, 18/20), certidões de registro de imóveis (f. 21/22, 23, 24), matrícula do registro do imóvel Fazenda Cachoeirinha (f. 84/87, 145/145-v., 146/146-v., 147, 148, 149, 150, 151 e 152), laudo de fiscalização técnica do IEF (f. 25/35), Resposta à Notificação do MP (f. 36/62), certidão emitida pela Prefeitura de Juiz de Fora (f. 08), e demais documentos acostados aos autos.

A autoria, de igual forma, é incontestável.

O apelante F.M.G., ao ser ouvido perante a autoridade judicial, embora tenha tentado justificar sua conduta, afirmando que recebeu informações de que a Prefeitura não tinha competência para regularizar granjeamentos rurais, mas que registrou em cartório os fracionamentos da terra, acabou confessando a prática dos crimes que lhe foram imputados:

[...] que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; que é representante da empresa Campestre Empreendimentos Rurais Ltda.; que a propriedade conhecida como Fazenda Cachoeirinha era de referida empresa; que, como empresário do ramo, resolveu então fazer um granjeamento; que fracionou referida área de terra em 08 módulos rurais de 20.000 metros quadrados, mais ou menos; que registrou este fracionamento no

cartório de registro de imóveis; que, posteriormente, vendeu aqueles oito módulos; que os compradores procuraram a prefeitura, mas lá disseram que o granjeamento rural era de competência do Incra; que, na verdade, a empresa do depoente já tinha ido na Prefeitura para saber de eventuais providências necessárias à regularidade do granjeamento e foi orientada no sentido de que a prefeitura não tinha competência para ingerir em granjeamentos rurais, os quais deviam ser cadastrados no Incra; que os cartórios de registro de imóveis registravam referidas glebas decorrentes do fracionamento, normalmente, sem maiores problemas; que o problema aconteceu quando o Sr. Cabral, por não pagar a terra que adquiriu, 03 granjas, resolveu fazer denúncia alegando que o granjeamento da Fazenda Cachoeirinha devia ser aprovado na Prefeitura; que o Sr. Cabral levou os fatos ao MP, que desencadeou o presente processo; que procuraram então tomar as providências necessárias para procurar saber sobre a real necessidade de regularização do granjeamento na prefeitura e obtiveram até um parecer junto à prefeitura, aprovado pelo então procurador geral da prefeitura no sentido da promulgação de uma lei municipal, autorizando a regularização tardia de granjeamentos rurais perante a Prefeitura; que o granjeamento é formalmente perfeito, inclusive a questão da rua que deve ter 12,5 m de largura, já propuseram compensação e com relação aos 35% exigido pela Prefeitura, já propuseram a reposição; que em razão disso, inclusive, já reiteraram junto à atual administração da Prefeitura, a regularização do empreendimento, para que os adquirentes possam levar a efeito o registro junto ao RGI de forma regular; que, na verdade, no presente caso, a Prefeitura transformou o terreno em área urbana e por isso não tem mais as exigências pertinentes à área rural, assim sendo possível se faz os registros das escrituras; que, a partir de 22/8/2006, a Prefeitura proibiu a realização de empreendimentos rurais em área urbana, mesmo que cadastradas no Incra, com a clara intenção de faturar IPTU; que, inclusive, a Prefeitura lançou IPTU no empreendimento Pomar da Serra a partir de 2007, recebendo anualmente mais de R\$115.000,00; que o depoente já tinha feito outros empreendimentos e até a presente data já fez em torno de 60 empreendimentos urbanos e rurais e nunca teve nenhum problema; que os adquirentes sempre conseguiram registrar seus imóveis regularmente; que em razão dos fatos deste processo, inclusive, o diretor do Foro da época, editou uma portaria, orientando os cartórios a não proceder lavratura e registro de escrituras públicas relativos a compra e venda de percentual de módulo rural, criando situações conflitantes de pessoas do mesmo loteamento que registraram suas escrituras e outras pessoas que não conseguiram registrar; que isso gerou conflito de aproximadamente 4.000 adquirentes de módulos rurais em Juiz de Fora; que, como isso nasceu deste processo, o depoente se transformou em verdadeiro “bode expiatório” para todos os empreendimentos; que ressalta que no empreendimento Pomar da Serra já existem 26 escrituras lavradas e registradas, enquanto outras não conseguem regularizar a situação; que procedeu com o granjeamento objeto deste processo como sempre procedia anteriormente em diversos loteamentos e nunca tinha tido problemas; que em aproximadamente 20.000 imóveis vendidos pelo depoente, nunca teve uma ação processual; que o depoente atribui a esses fatos um erro administrativo da prefeitura e, portanto, não agiu com sua empresa de forma irregular; que isto se tornou tão relevante que o atual/prefeito constituiu uma comissão para estudar o assunto, que está em fase final para emitir um parecer; que o depoente, portanto, nega de forma veemente ter cometido qualquer delito dos quais lhe é imputado na denúncia; [...] que existem pelo menos uns 15 empreendimentos de outras pessoas da mesma natureza na cidade de Juiz de Fora; que o seu empreendimento é dotado de toda a infraestrutura completa de um loteamento modelo para outros em Juiz de Fora; que com relação a este empreendimento, a sua empresa chegou a formular TAC com o MP; que as questões ambientais do empreendimento foram completamente solucionadas junto ao IEF; que o depoente não faria nunca um empreendimento que não fosse regular e legal; que nunca imaginou que pudesse estar fazendo empreendimento que fosse posteriormente considerado por qualquer pessoa como irregular. [...].

Deveras cômoda a posição adotada pelo réu, entretanto as provas amealhadas aos autos dão conta de que o referido, pessoalmente ou por intermédio de terceiro, vendeu lotes do terreno de que era proprietário, com a ciência de que não estavam devidamente regularizados perante os órgãos públicos.

As testemunhas A.J.C., J.M. e A.P.F., compradores das glebas, deixaram claro que adquiriram o imóvel junto ao ora apelante F. e confirmaram que se tratava de um loteamento com características urbanas, servido de água, calçamento, energia elétrica, inclusive com o ônus de pagamento do IPTU. Vejamos:

[...] que o depoente comprou três glebas na Fazenda Cachoeirinha, junto ao próprio Frederico Godinho, mas não conseguiu registrar porque é irregular; que o loteamento é irregular por que não tem desmembramento junto ao Registro de Imóveis, não tem projeto aprovado na prefeitura, não tem aprovação junto aos órgãos ambientais; que o depoente construiu uma casa em sua gleba; que a sua casa tem luz, água, não tem esgoto, mas tem foça; que o local tem calçamento e luz pública; que, entretanto, até hoje o empreendimento não foi regularizado; que não se lembra quanto pagou nas suas 03 glebas; que o depoente tratou tudo com o F.G., não teve contato com E.; que F. usou de sua obra para fazer propaganda do empreendimento na *Revista Pauta Econômica*; que ficou inimigo do F. porque quando foi conversar com ele sobre a entrega do empreendimento houve um desacordo com o depoente; que quando adquiriu suas glebas não sabia das irregularidades; que o depoente adquiriu gleba rural e, não obstante, paga IPTU; que as suas 03 glebas medem aproximadamente 3.000 metros quadrados; que antes de comprar suas glebas, não procurou saber da regularidade do empreendimento porque confiou no F.G. que é homem que tem 40 anos no mercado imobiliário da cidade; que, inclusive, isso também aconteceu com um promotor de justiça - Dr. J.L. que confiou no empreendimento; da defesa: que tem conhecimento que adquiriu um percentual de fração ideal, baseado em planta elaborada pelo empreendimento; que o depoente entrou na posse da área que adquiriu; que ficou sabendo posteriormente que as escrituras do empreendimento eram registradas contrariando a instrução 213/93 da Corregedoria de Justiça; que o depoente fez uma denúncia e, depois de sua denúncia, a diretoria do Foro suspendeu o registro dessas escrituras; que já falou com o MP que o crime cometido é crime contra a administração pública e não ambiental; que o depoente tem uma ação que promoveu em face do F.G. da C.E., propugnando a obrigação de fazer a regularização do empreendimento; que existem outras ações conexas à referida ação, pois deixou de efetuar alguns pagamento em função da Lei nº 6.766 e notificou os réus deste fato; que fez várias denúncias contra F.G. junto ao MP, que não tomou nenhuma providência; que todas as denúncias tem o mesmo objeto, falta de regularização do empreendimento; que tem conhecimento que existe movimento na prefeitura há mais de cinco anos para regularização do empreendimento, assim como na Câmara dos Vereadores, que existem/várias pessoas residindo na localidade que hoje/se denomina Residencial Pomar da Serra; [...] - depoimento de A.P.F., f. 268/285.

[...] que o depoente comprou uma granja no Pomar da Serra, junto ao F.G. e na ocasião diziam que estavam regularizando o loteamento, mas até o presente momento o loteamento não foi regularizado; que na verdade, quando foi verificar na Prefeitura, não havia nem a distribuição das glebas; que, na época, pagou em torno de R\$ 20 000,00 parcelado, para o F.G.; que fez contato direto com F.G.; que não teve contato com E., apenas o conheceu, mas o seu negócio foi feito todo com o F.G.; que existem outras pessoas na mesma situação, mas não pode precisar o nome ; que paga IPTU da sua gleba normalmente; que tomou conhecimento que houve problema junto aos órgãos ambientais; que soube em torno dos lagos não poderiam construir nada, teria que haver regularização e os lagos foram os principais atrativos para comprar a granja - que sua granja tem aproximadamente 1.300 metros quadrados; que construiu uma casa na sua granja; que até hoje não conseguiu passar a escritura; que parece que não tinha autorização junto à prefeitura para fazer aquele loteamento; que paga o IPTU e loteamento; que o depoente tem luz em sua casa e paga IPTU e tem água do condomínio; que o esgoto é sistema de foça - que não tem documentação da propriedade e não pode vender sua gleba se quiser; da defesa: que não sabe qual é a diferença entre comprar uma fração ideal de terreno e comprar um lote; que não tem conhecimento, houve pessoas antes do depoente que conseguiram registrar a escritura; que o local tem calçamento e luz pública [...] - depoimento de J.P.

[...] que, em 2008, comprou uma gleba de 1.088 metros quadrados no empreendimento Residencial Pomar da Serra, pagando R\$29.700,00; que comprou pessoalmente nas mãos do Sr. F.G. que disse que o empreendimento estava regular, que firmou um contrato de compromisso de compra e venda; que, pelo que sabe, comprou um

lote de terreno e, inclusive, foi informado que se tratava de um lote urbano, tanto que lhe foi entregue um carnê de IPTU, imposto que paga até hoje; que não conseguiu a escritura definitiva porque não tem registro do empreendimento no cartório, como Residencial Pomar da Serra, lote urbano, que o empreendimento não tem projeto aprovado na prefeitura - que tem conhecimento o IEF autorizou a construção dos lagos, mas não sabe se está regular; que até hoje não conseguiu regularizar a situação do seu lote; que o depoente colocou posteamento, mas não fez a ligação de energia, tendo em vista a irregularidade; que também tem água, mas não está sendo usado - que não tem esgoto, porque é foça; que no local tem calçamento e luz pública - que hoje autuação por parte do IEF de todas as áreas que estão em área de preservação permanente e que foi feita alguma intervenção; que a Associação de Moradores fez um movimento para tentar a regularização junto à Prefeitura, o que foi impossível, porque houve informação de que existe uma lei federal que impede o parcelamento de área urbana de preservação permanente - que o depoente não conseguiu regularizar o seu terreno até hoje; que, por esse motivo, entrou com ação judicial, pedindo a rescisão do contrato firmado com a empresa do empreendimento; que esta ação já foi julgada procedente em primeiro grau e está no Tribunal para o julgamento do recurso; que comprou a sua área de terra em confiança ao F.G., que, inclusive, já estava no Mercado Imobiliário há mais de 40 anos, segundo as próprias palavras dele; da defesa: que, no , constava que o depoente estava comprando uma fração ideal de um terreno; que o loteamento consta mais de 100 lotes; que não sabe ao certo quantas pessoas construíram no loteamento; que tem conhecimento de duas pessoas que entraram com ação judicial contra o F.G., o depoente e o Dr. C.; que o seu advogado no Processo de Rescisão é o Dr. A.; que o A. falou que em razão desses fatos ficou inimigo do F.G.; que não sabe se esta demanda é questão de honra para A.; [...] (testemunho de A.P.F.).

Nesse ínterim, a testemunha A.L.P., que trabalhava no Instituto Estadual de Florestas e participou da fiscalização no empreendimento do réu, também prestou depoimento sob o crivo do contraditório:

[...] que, no ano de 2011, trabalhava em Juiz de Fora; que trabalhava no IIEFF; que, na época, trabalhava no IEF, cargo comissionado; que o MP solicitou ao IEF que procedesse a uma fiscalização junto ao empreendimento contido na denúncia, juntamente com a polícia do meio ambiente; que confirma o constante do relatório de f. 10/15 e que foi elaborado pelo depoente. [...] que quando o depoente foi acionado a comparecer ao local por solicitação do MP pôde verificar que com relação a empresa havia intervenções feitas por ela com autorização do próprio IEF, alguma como medida compensatória, mas naquela época verificou que a empresa ré não cumprira com o que fora estabelecido pelo IEF; que como não houve o cumprimento restou lavrado um auto de infração contra a empresa ré; que para o IEF, a empresa ré não cumpriu com as medidas compensatórias; que a polícia do meio ambiente foi quem lavrou o auto de infração. [...] (f. 264).

Extrai-se do referido relatório, emitido pelo IEF (f. 25/35):

[...] o empreendimento, caracterizado como um loteamento urbano, com fins residenciais, deveria ser previamente aprovado pelo município, de acordo com a legislação urbanística [...] Em decorrência desta forma irregular de ocupação do ambiente rural, sem a devida informação sobre as áreas com restrições ambientais, os adquirentes dos lotes realizam intervenções ambientais sem prévia autorização dos órgãos competentes e com evidente prejuízos ao meio ambiente. Neste sentido, cabe ao proprietário/infrator (empresa Campestre Empreendimentos Rurais Ltda.) a aplicação de penalidade, conforme art. 86, inciso III, código 319, do Decreto 44.844/08. [...].

O corretor de imóveis A.E.T.J., que trabalhou na empresa do réu, também afirmou:

[...] que trabalha nas Empresas de F.G. há mais de 10 anos; que, quando lançaram o empreendimento Pomar da Serra, fracionaram a Fazenda Cachoeirinha em glebas e venderam frações ideais daquela propriedade; que trabalhavam com condomínio pró-diviso, delimitando exatamente as áreas adquiridas pelos interessados, havia uma planta e uma prévia medição topográfica, com os marcos no terreno; que houve apresentação junto ao IEF da área de reserva legal e um termo de ajustamento de conduta junto ao MP; que a prefeitura naquela época não in-

tervia nesse tipo de empreendimento considerado como área rural; que posteriormente o empreendimento veio a ser considerado em área urbana, em virtude da expansão urbana; que vários adquirentes conseguiram registrar as suas frações junto ao registro de imóveis; que parece que isto parou de acontecer porque os registros estavam sendo feitos individualmente, quando deveriam ser feitos de forma coletiva; que não sabe qual foi a autoridade que proibiu a continuação dos registros das frações ideais; que as pessoas quando adquiriam, sabiam que estavam adquirindo frações ideais e o instrumento de aquisição era particular; que o empreendimento foi 95% vendido; que já existem muitas casas, de alto padrão naquele local, que o empreendimento tem muito boa estrutura, tem portaria, calçamento, rede elétrica, com iluminação pública, distribuição de água potável, captação pluvial e arborização viária muito bem feita; que tem conhecimento apenas de um adquirente que está brigando contra o empreendimento, que é justamente o Sr. A.C.; que uma parte de uma das ruas adentrou na área de preservação e foi feito um ajuste com o IEF para compensação em outra área do empreendimento, inclusive, maior; que alguns adquirentes não respeitaram a área delimitada pelo empreendimento como APP e foram multados pelo IEF; que era comum em Juiz de Fora realizar empreendimentos com o sistema de venda de frações ideais; RMP: que o depoente é corretor de imóveis autônomo e vende imóveis do grupo G.; que quando vendiam as glebas, explicavam aos adquirentes que estavam comprando fração ideal e por isso compravam uma percentagem do terreno; que explicava aos compradores que o correto era passar escritura coletivamente, mas que o cartório estava aceitando fazer individualmente naquela hora; que até então não tinham tido nenhum problema na hora de registrar; que tem conhecimento que muitos condôminos estão na mesma situação em Juiz de Fora; que não sabe informar exatamente quais seriam as irregularidades [...].

A testemunha P.R.S., funcionário da Prefeitura de Juiz de Fora, também prestou esclarecimentos perante autoridade judiciária:

[...] que exerceu cargo de Secretário de Atividades Urbanas de 1998 a 2002: que é funcionário de carreira da prefeitura de Juiz de Fora, onde trabalhou desde 1983 e aposentou há 04 ou 05 anos; que já trabalhou no departamento de controle urbanístico e secretaria de obras; que a fiscalização de loteamentos era afeta à Secretaria de Atividades Urbanas; que a Prefeitura não interferia nos loteamentos rurais, estes que eram feitos mediante a intervenção do Incra e registrados diretamente em cartório; que os cartórios de registro de imóveis registram glebas com módulos mínimos de até 20.000 metros quadrados; que não tem conhecimento se costumava fazer parcelamentos de glebas em referida dimensão porque não passava pela Prefeitura tal situação; que não tem conhecimento se podia fazer parcelamento por fração ideal em referida situação; que tem conhecimento de amigos que compraram/frações ideais em áreas rurais, mas não tomou conhecimento disso como secretário; que tem conhecimento por amigos que os cartórios registravam tais situações e os tabelionatos lavravam as escrituras; [...].

Outrossim, a Prefeitura de Juiz de Fora emitiu a Certidão de f. 60, certificando expressamente que:

[...] não consta, na Prefeitura de Juiz de Fora, loteamento denominado “Residencial Pomar da Serra”, no endereço citado ou outro município de Juiz de Fora [...].

[...] o parcelamento supracitado foi realizado diretamente no Cartório de Registro de Imóveis, não havendo projeto aprovado pela Prefeitura de Juiz de Fora para esse fim [...].

[...] o imóvel onde foi realizado o parcelamento citado, denominado Fazenda Cachoeirinha, encontra-se situado na área urbana do Município [...].

[...] possui rede de iluminação pública, meio fio e calçamento, com canalização de águas pluviais, atendendo, assim, os incisos do art.32 do CTN [...].

Tem-se, ainda, os contratos de compra e venda de f. 09/11,12/14, 15/17, 18/20 e o registro imobiliário de f. 21/22, os quais demonstram que o réu efetuou o fracionamento da área de terras de sua propriedade (matrícula nº 57.682 - 3º Ofício de Registro de Imóveis de Juiz de Fora/MG) e, após, realizaram a venda de porções, separadamente, como se lotes fossem, sem qualquer autorização do órgão público competente, porquanto não registrado no Cartório de Registro de Imóveis, em total desacordo com o que dispõe a legislação relativa ao parcelamento de solo urbano, e ainda, causando prejuízos ambientais.

Vê-se, portanto, que a existência de loteamento irregular foi confirmada pelas provas testemunhais e também pelas provas documentais.

Assim, subsume-se a conduta perfeitamente ao que dispõe o art. 50, I, da Lei nº 6.766/79, na sua forma qualificada (art. 50, parágrafo único, I), uma vez que foi praticado por meio de venda e promessa de venda, e art. 51 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 50. Constitui crime contra a Administração Pública:

I - dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios.

[...]

Parágrafo único. O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

I - por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente.

Art. 51. Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta Lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade.

Por tais razões, o pleito de absolvição por ausência de tipicidade não merece prosperar.

Do pleito de absolvição por ausência de dolo ou erro de fato.

Do mesmo modo, não há que se falar em ausência do elemento subjetivo. O recorrente tinha plena consciência da ilegalidade de sua conduta, sendo certo que o fato de a empresa realizar essa prática com habitualidade não exclui a ilicitude da conduta do réu.

Além disso, ainda que o recorrente, em um primeiro momento, não tivesse ciência da ilicitude de sua conduta, o que se afirma aqui a título argumentativo, não resta a menor dúvida que após a intervenção do Ministério Público e do IEF os mesmos passaram a ter consciência de tal ilicitude, tanto que assinou termo de ajustamento de conduta para regularizar as questões ambientais, bem como apresentou resposta

à notificação emitida pelo Ministério Público (f. 36/38), não havendo que se falar em ausência do elemento subjetivo (dolo).

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no recurso especial. Penal e processo penal. Parcelamento ou loteamento irregular do solo urbano (art. 50, inciso I, e parágrafo único, I e II, da Lei nº 6.766/1979). Aptidão da denúncia. Tipicidade. Matéria superada por sentença condenatória superveniente. Dosimetria. Pena-base. Culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime. Valoração negativa. Exasperação fundada em elementos concretos. Multa. Redução. Princípio da proporcionalidade. 1. A denúncia expôs o fato criminoso, com todas as circunstâncias relevantes para o entendimento do caso concreto. A tipicidade penal ressaltou evidente quando, a partir da descrição fática, imputou-se ao agravante a adesão subjetiva, livre e consciente, ao grupo de pessoas responsáveis pela implantação do loteamento clandestino denominado “Mansões Chácaras do Lago”. 2. Conforme a peça acusatória, o envolvimento do agravante com o fato delitivo não se limitou apenas à prática de atos tendentes à manutenção do loteamento irregular. Além de se postar como proprietário da área parcelada, sem, no entanto, possuir justo título, o agravante cuidou de contratar mão de obra para realizar a abertura de ruas e o fracionamento do imóvel de forma desautorizada, isto é, sem a indispensável outorga do Poder Público local. Registrou, ainda, a intenção de faturar - vinte a trinta milhões de reais - com a comercialização dos lotes urbanos. Assim, não há se falar em ausência de tipicidade da conduta denunciada que, de modo bastante claro, se amolda à figura do 50, I e parágrafo único, I e II, da Lei nº 6.766/1979. [...] (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 14/2/2017, DJe de 17/2/2017).

Não destoam o entendimento deste Sodalício:

Apelação criminal. Loteamento irregular. Preliminares. Prescrição retroativa. Não ocorrência. Suspensão condicional do processo. Inviabilidade. Prefaciais rejeitadas. Mérito. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. Dosimetria. Isenção da pena de multa. Descabimento. Substituição da espécie de pena restritiva. Impossibilidade. Prestação pecuniária fixada em patamar superior ao mínimo legal. Ausência de fundamentação. Redução.- necessidade. Recurso parcialmente provido. [...] - Incorre nas sanções do art. 50, I, parágrafo único, I, da Lei nº 6.766/79, o agente que efetua loteamento sem autorização do órgão público competente. [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0558.06.001567-1/001, Relator: Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, j. em 16/2/0016, p. em 24/2/2016).

Diante das razões expostas, não há falar em absolvição do réu, seja por ausência de provas para embasar a condenação, seja por ausência de dolo, ou seja por erro de fato, afastando-se a pretensão da defesa.

Do pleito de condenação do denunciado E.G.P.

Por outro lado, o representante do Ministério Público pleiteia pela reforma da sentença e condenação do denunciado E.G.P.

Contudo, entendo que agiu com acerto o magistrado singular ao absolvê-lo.

Pela análise do cotejo analítico, percebe-se que as negociações do loteamento não foram feitas por E.

Durante interrogatório, o referido afirmou:

[...] que o depoente é sócio da empresa Campestre Empreendimentos Rurais Ltda. e participou também da estruturação do granjeamento na Fazenda Cachoeirinha, mas somente participou na parte de realização das obras estruturais, não participando das negociações com os adquirentes; que fracionaram a Fazenda Cachoeirinha em

módulos de 20.000m quadrados e venderam quase todos; que com relação à regularização do granjeamento junto à prefeitura e cartório de registro de imóveis, o depoente sempre orientou os interessados a procurar informações com o senhor F. e a Dra. S. que ficaram responsáveis pela parte formal do empreendimento; que se lembra entretanto que alguns adquirentes de módulos de tal empreendimento conseguiram registrar escrituras dos módulos por eles adquiridos; que somente depois foi que surgiram algumas pessoas que não estavam mais conseguindo registrar os seus imóveis; que ficou sabendo então que foi proibida a lavratura de escritura e o registro de compra e venda de módulos rurais; que não sabe quem proibiu, até porque, anteriormente, os adquirentes conseguiam registrar as escrituras de frações ideais adquiridas; que logo depois de concluídas as obras, tiveram muitos elogios sobre o empreendimento, os clientes ficaram muito satisfeitos e somente depois foi que surgiu um problema que deu margem a este processo; que não sabe por que exatamente surgiu este problema deste processo; que já fizeram outros empreendimentos iguais e nunca tinham tido nenhum problema; que o empreendimento tem toda a infraestrutura necessária e exigida para loteamento, tem inclusive as mesmas diretrizes que a Prefeitura de Juiz de Fora exige; que pode falar isto porque foi o responsável pelas obras; que nunca respondeu a nenhum processo em sua vida; RMP: que não sabe informar porque não houve regularização junto à Prefeitura, pois não tem conhecimento desta parte formal do empreendimento; defesa: que o depoente tem 1% de participação na empresa Campestre sem direito a participação; que recebe um percentual decorrente dos empreendimentos; que não tem nenhum poder de decisão na empresa. [...].

Como bem asseverado pelo Magistrado singular, o Contrato Social da Campestre Empreendimentos Rurais Ltda. dispõe em sua 7ª cláusula que “a gerência da sociedade será exercida unicamente pelo sócio F.M.G., [...] e o sócio E.G.O. não terá função na sociedade, apenas participará como quotista”, o que nos leva à observância do preconizado no art. 51 da Lei nº 6.766/79, *verbis*:

Art. 51. Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta Lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade.

Destarte, os compradores das glebas confirmaram, claramente, que não tiveram contato com o denunciado E.

Ora, é sabido que direito penal não pode se contentar com suposições, nem conjecturas desfavoráveis ao réu. O édito condenatório deve estar amparado em um conjunto fático-probatório coeso e harmônico, o que não ocorreu no caso dos autos.

No processo penal, o ideal é que a verdade jurídica descrita nos autos chegue o mais próximo possível da verdade real. Com efeito, as provas no direito processual penal têm como objetivo a reconstrução dos fatos ocorridos, buscando a maior coincidência possível com a realidade fática.

Nesse contexto, impõe-se ressaltar que uma condenação não pode estar baseada em meros indícios e suposições, mas, sim, fundamentar-se em provas inequívocas e cabais acerca da autoria delitiva.

Em situações semelhantes, este Sodalício já decidiu:

Apelação criminal. Furto. Art.155, § 4º,IV, do CP. Autoria não comprovada. *In dubio pro reo*. Absolvição. Necessidade. - Para a prolação de um decreto penal condenatório, é indispensável prova robusta que dê certeza da existência do delito e seu autor. Assim, não se vislumbrando evidências de que o apelante teria praticado o crime que lhe fora imputado, deve-se invocar o princípio *in dubio pro reo*, para se absolver o mesmo (TJMG - Apelação Criminal 1.0118.13.002148-8/001, Relator: Des. Jaubert Carneiro Jaques, 6ª Câmara Criminal, j. em 13/12/2016, p. em 24/1/2017).

Apelação criminal. Irresignação ministerial. Condenação pela prática dos delitos de receptação e associação criminosa. Insuficiência de elementos para um juízo seguro sobre a prática delitiva. Dúvida que favorece aos réus. Absolvição mantida. Crime de furto. Reconhecimento da qualificadora do emprego de chave falsa. Impossibilidade. 1 - Meros indícios não são suficientes para embasar a condenação, portanto, se os elementos probatórios mostram-se frágeis acerca da autoria, a manutenção da absolvição é medida que se impõe, sob pena de violação ao princípio do *in dubio pro reo*. 2 - O delito previsto no art. 288 do CP exige, como pressuposto para sua configuração, a presença de vínculo associativo estável e permanente entre os agentes, visando ao planejamento e à execução de crimes diversos. 3 - Se a Confissão na fase policial restar isolada, estando a retratação em Juízo corroborada pelas demais provas orais, inclusive as declarações da própria vítima, é inviável o reconhecimento da qualificadora do emprego de chave falsa (TJMG - Apelação Criminal 1.0216.14.008695-2/001, Relator: Des. Octavio Augusto De Nigris Boccalini, 3ª Câmara Criminal, j. em 29/11/2016, p. em 24/1/2017).

Apelação criminal. Crime de furto. Provas insuficientes da autoria delitiva. Possibilidade de aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Absolvição. - Não demonstrada de forma suficiente a autoria em relação à prática do delito de furto, a absolvição do réu é medida que se impõe. - Ausentes provas suficientes, imperiosa é a aplicação do princípio *in dubio pro reo* (TJMG - Apelação Criminal 1.0625.11.011142-8/001, Relator: Des. Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, j. em 1º/12/2016, p. em 12/12/2016).

Entende-se, então, que, à míngua de provas robustas quanto à autoria delitiva, impossível a condenação do referido acusado, eis que, como dito alhures, não basta, para tanto, somente a presença de indícios isolados ou a mera certeza moral da ocorrência do delito.

Para que se possa concluir pela condenação, necessário que as provas juntadas ao longo da instrução revelem, de forma absolutamente indubitável, a responsabilidade pelo crime que fora imputado, o que, repisa-se, não é o caso dos autos.

Diante do exposto, haja vista a dúvida quanto à prática do delito imputado ao apelado E.G.P., a manutenção da sentença absolutória é a medida que se impõe, por imposição do princípio *in dubio pro reo*.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci leciona:

Na relação processual, em caso de conflito entre a inocência do réu - e sua liberdade - e o direito-dever do Estado de punir, havendo dúvida razoável, deve o juiz decidir em favor do acusado. [...] Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se prove o contrário. Por isso, melhor refletindo, a sua posição, no contexto dos princípios, situa-se dentre aqueles vinculados ao indivíduo e, ainda, é constitucional implícito. Na realidade, ele se acha conectado ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), constituindo autêntica consequência em relação ao fato de que todos os seres humanos nascem livres e em estado de inocência. Alterar esse estado dependerá de prova idônea, produzida pelo órgão estatal acusatório, por meio do devido processo legal (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 96/97).

Sendo assim, preserva-se a absolvição.

Dosimetria da pena.

Passo, pois, à análise da pena, eis que objeto de irresignação dos recorrentes.

No que se refere à dosimetria da pena, conforme sabido, nosso ordenamento jurídico adotou o critério trifásico, consoante a orientação do art. 68 do CP, *in verbis*:

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

Elucida o doutrinador Julio Fabrini Mirabete que o referido sistema

[...] possibilita ao julgador a faculdade controlada de escolher a sanção mais adequada ao delinquente sem esquecer a gravidade objetiva do crime ou as suas consequências particulares. Esse critério tem por base o estabelecimento de determinadas circunstâncias que tornam o fato mais, ou menos, grave (MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 13. ed. 1998, p. 286).

Retira-se do exposto que, para fixação da pena-base dever-se-á levar em consideração as circunstâncias inominadas, previstas no art. 59 do CPB. Leia-se:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

De sorte que, ao valorar as circunstâncias judiciais no caso concreto, é perfeitamente possível que o julgador, motivadamente, eleve a pena-base.

Primeira fase de aplicação da pena.

Analisando os termos da sentença, verifica-se que o Magistrado considerou desfavoráveis ao réu F.M.G. os vetores da culpabilidade, motivos, circunstâncias, consequências e comportamento da vítima, entretanto, fixou a pena-base no mínimo legal, qual seja, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

No que se refere à culpabilidade, tem-se que seu conceito costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, sintetizados da seguinte maneira:

[...] a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam o conceito tripartido, como elemento do crime. [...] (STJ, HC Nº 237.791 - DF (2012/0065062-6) - Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. em 9/12/2014).

No contexto da análise da dosimetria da pena, deve ser entendida a culpabilidade como limite à sanção estatal, que permite a mensuração do grau de reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.

Mostra-se legítimo o aumento da pena-base, pelas circunstâncias da culpabilidade na medida em que fundamentada em elementos que extrapolam os inerentes ao tipo penal imputado, demonstrando, assim, especial reprovabilidade da conduta, justificando validamente o aumento da pena-base.

Paulo César Busato sustenta que

[...] os limites da liberdade de agir implicam em proporcional reprovação desse agir. Assim, a culpabilidade representa também o grau de reprovabilidade de cada conduta em face do seu contexto. É uma medida de intensidade, da qual decorre a ideia de proporcionalidade (BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*. Parte Geral. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 525).

No caso concreto, entendo que o argumento utilizado pelo Magistrado, qual seja, o fato de a conduta do agente ser reprovável, não se faz suficiente para valorar negativamente o vetor da culpabilidade.

Em relação às circunstâncias do crime, segundo leciona o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt,

[...] defluem do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos de meios utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes. Não se pode ignorar que determinadas circunstâncias qualificam ou privilegiam o crime ou, de alguma forma, são valoradas em outros dispositivos, ou até mesmo como elementares do crime. Nessas hipóteses, não devem ser avaliadas neste momento, para evitar a dupla valoração (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 667).

As circunstâncias devem ser sopesadas de forma desfavorável, ante o desprestígio que o réu demonstrou para com a administração pública.

Em relação às consequências, cumpre assinalar que 'a valoração das consequências do crime exige um *plus* que deriva do ato ilícito praticado pelo agente, não podendo ser próprio do tipo. Não podemos valorar a morte no homicídio, a subtração de coisa móvel no furto, a existência de ferimentos nas lesões corporais, pois todos são resultados inerentes ao respectivo tipo penal' (SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória, teoria e prática*. 7. ed. Editora Juspodivm, p. 140).

De certo que, na hipótese dos autos, as consequências devem ser consideradas desfavoráveis ao réu, pois sua conduta ensejou prejuízos não só à vítima, mas também ao meio ambiente.

No que se refere aos motivos do crime, foram os inerentes ao tipo penal e não relevam maior desvalor.

Outra situação, o STJ entende que 'quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado 'neuro' ou 'normal' à espécie, não há falar em consideração desfavorável ao acusado. Nesse sentido: HC nº 95.675 MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 28/3/2011; HC nº 178.148 MS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 24.2.2012) (AREsp 669649, Ministro Sebastião Reis Júnior, j. em 31/3/2015).

De tal modo que, a vítima em si, que foi trazida aos autos, é policial militar e tal situação é de se esperar do exercício regular da função.

Dessa forma, considerando a valoração negativa dos vetores circunstanciais do crime e consequências, fixo a pena-base no patamar de 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Segunda fase de aplicação da pena.

Na segunda fase, presente a atenuante da maioria, prevista no art. 65, inciso I, CP, razão pela qual diminui-se a pena em 1/6, tornando-a em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa. Anoto inexistir circunstância agravante.

Terceira fase de aplicação da pena.

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento ou diminuição, convolo em definitiva a pena do réu F.M.G. em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Regime de cumprimento da pena.

Em face do *quantum* da pena aplicado (inferior a quatro anos), mantenho a fixação do regime aberto, tal como definido na sentença, em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, *a e b*, e § 3º, do Código Penal.

Substituição da pena de prestação de serviços por outra pena pecuniária.

De igual modo, mantenho a substituição da pena corporal por restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, nos moldes determinados na sentença.

Nesse tocante, insta salientar que se mostra incabível a substituição da prestação de serviços à comunidade por outra pena pecuniária, pois o cumprimento daquela é indispensável para a ressocialização do acusado.

Ademais, não há provas nos autos de que o réu apresente problema de saúde ou qualquer outro impedimento que inviabilize o cumprimento da medida.

Oportuno frisar que a escolha das penas restritivas de direitos elencadas no art. 43 do Código Penal, que substituem a pena privativa de liberdade, fica a critério do Julgador, cabendo-lhe escolher a que entender mais adequada ao caso em julgamento.

Logo, não é permitido ao réu escolher como irá cumprir a pena alternativa, pois, ainda que substitutiva da pena privativa de liberdade, ela não deixa de possuir caráter penal. Somado a isso, a reprimenda deve exigir do réu algum esforço para o seu cumprimento, possibilitando, dessa forma, a reprovação e a prevenção do delito.

Isso posto, registre-se que a escolha da pena a ser aplicada fica a critério do Magistrado, que opta por aquela que entender melhor a atingir o seu fim social, não havendo prioridade entre elas.

Nesse sentido já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Estelionato. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade, autoria e dolo comprovados. Redução da pena-base. Inviabilidade. Redução da prestação pecuniária. Impossibilidade. Alteração da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por outra espécie. Inviabilidade. Obrigação de reparar danos. Exclusão. Recursos parcialmente providos. [...] 4 - Não merece ser acolhido o pleito de alteração da pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade por outra espécie, na medida em que não é permitido ao acusado escolher como irá cumprir a pena alternativa. Além disso, a reprimenda deve exigir do réu algum esforço para o seu cumprimento, possibilitando, desta forma, a reprovação e a prevenção do delito [...]

(TJMG - Apelação Criminal 1.0702.10.043611-3/001, Relator: Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, j. em 18/8/2015, p. em 24/8/2015).

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Reprimenda. Incidência da atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade. Pena-base fixada no mínimo legal. Súmula nº 231 do STJ. Alteração da pena restritiva de direito imposta. Inviabilidade. Suspensão de direitos políticos. Restabelecimento inviável. Determinação constitucional. Recurso não provido. - [...] - É discricionariedade do Magistrado aplicar as penas restritivas de direitos que entender compatíveis às circunstâncias do caso concreto e também pessoais do acusado. - [...]. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.10.044109-6/002, Relator: Des. Nelson Missias de Moraes, 2ª Câmara Criminal, j. em 7/7/2016, p. em 18/7/2016).

Suspensão condicional da pena.

Quanto ao pleito de suspensão condicional da pena, mantenho a negativa, em reverência ao juízo primevo, posto que tal benesse não condiz com as exigências da repressão da pena do acusado.

Prescrição.

Vencida esta parte e considerando a pena *in concreto* aplicada ao acusado, deve ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa.

A prescrição retroativa, segundo Cezar Roberto Bittencourt, “leva em consideração a pena aplicada, *in concreto*, na sentença condenatória, contrariamente à prescrição *in abstracto*, que tem como referência o máximo de pena cominada ao delito” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 16. ed. Saraiva, 2011, p. 815).

In casu, a reprimenda aplicada ao apelante foi de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, pelo que a prescrição ocorreria pelo transcurso do prazo de 04 (quatro) anos, nos termos do inciso VI, do art. 109, que assim dispõe:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

[...].

Feitas tais considerações, evidencia-se que, entre a data do recebimento da denúncia (15/12/2011) e a data da publicação da sentença (15/2/2017), transcorreram mais de 05 (cinco) anos, sem que tenha havido causa interruptiva ou suspensiva do prazo prescricional.

Logo, tendo em vista que o lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença penal condenatória foi de mais de 04 (quatro) anos, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva retroativa e, por conseguinte, a extinção da punibilidade, nos termos dos arts. 107, IV, 109, VI, e parágrafo único, e 110, § 1º, todos do Código Penal.

Diante o exposto, a declaração da extinção da punibilidade é medida que se impõe, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na sua forma retroativa.

Declaro, pois, a prescrição retroativa.

Com tais considerações, com fulcro no art. 93, inciso IX, da Constituição da República c/c art. 61 do Código de Processo Penal, dou parcial provimento ao recurso ministerial, para fixar a pena-base acima do mínimo legal e, via de consequência, majorar a reprimenda aplicada ao réu F.M.G., concretizando-a em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, procedendo-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, nos moldes determinados na sentença, bem como dou parcial provimento ao recurso da defesa, para declarar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art.107, IV, do CPB.

Determino, em via de consequência, a baixa nas notas de culpa, fazendo-se desaparecer toda e qualquer anotação atinente a esse processo.

Com fulcro no art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 237, de 23/8/2016, comunique-se ao juízo da execução sobre o inteiro teor do presente julgamento.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARDORES KÁRIN EMMERICH e EDISON FEITAL LEITE.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, DECLARANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO APELANTE, PELA PRESCRIÇÃO.

• • •

Agravo em execução penal - Remição da pena pelo trabalho externo - Microempreendedor - Possibilidade - Ausência de vedação legal - Benefício concedido anteriormente pelo mesmo labor - Recurso parcialmente provido

- A remição pelo trabalho é permitida ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto, sendo que, a cada três dias trabalhados, deverá ser remido um dia da pena, nos termos do art. 126 da LEP, inexistindo na LEP qualquer óbice à concessão do benefício quando o trabalho é realizado fora do estabelecimento prisional.

- Tendo sido consideradas válidas, para deferimento da remição, as horas de labor desempenhadas no ano de 2015 nas mesmas condições de empreendedor, não de ser também reputados aptos à concessão da benesse os períodos referentes a 2016, à exceção dos documentos fiscais não juntados nos autos de origem.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0713.08.080544-1/006 - Comarca de Viçosa - Agravante: M.V.C.J. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. MATHEUS CHAVES JARDIM

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em dar parcial provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de agravo em execução interposto por M.V.C.J., no qual se insurge contra a decisão proferida pelo MM. Juiz da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Viçosa (f. 08/09-TJ), a indeferir o benefício da remição da pena em decorrência do desenvolvimento de trabalho externo, pelos serviços prestados como microempreendedor.

Salienta possuir o agravante autorização do juízo para desempenhar a atividade, sendo anexadas aos autos as respectivas guias tributárias e notas fiscais a atestarem a prestação do labor, sendo identificados os clientes.

Alega que o agravante não pode ser prejudicado sob o argumento de ausência de fiscalização, ressaltando a escassez de emprego e sua dedicação no desempenho da atividade autônoma.

Ressalta haver sido concedida a remição de pena em momento pretérito, exarando o magistrado entendimento diverso acerca do tema.

Pugna o agravante pela reforma da decisão objurgada, deferindo-lhe a remição de 19 dias, pelos 56 dias trabalhados no ano de 2016.

Contrarrazões às f. 28/29, propugnando o MP pelo improvimento do recurso.

O Juízo *a quo* manteve a decisão guerreada à f. 38.

A Doutra Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do agravo às f. 46/49.

É o relatório. Passa-se à decisão.

Conheço parcialmente do recurso, impondo-se considerar que os documentos fiscais de 8/8/2016, 11/8/2016, 13/8/2016, 16/8/2016, 22/8/2016, 25/8/2016 e 29/8/2016 (f. 19/22) não foram juntados ao processo executivo, conforme apontado pelo *Parquet* às f. 28-v, configurando a análise direta por este Tribunal evidente supressão de instância.

Informara o Promotor de Justiça, ainda, que as guias tributárias de julho e agosto de 2016 somente foram adimplidas em 27 e 28 de setembro de 2016, após manifestação ministerial, demonstrando se tratar de “empresa fantasma”, criada para evasão diária sob pretexto de desempenho de trabalho extramuros.

Ademais disso, ressaltara o IRMP a existência de nota fiscal de um serviço supostamente prestado em um domingo, dia sem labor extramuros, em endereço no qual certificara o oficial de justiça inexistir o nome indicado.

Ainda com relação aos apontamentos do *Parquet* em contrarrazões recursais, praticara o agravante falta grave em 4/11/2016, sendo declarada perda de 1/3 dos dias remidos.

Pois bem, dos documentos colacionados aos autos, infere-se haver sido deferido o trabalho externo ao agravante em 29/6/2016, conforme decisão de f. 14v., como empresário individual, asseverando o magistrado que “o apenado demonstrou possuir aptidão e responsabilidade suficientes para o exercício de labor extramuros, não podendo a suspeita de que tenha incursionado no empreendedorismo com o exclusivo objetivo de gozar de liberdade desvigiada, só por si, erigir-se em óbice intransponível à concessão da benesse diretamente atrelada aos objetivos da sanção penal”.

Requerida a remição pelo agravante, restara indeferido pelo magistrado em decisão de f. 08/v., ao argumento de que, embora o enveredamento pelo microempreendedorismo não impossibilite o deferimento do trabalho externo, é incompatível com o instituto da remição, em razão de o trabalho ser exercido sem controle externo.

Como cediço, a remição pelo trabalho é permitida ao condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto, sendo que a cada três dias trabalhados, deverá ser remido um dia da pena, nos termos do art. 126 da LEP.

Porém, o aludido dispositivo não faz qualquer distinção quanto ao local de prestação do serviço, sendo, portanto, indiferente se a atividade laborativa ocorre interna ou externamente ao ambiente carcerário.

Desse modo, a imposição de restrição à concessão do referido benefício apenas àqueles que prestarem serviço nas dependências do estabelecimento prisional não condiz com os preceitos estabelecidos na norma, frustrando os objetivos da execução penal, dentre os quais merece relevo aquele que prevê a harmônica integração social do condenado. Além disso, ao julgador não é lícito criar restrições à concessão de benefícios executórios, sob pena de, ao fazê-lo, incorrer em violação do princípio constitucional da legalidade.

Traz-se à colação, ao ensejo:

Agravo em execução penal. Remição pelo trabalho. Comprovação de vínculo formal. Prescindibilidade. Ausência de previsão legal. Óbice afastado. Recurso parcialmente provido. - A Lei não prevê que o controle da jornada de trabalho seja realizado mecânica ou eletronicamente e tampouco a necessidade de demonstração de vínculo formal como condições à concessão do benefício da remição pelo trabalho (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0512.15.008191-1/001, Rel. Des. Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal, j. em 7/3/2017, p. em 15/3/2017).

Ademais, informara o magistrado às f. 55/57 que a pena do agravante já tinha sido remida (decisão f. 56) em razão do trabalho como microempresário individual desenvolvido entre 24 de janeiro de 2015 e 02 de junho de 2015, labor comprovado mediante a juntada das notas fiscais dos serviços de informática prestados.

De sua vez, a decisão de f. 56 a conceder o benefício referente ao ano de 2015 considerou as condições impostas para o trabalho externo, desconsiderando o labor realizado a partir das 13h do sábado, domingos e feriados.

Pelo exposto, tendo sido consideradas válidas, para deferimento da remição, as horas de labor desempenhadas em 2015 nas mesmas condições de empreendedor, não de ser também reputados aptos à concessão da benesse os períodos referentes a 2016, à exceção dos documentos fiscais de 8/8/16, 11/8/16, 13/8/16, 16/8/16, 22/8/16, 25/8/16 e 29/8/16, conforme supramencionado.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso.

Custas *ex lege*.

Votaram de acordo com o relator os Desembargadores CATTA PRETA e BEATRIZ PINHEIRO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Penal - Processo penal - Crimes de dano, pichação, apologia e incitação ao crime - Preliminares - Nulidade - Investigação criminal pela Polícia Militar - Possibilidade - Juntada de documento - Possibilidade - Rede social Facebook - Informação pública - Nulidade do processo - Inocorrência - Nulidade da sentença - Inocorrência - Mérito - Crimes de dano - Absolvição - Imposição - Crimes de pichação - Absolvição - Descabimento - Autoria e materialidade comprovadas - Apologia e incitação ao crime - Absolvição - Descabimento - Autoria e materialidade comprovadas - Redução das penas-bases - Cabimento

- A excepcional realização de investigação criminal pela Polícia Militar, no interesse da Justiça e na busca da verdade real, não ofende a Constituição Federal ou a lei e, portanto, não invalida a prova produzida, ausente nulidade a ser declarada.

- A juntada de documento pela parte, em qualquer fase do processo, configura permissivo legal (art. 231 do CPP) e não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, mormente se a parte contrária teve ciência e oportunidade de se manifestar sobre tais documentos.

- A prova extraída de páginas do Facebook não afronta a privacidade e intimidade da pessoa, por se tratar de rede social pública, acessível a todos.

- Não se cogita de nulidade por cerceamento de defesa sem a devida demonstração de prejuízo.

- Não há omissão na sentença, se foram analisadas fundamentadamente todas as teses defensivas.

- Comprovadas a materialidade e a autoria dos delitos de pichação em prédio e monumento tombados, mantém-se a condenação dos acusados nas sanções do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98, afastando-se os pleitos absolutórios.

- A conduta de pichação é definida no art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98, e, pelo princípio da especialidade, afasta as figuras de dano do Código Penal (art. 163) e da Lei Ambiental (art. 62).

- Comprovadas a materialidade e a autoria dos delitos de apologia e incitação ao crime, mantém-se a condenação do acusado nas sanções dos arts. 286 e 287 do Código Penal, afastando-se o pleito absolutório.

- É de se reduzir as penas-base fixadas, se favorável parte das balizas judiciais.

- No caso da constatação de duas ou mais condenações transitadas em julgado, o Magistrado pode acolher uma delas como maus antecedentes na fixação da pena-base e a outra como agravante da reincidência, sopesando na segunda fase da dosimetria, sem ocorrência de *bis in idem* na espécie.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.15.116966-1/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: L.V.S. - 2º Apelante: D.G.V.J. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 20 de setembro de 2017. - *Júlio Cezar Gutierrez* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JÚLIO CEZAR GUTTIERREZ - D.G.V.J. e L.V.S., qualificados nos autos, foram denunciados como incurso, o primeiro, acusado nas iras dos arts. 286 e 287, ambos do Código Penal (CP), e art. 62, II (por duas vezes), e 65, § 1º (por uma vez), ambos da Lei nº 9.605/98, bem como art. 163, parágrafo único, III e IV, do CP (por três vezes), c/c os arts. 29 e 69 do CP e art. 15, II, *d, f e i*, da Lei nº 9.605/98; por sua vez, o segundo, acusado nas sanções dos arts. 62, II (por uma vez), e 65, § 1º (por uma vez), ambos da Lei nº 9.605/98, bem como art. 163, parágrafo único, III, do CP (por duas vezes), c/c os arts. 29 e 69 do CP e art. 15, II, *d, f e i*, da Lei nº 9.605/98.

Consta da denúncia que, no dia 17/10/2014, por volta de meia noite e meia, os denunciados D.G.V.J., alcunhado G.G., e L.V.S., vulgo M., em comunhão de desígnios e mediante auxílio recíproco, agindo de maneira livre e voluntária, deterioraram bem público, pertencente ao patrimônio do Estado de Minas Gerais, apondo inscrições à tinta, na cor branca, no prédio da Biblioteca Pública Estadual Luiz de Bessa, situada na Praça da Liberdade, nº 21, bairro Funcionários, em Belo Horizonte, que possui proteção em razão de seu valor arquitetônico, artístico e histórico (f. 01/05).

Foi apurado, ainda, que, na mesma oportunidade, os denunciados picharam, mediante inscrições à tinta, as estátuas em bronze dos “quatro cavaleiros do apocalipse”, monumentos urbanos que representam os escritores mineiros Otto Lara Rezende, Fernando Sabino, Paulo Mendes Campos e Hélio Peregrino, protegidos por atos administrativos de tombamento, em razão de seu valor artístico e histórico (f. 01/05).

Não bastasse, o denunciado D. pichou, em data posterior, sozinho, uma pilastra e o muro de pedras situado na parte externa da Biblioteca Pública Estadual Luiz de Bessa (f. 01/05).

E mais, em nítida ação de apologia de fato e de autor criminoso e de incitação ao crime, o denunciado G.G. inseriu e expôs no perfil [...] por ele mantido no Facebook, na rede mundial de computadores, no dia 30/10/2014, em postagem aberta e acessível ao público, imagem da pichação por ele feita no muro da Biblioteca, bem como a mensagem: “Cola lá. Agenda loka. Ali na sul. Pça da liberdade do lado do convento”, fazendo alusão ao fato de a biblioteca estar situada ao lado da sede do Estado Maior da Polícia Militar de Minas Gerais (f. 01/05).

Mediante sentença exarada às f. 1.054/1.079, o acusado D.G.V.J. foi condenado nas sanções do art. 62, II, da Lei nº 9.605/98 c/c o art. 163, parágrafo único, III e IV, na forma do art. 70 do CP; art. 62, II, da Lei nº 9.605/98 c/c o art. 163, parágrafo único, III e IV, na forma do art. 70 do CP; art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 c/c o art. 163, parágrafo único, III e IV, na forma do art. 70 do CP, bem como os arts. 286 e 287 do CP e arts. 29 e 69 do CP, bem como art. 15, II, *d, f e i*, da Lei nº 9.605/98, ao cumprimento da pena fixada em 08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de detenção, no regime fechado, além do pagamento de 79 (setenta e nove) dias-multa sobre 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos; bem como o denunciado L.V.S. condenado nas sanções do art. 62, II, da Lei nº 9.605/98 c/c o art. 163, parágrafo único, III, na forma do

art. 70 do CP; art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 c/c o art. 163, parágrafo único, III, na forma do art. 70 do CP, bem como art. 15, II, *d, f e i*, da Lei nº 9.605/98, ao cumprimento da pena fixada em 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de detenção, no regime aberto, além do pagamento de 32 (trinta e dois) dias-multa sobre 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Por fim, foi fixado no r. *decisum* de f. 1.054/1.079 indenização no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a ser suportado pelo sentenciado D.G.V.J. e de R\$20.000,00 (vinte mil reais) para o denunciado L.V.S.

Inferindo a presença de obscuridades, omissões e contradições na r. decisão condenatória, a defesa de D.G.V.J. opôs embargos de declaração (f. 1.114/1.122), que restaram rejeitados pelo Douto Juízo *a quo* (f. 1.125).

Inconformados, os acusados interpuseram recursos de apelação (f. 1.123, 1.126 e 1.136), requerendo a defesa de L.V.S. a absolvição dos delitos previstos no art. 62 da Lei nº 9.605/98 e art. 163, parágrafo único, do CP, seja por ausência de materialidade delitiva, seja por ausência de dolo, seja ainda por erro de tipo; a ocorrência de *bis in idem* na condenação pelos tipos penais previstos nos arts. 62 e 65 da Lei nº 9.605/98, bem como art. 163, parágrafo único, do CP; o decote das agravantes insertas no art. 15, II, *d, f e i*, da Lei nº 9.605/98; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para todos os delitos; a redução da pena para o mínimo legal; a concessão da benesse da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; o recolhimento do mandado de prisão e retirada do monitoramento eletrônico e, por fim, o afastamento da indenização arbitrada ou sua fixação no valor declarado à f. 599 (f. 1.175/1.240).

Por sua vez, a defesa de D.G.V.J. pleiteou, em sede preliminar, a nulidade processual, pela ilicitude das provas produzidas por policiais militares; nulidade da perícia, realizada por um perito não oficial e extemporaneamente juntada aos autos; nulidade da prova produzida, mediante violação da privacidade dos acusados e nulidade da sentença, por falta de análise de teses defensivas. No mérito, a defesa de D.G.V.J. pede a absolvição dos delitos, seja por falta de provas da materialidade delitiva, seja por ausência de dolo específico; bem como o decote do concurso formal entre o art. 62, II, da Lei nº 9.605/98 e art. 163, III, do CP; a redução das penas; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e o afastamento do concurso formal impróprio (f. 1.308/1.363).

Contrarrazoando, o *Parquet* se bate pelo conhecimento e não provimento dos apelos (f. 1.268/1.297), ao que aquiesceu a douda Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do ilustre Procurador de Justiça Leonel Cavanellas (f. 1.410/1.416-v.).

É, em síntese, o relatório.

1 - Admissibilidade.

Conheço dos recursos, porquanto próprios, tempestivos e regularmente processados, estando presentes, assim, os pressupostos para as suas admissões.

2 - Preliminares.

A defesa de D.G.V.J. pleiteia, em sede preliminar, a nulidade processual, pela ilicitude das provas produzidas por policiais militares; nulidade da perícia, realizada por um perito não oficial e extemporaneamente juntada aos autos; nulidade da prova produzida, mediante violação da privacidade dos acusados e nulidade

da sentença, por falta de análise das teses defensivas, o que passo a analisá-las, separadamente por tópicos, a seguir.

2.1 - Nulidade da investigação realizada pela polícia militar (acusado D.).

Adentrando a apreciação das preliminares arguidas, não vislumbro irregularidade alguma no feito capaz de inquiná-lo de nulidade.

Primeiramente, a alegação da defesa de D.G.V.J. concernente à ilicitude das provas produzidas por policiais militares, em afronta à norma do art. 144 da Constituição da República/88, art. 4º do Código de Processo Penal (CPP) e art. 1º da Lei nº 12.830/13, não merece prosperar, conforme razões que passo a explanar.

Ressalto, de pronto, que a investigação, no caso dos autos, foi realizada conjuntamente pelas Polícias Civil, Militar e pelo Ministério Público, conforme devidamente esclarecido pelo douto Juízo *a quo* (f. 1.057).

De fato, o art. 144 da CR/88, nos seus §§ 4º e 5º, respectivamente, estabelece as competências da Polícia Civil (funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais) e da Polícia Militar (polícia ostensiva e a preservação da ordem pública).

Todavia, a Carta Magna, o *Codex* Processual Penal e a mencionada Lei nº 12.830/13, embora atribuam como sendo de competência da Polícia Civil a apuração de infrações penais, não proíbem a atuação da Polícia Militar em conjunto com aquela, se assim o caso necessitar.

As funções das Polícias Civil e Militar não devem ser engessadas com rigidez, sob pena de se comprometer a própria segurança da população.

A meu ver, a realização pela Polícia Militar de atos excepcionais de investigação criminal, no interesse da justiça e na busca da verdade real, não ofende a Constituição Federal ou a Lei.

O renomado doutrinador Guilherme de Souza Nucci defende, inclusive, a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão pela Polícia Militar, a saber:

A doutrina diverge nesse aspecto. Para alguns, a diligência, durante a fase investigatória, é exclusiva da Polícia Civil, baseado no fato de que a esta, conforme preceitua a Constituição Federal, cabe o exercício das funções pertinentes à polícia judiciária (art. 144, §4º, CF), muito embora se admita em caráter excepcional a participação da Polícia Militar [...]

Parece-nos que a função investigatória precípua, de acordo com a Constituição, de fato, cabe à Polícia Civil, embora não descartemos a possibilidade excepcional, no interesse da justiça e da busca da verdade real, de os policiais militares atuarem nesse sentido. Lógica não haveria em cercear a colheita da prova somente porque, em determinado momento, não há agentes da polícia civil disponíveis para a realização da busca, enquanto os militares estão presentes, propiciando a sua efetivação. Não deve, naturalmente, ser a regra, mas, trata-se de uma execução viável e legal. Do mesmo modo que à Polícia Militar cabe o policiamento ostensivo (art. 144, §5º, CF), não se desconhece que policiais civis e delegados de polícia também o fazem, quando necessário.

Enfim, a separação das policias é o principal problema enfrentado, mas tal situação que é, sobretudo, um problema político, não pode resvalar no direito da população de obter efetiva segurança, nem tampouco nas atividades judiciárias de fiel e esmerada colheita de prova. Do mesmo modo, embora seja função do oficial de justiça proceder às buscas determinadas pelo juiz, ao longo da instrução, nada impede que a polícia realize a diligência, especialmente se for em lugar particularmente perigoso, exigindo experiência policial para a consumação do

ato (NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 533/534).

Também não discrepa a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes. Preliminares. Nulidade do processo por usurpação de funções afetas à polícia judiciária e por violação de domicílio. Não ocorrência. Policiais militares que efetuaram prisão em flagrante, buscaram e apreenderam provas no contexto de crime permanente. Irregularidade não verificada. 01. Não constitui ofensa ao preceito constitucional dessumido do art. 144, § 4º, da CR/88 o fato de a Polícia Militar realizar diligências que se constituam em atribuições normalmente afetas à Polícia Civil, mesmo porque a manutenção da segurança pública, assim como a defesa dos interesses da justiça, demandam mútua cooperação entre ambas as instituições. [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0016.16.009302-3/001, Relator Des. Rubens Gabriel Soares, 6ª Câmara Criminal, j. em 18/7/2017, p. em 28/7/2017).

Apelação criminal. Preliminar de nulidade. Usurpação de função da polícia civil pela polícia militar. Inocorrência. Ausência de exclusividade de funções. Tráfico de drogas. Prova insuficiente para a condenação do primeiro apelante. Desígnio mercantil não comprovado. Desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/06. Necessidade. *In dubio pro reo*. Inviabilidade. Finalidade de exclusivo uso próprio do entorpecente não demonstrada. Palavras dos policiais. Testemunhas civis. Condenação mantida. Pena. Ausência de decisão condenatória transitada em julgado, não caracterizadora da reincidência. Maus antecedentes decotados. Associação para o tráfico. Absolvição. Necessidade. Atipicidade da conduta. Ausência de requisitos para a concessão dos benefícios da Lei nº 9.099/95. Fixação da pena. Preliminar rejeitada. Recursos parcialmente providos. 1. A Constituição define as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade. Não há, pois, que se falar em princípio da 'polícia natural', inexistindo na Constituição da República qualquer delimitação rigorosa acerca das atribuições de nossas polícias. [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0126.15.002388-8/001, Relator Des. Marcílio Eustáquio Santos, 7ª Câmara Criminal, j. em 6/7/2017, p. em 14/7/2017).

Apelação criminal. Tráfico de drogas. Interceptação telefônica. Nulidade. Prova emprestada. Juntada tardia. Cerceamento de defesa. Não configurado. Prorrogação da interceptação telefônica. Possibilidade. Nulidade inexistente. Execução das interceptações telefônicas pela polícia militar. Usurpação da função pública. Não evidenciado. Ausência de exame de tese defensiva. Sentença com fundamentação sucinta. Viabilidade. Desclassificação para o art. 28 da Lei nº 11.343/06. Impossibilidade. Privilégio do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Traficante habitual. Não cabimento. Concessão da justiça gratuita. Matéria afeta ao juízo da execução penal. [...] 4. O fato de a Polícia Militar ter colaborado com o processo investigativo não implica que usurpou a atribuição da Polícia Civil, pois a função precípua da polícia, seja ela civil ou militar, é o combate ao crime, de modo que se a Polícia Militar participou das investigações e das interceptações telefônicas, não há que se invalidar a prova. [...] (TJMG - Apelação Criminal 1.0313.15.029302-2/001, Relator Des. Denise Pinho da Costa Val, 6ª Câmara Criminal, j. em 30/5/2017, p. em 23/6/2017).

Apelação criminal. Tráfico ilícito de drogas. Preliminar. Nulidade do processo. Mandado de busca e apreensão cumprido pela Polícia Militar. Ilegalidade. Inocorrência. Investigação iniciada em razão de 'denúncia' anônima. Possibilidade. Absolvição ou desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei antidrogas. Descabimento. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Redução das penas-base. Necessidade. Circunstâncias judiciais favoráveis aos réus. 1. Embora a Constituição da República atribua à Polícia Civil as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, é de se ver que a Polícia Militar não é obstada a atos supletivos apuratórios, porquanto exerce atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, podendo obrar em atividade investigatória, sem que se incorra em qualquer violação a dispositivo legal. 2. Não há que se cogitar em contaminação das provas angariadas pela diligência policial que foi iniciada mediante 'denúncia' anônima e que foram, *a posteriori*, corroboradas sob o crivo do contraditório. 3. Estando a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas devidamente demonstradas nos autos, não há que se falar em absolvição por falta de

provas e, tampouco, em desclassificação para o delito estatuído no art. 28 da Lei nº 11.343/06. 4. Estando todas as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, a redução das penas-base ao mínimo legal é medida de rigor (TJMG - Apelação Criminal 1.0109.14.000426-7/001, Relator Des. Paulo Calmon Nogueira da Gama, 7ª Câmara Criminal, j. em 16/3/2017, p. em 24/3/2017).

No mesmo sentido, o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça:

Habeas corpus. Atos de investigação praticados pelo Ministério Público e pela Polícia Militar. Inexistência de nulidade. Via indevidamente utilizada em substituição a recurso ordinário. Ausência de ilegalidade manifesta. Não conhecimento. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. A compreensão firmada no seio desta Corte é de que não há ilegalidade na investigação criminal encetada pelo Ministério Público (ressalva de entendimento da relatora). 3. A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à Polícia Federal e à Polícia Civil. Não se afigura ilegal, portanto, a excepcional realização de procedimentos investigatórios pela polícia militar. 4. O inquérito policial não é indispensável à propositura da ação penal, podendo, tanto o Ministério Público, nas ações penais públicas, quanto o particular, nas ações privadas, oferecer denúncia ou queixa fundamentada em outros elementos de convicção, normalmente denominadas, na lei processual, de peças de informação (CPP, arts. 28, 39, § 5º, e 46, § 1º). Aliás, qualquer do povo pode levar tais elementos a conhecimento das autoridades, seja o delegado de polícia, seja o membro do Ministério Público. 5. ‘A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não têm o condão de tornar nula a ação penal’ (REsp 332.172/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, j. em 24/5/2007, DJe de 4/8/2008). 6. *Habeas corpus* não conhecido (HC 268.127/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma do STJ, j. em 7/10/2014, DJe de 17/10/2014).

Ademais, cediço que eventuais nulidades da fase inquisitiva, ainda que existentes, não contaminam a ação penal, por ser peça meramente informativa, ressaltando as hipóteses de prova obtida ilicitamente (art. 5º, LVI, da Constituição da República de 1988).

Assim, não vejo qualquer irregularidade do processo administrativo, a inquinar de nulidade o feito de origem, donde rejeito essa arguição de nulidade processual arguida pela defesa.

2.2 - Nulidade da perícia (acusado D.).

A defesa de D.G.V.J. ainda suscita nulidade da perícia de f. 642 e seguintes, a qual, segundo o douto causídico, fora realizada por um único perito não oficial e foi extemporaneamente juntada aos autos, em afronta à norma do art. 159 do CPP, o que não merece prosperar.

Isso porque, ao contrário do que aduz a defesa, não se trata de perícia, mas de documento juntado pelo *parquet*, consistente em

[...] relatório contendo análise de vínculo na mídia social Facebook, elaborado pela Coordenadoria Estadual de Combate aos Crimes Cibernéticos, relativo, especificamente, aos denunciados D.G.V.J. e L.V.S., membros da Associação Criminosa denominada ‘Pixadores de Elite’, elaborado pelo Tenente Coronel da PM Hugo Vieira (f. 642 e 643/685).

Ademais, o *parquet* juntou os documentos de f. 643/685, com base em permissivo legal.

De acordo com o art. 231 do CPP, “salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo”.

E mais, contrariando a alegação defensiva de infringência ao princípio do contraditório, certo é que a defesa teve vista dos autos logo após a juntada de tais documentos (f. 687) e anteriormente à apresentação das alegações finais de f. 892/941, tendo, inclusive rebatido, na referida peça defensiva, os documentos em tela (f. 895/899).

Assim, verifica-se que a defesa teve plena oportunidade *in casu* de analisar os documentos de f. 643/685, inclusive em sede de alegações finais (f. 892/941), não havendo que se falar em cerceio de defesa no caso, tampouco em nulidade processual.

Assim, rejeito também essa preliminar suscitada pela defesa.

2.3 - Nulidade da prova (acusado D.):

Ainda rebatendo os documentos de f. 643/685, a defesa de D.G.V.J. alega violação da privacidade dos acusados, com base no art. 5º, XII, da Constituição da República de 1988 e arts. 157 e 564 do CPP, o que também não merece prosperar.

A defesa afirma que as informações extraídas da página do Facebook do acusado D.G.V.J. eram dados privados, que não estavam disponíveis ao público.

Todavia, foi expressamente consignado pelo *parquet* às f. 642 que “todas as informações foram produzidas mediante acesso a dados exibidos publicamente na internet, sem necessidade de interceptação, razão pela qual se desconhece o IP dos computadores utilizados para as postagens”, reiterado à f. 691.

No mesmo sentido, o relato do miliciano C.A.S., na fase judicial, às f. 557/557-v., de que “nas investigações a nível de Facebook não foi necessário criar perfis, pois tinha acesso à parte pública, disponível”.

E, de fato, cediço que a rede social Facebook é pública, acessível a qualquer pessoa, o que possibilitou à polícia extrair relevantes informações ao processo em análise.

Nesse sentido, já se manifestou este eg. Tribunal de Justiça, a saber:

Recurso em sentido estrito. Acesso a mensagens telefônicas e conteúdo da rede social Facebook. Desnecessidade de autorização judicial. Prova lícita. Homicídio qualificado. Materialidade comprovada. Índícios suficientes de autoria. Pronúncia confirmada. - A simples transcrição de mensagens de celular apreendido com pessoa acusada de crime não importa em violação ao sigilo telefônico. A garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas se refere à vedação de escutas clandestinas, a qual não se configura com a simples consulta das mensagens de texto recebidas por suspeito de crime, pois não houve acesso às conversas telefônicas realizadas, mas sim simples verificação de registro gravado no próprio aparelho. - A transcrição de conteúdo constante de páginas da rede social Facebook não caracteriza violação à intimidade ou ao sigilo de comunicações, pois as informações constantes de referida rede social são públicas; quem as posta deseja que fiquem conhecidas. - Nos termos do art. 414 do Código de Processo Penal, somente se autoriza a despronúncia do acusado quando o Juiz não se convencer da materialidade do fato ou da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação na prática de crime contra a vida, o que, definitivamente, não é o caso dos autos (TJMG - Rec em Sentido Estrito 1.0145.13.051838-7/001, Relator: Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 21/8/2014, p. em 1º/9/2014).

Assim, as informações obtidas pela polícia do Facebook do réu D. não ofenderam o direito de privacidade, como alega a defesa, e não se trata de prova ilícita.

Dessa forma, verifica-se a inexistência de qualquer irregularidade da prova produzida *in casu*, restando im procedente o pedido formulado pela defesa.

2.4 - Nulidade da sentença.

A defesa de D.G.V.J. suscitou, por fim, em sede de preliminar, a nulidade do r. *decisum* de f. 1.054/1.079, por falta de análise de teses defensivas (ausência de referência a dispositivos legais para sustentar a regularidade das investigações realizadas por policiais militares; omissão quanto à violação da privacidade dos réus; omissão quanto à análise da falta de provas da materialidade delitiva do art. 62, I, da Lei nº 9.605/98 e, por fim, por ter usado as mesmas provas para condená-lo nos delitos dos arts. 286 e 287 do CP), o que não merece prosperar.

De fato, o Código de Processo Penal exige, em seu art. 381, que a sentença contenha, dentre outros requisitos, a exposição sucinta da acusação e da defesa, bem como a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão.

Por sua vez, o art. 93, IX, da CF/88, aduz que:

[...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...]

Todavia, a análise acurada da r. sentença recorrida (f. 1.054/1.079) e da decisão de f. 1.125 permite a conclusão de que o nobre Magistrado *a quo* não contrariou os supramencionados dispositivos, na medida em que apreciou, suficientemente, essas questões.

O douto Juízo *a quo* expressamente afastou a alegação de irregularidade das investigações realizadas por policiais militares, especificamente às f. 1.057, com base no seu livre poder discricionário, justificando, *in verbis*:

[...] ao contrário do alegado pela defesa, as investigações foram conduzidas em parte pela Polícia Civil (TCO 3440446 f. 26/59) e em parte pelo Ministério Público, sendo que a Polícia Militar deu cumprimento a algumas diligências investigativas por determinação dos Promotores de Justiça, dentro da estrutura do combate ao crime organizado, sendo certo que o Ministério Público tem legitimidade para realizar investigações criminais. Observa-se, portanto, que não houve investigação direta realizada pela Polícia Militar, e mesmo tivesse ocorrido, a Polícia Militar, ao realizar sua ação repressiva, especialmente em se tratando de crimes com rede de atuação organizada, necessitando lançar mão do trabalho de inteligência, a fim de que fundamente suas ações, principalmente diante dos inúmeros artifícios e estratégias utilizadas pelos agentes para evitar a exposição de provas da conduta criminosa (f. 1.057).

Igualmente, o douto Magistrado Sentenciante fundamentou a tese de violação de privacidade dos acusados, justificando, a saber:

[...] a documentação relacionada ao Facebook somente foi obtida nas investigações conduzidas pelo Ministério Público, porque de fato tinham caráter público (perfil público), o que pode ser atestado pela certidão (f. 70).

Observável, inclusive, que, no dia 9/1/2015, a equipe responsável pelas investigações não conseguiu mais acesso à página da rede social Facebook (Perfil L. GBS) que foi retirada da internet, coincidentemente, no mesmo dia em que foi veiculada uma reportagem sobre pessoas envolvidas com pichações nesta capital, no sítio do *Jornal Estado de Minas* (f. 116/117). [...] (f. 1.057-v.).

Por fim, ressalto que não há omissão pelo douto Juízo *a quo* quanto à análise das provas dos delitos previstos no art. 62, I, da Lei nº 9.605/98 e arts. 286 e 287 do CP, apenas divergência de entendimento com a defesa, mas tais questões dizem respeito ao mérito recursal e serão analisadas em tópicos próprios, abaixo.

Frise-se que o processo penal prestigia os atos praticados que não causem prejuízos, sob pena de se consagrar um formalismo exacerbado, consoante regra do art. 563 do Código de Processo Penal.

A propósito, o seguinte entendimento:

Na dicção do art. 563 do CPP, nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a defesa.
- Não há nulidade da sentença quando o raciocínio utilizado pelo julgador, com suas razões de fato e de direito, é desenvolvido satisfatoriamente, de modo a demonstrar às partes as razões de convencimento. Ementa parcial (TJMG - APCR 1.0342.06.076583-7/001 - 4ª C.Crim. - Rel. Des. Eli Lucas de Mendonça - j. 31.10.2007).

Cediço que a sentença não configura espaço para digressões acadêmicas, não sendo possível exigir do Magistrado que discorra amplamente sobre absolutamente todas as teses ventiladas nos autos.

Dessa forma, rejeito as preliminares arguidas pela defesa, passando ao exame do mérito recursal.

3 - Mérito.

No mérito, a defesa de L.V.S. pede a absolvição dos delitos previstos no art. 62 da Lei nº 9.605/98 e art. 163, parágrafo único, do CP, seja por ausência de materialidade delitiva, seja por ausência de dolo, seja ainda por erro de tipo; a ocorrência de *bis in idem* na condenação pelos tipos penais previstos nos arts. 62 e 65 da Lei nº 9.605/98, bem como art. 163, parágrafo único, do CP; o decote das agravantes insertas no art. 15, II, *d, f e i*, da Lei nº 9.605/98; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea para todos os delitos; a redução da pena para o mínimo legal; a concessão da benesse da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; o recolhimento do mandado de prisão e retirada do monitoramento eletrônico e, por fim, o afastamento da indenização arbitrada ou sua fixação no valor declarado às f. 599 (f. 1.175/1.240).

Por sua vez, a defesa de D.G.V.J. pleiteia a absolvição dos delitos, seja por falta de provas da materialidade delitiva, seja por ausência de dolo específico; bem como o decote do concurso formal entre o art. 62, II, da Lei nº 9.605/98 e o art. 163, III, do CP; a redução das penas; o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e o afastamento do concurso formal impróprio (f. 1.308/1.363).

Considerando a identidade de alguns pleitos recursais, analiso-os conjuntamente, ressaltando as particularidades de cada um.

3.1 - Delitos de dano e pichação (ambos os acusados).

Narra a denúncia que o acusado D. (G.G.), líder da associação criminosa denominada “Pixadores de Elite”, da qual também é integrante o denunciado L. (M.), juntos, danificaram e picharam a fachada frontal da Biblioteca Estadual Luiz de Bessa, situada na Praça da Liberdade, nº 21, bairro Funcionários, Belo Horizonte,

mediante a inscrição, com tinta branca, em paredes, vidros e esquadrias, das palavras “GG”, “SAM”, “PE”, “CNG” e da frase “Qual será o futuro do Brasil”, além da aposição de suas “assinaturas”, conspurcando de maneira severa a edificação (f. 01/05).

Segundo as investigações, os denunciados fazem parte de uma associação criminosa com atuação em Belo Horizonte, organizada nos moldes do Batalhão de Operações Especiais (BOPE), com o objetivo específico de danificar monumentos, edificações e estruturas de visibilidade situadas em Belo Horizonte, a fim de angariar “respeito” e “notoriedade” entre os demais pichadores da cidade e da qual G.G. é considerado o “01”, ou seja, o chefe da “tropa de elite” (f. 01/05).

Apurou-se, ainda, que, além da Biblioteca, os denunciados picharam as estátuas de bronze dos “quatro cavaleiros do apocalipse”, monumentos que representam os escritores mineiros Otto Lara Rezende, Fernando Sabino, Paulo Mendes Campos e Hélio Peregrino, que são monumentos urbanos distintos da Biblioteca e igualmente protegidos por atos administrativos de tombamento, mediante a aposição da sigla “PE”, gravada à tinta, nas quatro estátuas (f. 01/05).

Não bastasse, o denunciado D. pichou, em data posterior, sozinho, uma pilastra e o muro de pedras situado na parte externa da Biblioteca Pública Estadual Luiz de Bessa, mediante a gravação, em tinta preta, das inscrições “PE” e “GG”, ou seja, a sigla da associação criminosa a que pertence e lidera, bem como seu apelido. Também foi escrito na pilastra a insígnia da gangue de pichadores do Estado de São Paulo denominada “Os mais Fortes”: O+F (f. 01/05).

Justifica ainda o órgão acusatório que, para além dos danos ao meio ambiente cultural e urbanístico decorrentes das lesões da fachada frontal do prédio, do muro e das estátuas tombadas (aspecto imaterial), as ações dos denunciados, praticadas por flagrante motivo egoístico e durante período noturno, danificaram bens de propriedade do Estado de Minas Gerais (objeto material), ou seja, atingiram bens jurídicos diversos (higidez do patrimônio cultural e urbanístico/propriedade pública), autorizando o concurso de delitos ambientais previstos na Lei nº 9.605/98 (arts. 62 e 65) com o art. 163 do Código Penal, que tutela a integridade da propriedade pública (f. 01/05).

A meu ver, a pretensão condenatória do *parquet*, bem como a r. sentença condenatória esbarram, de pronto, no princípio do *ne bis in idem*, na vedação da dupla punição pelo mesmo fato e no princípio da especialidade, como aduzem as defesas.

Isso porque, pela narrativa dos fatos e diante do acervo probatório dos autos, verifico incontestemente a prova da materialidade do delito de pichação pelas informações e fotografias de f. 08/18, 22/25, 41/49, 83/88, 327/328, boletins de ocorrência de f. 30/31, 131/137, 140/143, 145/148, 163/165 e 176/178, autos de apreensão de f. 58, 138/139, 144, 149, 173, informações de f. 70/73, certidão de f. 323/326, DVD de f. 416 e laudo pericial de f. 618/618-v.

O fato de a perícia registrar que “não pode constatar as pichações realizadas contra patrimônio público, porque o local já estava limpo” (f. 618/618-v.) não tem o condão de absolver os apelantes, nem diminui as provas produzidas *in casu*.

De fato, no dia seguinte ao crime, 14 (quatorze) funcionários do quadro de servidores da própria Biblioteca, durante duas horas, fizeram a limpeza dos locais pichados e removeram as tintas, consoante informações

de A.S.G.L. e I.P.J.F. de f. 21, bem como fotografias da limpeza de f. 46/48, não havendo como se atestar por perícia a pichação.

Todavia, conforme preconiza o art. 167 do CPP, “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

In casu, não só a prova testemunhal foi suficiente para comprovar materialmente as pichações (f. 153/154 e 550/556), como as fotografias juntadas aos autos às f. 08/18, 22/25, 41/49, 83/88, 327/328.

Assim, afastos as arguições defensivas de ausência de provas da materialidade delitiva, nos termos dos arts. 158 e 386, II, ambos do CPP.

Igualmente, a autoria delitiva se consubstancia na confissão dos próprios réus (f. 155/156 e 557/558-v.), corroborada pela prova testemunhal colhida (f. 153/154 e 550/556).

Os acusados confessaram em juízo a pichação da Biblioteca Pública e das estátuas de bronze, consoante interrogatórios de f. 557/558-v., a saber:

[...] apenas fez uma pichação em preto no muro da Biblioteca referida com as inscrições GG e PE [...] (D.G.V.J., f. 150/152).

[...] é verdadeira somente a acusação de uma única pichação (uma pilastra) na biblioteca pública; II que tem motivo particular para atribuir, também, ao acusado L. pichar edificação ou monumento público; III que na data e hora da denúncia se encontrava na Praça da Liberdade, Biblioteca Pública; [...] usou para pichar unicamente a pilastra branca da Biblioteca, usou o *spray* cor preta; [...] na pilastra da biblioteca pichou as siglas ‘GG’, ‘PE’ (Pichadores de Elite) e ‘O=F’ (Os Mais Fortes), esta sigla de São Paulo, por ser convidado; que foi convidado de “Os Mais Fortes” para integrar, isto quando da festa da “BN” (Banca Nervosa) [...] (D.G.V.J., f. 557/557-v.).

[...] o declarante, juntamente com GG, picharam a sede da Biblioteca Luiz de Bessa na Praça da Liberdade e as estátuas de bronze; que o declarante e GG utilizaram uma única lata de *spray* branco; [...] (L.V.S., f. 155/156).

[...] é verdadeira somente as acusações de pichação de edificação ou monumento público, ou seja, a parte externa da biblioteca pública na Praça da Liberdade; II que tem motivo particular para atribuir as acusações de pichar edificação ou monumento público, também ao acusado D.; III que na data e hora da denúncia se encontrava na Praça da Liberdade, 21, Biblioteca Pública; [...] confirma suas declarações prestadas em sede do Ministério Público f. 155/156; que só pichou com *spray* cor branca; que não teve intenção de depredar a Biblioteca Pública, mas apenas deixar ‘sua marca, um nome, apelido’; que meu apelido de infância é ‘M.’; [...] (L.V.S., f. 558/558-v.).

O Policial Militar V.G.O. viu pessoalmente as pichações, ainda na madrugada do crime, mencionando em juízo que “visualizou diretamente as pichações; que era de madrugada e não se recorda se havia pessoas próximas; que não se recorda se vidros foram danificados ou estátuas foram quebradas” (f. 556).

A testemunha A.S.G.L., Diretora da Biblioteca, confirmou em juízo as pichações no prédio da Biblioteca Pública e nas quatro estátuas localizadas no jardim dos escritores, tomando ciência pelos funcionários e por fotografias, já que não presenciou o crime, nem as viu pessoalmente. Disse ainda que o caso teve muita repercussão na mídia, por se tratar de Biblioteca Pública, prédio do Estado, construído por Oscar Niemeyer, e tombado pelo patrimônio público. Por fim, asseverou que as pichações ocorreram por volta das 00h30 e que, no mesmo dia, de manhã, foram removidas por 14 funcionários, em duas horas, sendo que nada foi quebrado ou danificado (f. 550/550-v.).

O Policial C.A.S. também confirmou o delito, a saber:

[...] participou a operação policial objetivando combate a pichações na cidade de Belo Horizonte; que os acusados D. e L. foram um dos alvos da operação em virtude de pichações ocorridas na Biblioteca Pública; que tais pichações foram feitas na vidraça, na pilastra e no muro de revestimento de pedra da Biblioteca Pública e tinham inscrições ‘GG’, ‘M’, ‘PE’, ‘CGN’ (comando New Generation) uma frase que não se recorda mas está no relatório dos autos; que ocorreram pichações de cor branca nas estátuas dos escritores; que as pichações tinham cores variadas, brancas e pretas; [...] (C.A.S., f. 557/557-v.).

Assim, as provas são fartas quanto às pichações realizadas pelos acusados na Biblioteca Pública e nas estátuas de bronze situadas na entrada principal da biblioteca.

Importante ressaltar que a Biblioteca Pública Estadual Luiz de Bessa foi instituída pela Lei nº 1.087/54, sancionada pelo Governador Juscelino Kubitschek e projetada pelo arquiteto Oscar Niemeyer, sendo que hoje integra o Circuito Cultural Praça da Liberdade.

O Conjunto Paisagístico e Arquitetônico da Praça da Liberdade foi tombado pelo IEPHA, por meio do Decreto nº 18.531, em 2 de junho de 1977 (art. 1º, XI), garantindo sua preservação integral (f. 74/77).

E nem se argumente, como quer a defesa de L., que ele não tinha ciência de que a Biblioteca era patrimônio público e tombado por lei, já que não residia em Belo Horizonte.

De fato, L. morava em Betim, cidade esta situada muito próxima de Belo Horizonte, sendo que ele é pichador desde 1995 e há dois anos ingressou no seletivo grupo de pichadores, muito respeitado no meio, denominado PE (Pichadores de Elite), a convite de D., vulgo G.G., seu líder, conforme por ele assumido às f. 155/156.

Ademais, em cumprimento a mandado de busca e apreensão na residência do apelante L., foram arrecadadas matérias de jornais guardadas por ele, das pichações que realizou, da sua inscrição M., na Igreja Matriz de Santa Luzia em 2013 e no prédio da Serraria Souza Pinto em 2014, sendo ambos bens protegidos e tombados pelo Estado de Minas Gerais (f. 323/326).

Aliás, o que fazia dos PE (Pichadores de Elite) um grupo respeitado no meio era exatamente a audácia de picharem monumentos históricos, tombados e importantes, além de próximos a presídios, prédios sedes da polícia, etc., os quais obviamente são mais vigiados e protegidos e, portanto, desafiavam os meliantes, sendo que também repercutiam com maior intensidade na mídia.

Na sua página da rede social Facebook, o acusado D. explica que a PE surgiu em 1992, com a meta de serem apenas 10 (dez) pichadores de elite, sendo ele o “01”, ou seja, líder do grupo, o único remanescente da PE de 1992 (f. 103/108). Ele ainda expôs que “uma vez desafiado, nós dávamos o troco, aí resolvemos, dar as nossas cartas, saímos pegando inúmeros monumentos e locais que até hj ninguém fez, e jamais vai fazer, só a PE que é capaz de fazer tudo novamente” (f. 104).

Assim, afasto a alegação defensiva de absolvição por erro de tipo, nos termos do art. 20 do CP, como quer a defesa de L.V.S.

A meu ver, o acusado L. praticou dois delitos de pichação, quais sejam, a inscrição, com tinta branca, nas paredes, vidros e esquadrias da Biblioteca Pública das palavras “GG”, “SAM”, “PE”, “CNG” e da frase “Qual

será o futuro do Brasil”, além de sua assinatura “M.”; bem como a inscrição da sigla “PE”, nas estátuas de bronze, tudo na companhia do comparsa D.

Por sua vez, embora D. confesse apenas um delito de pichação, certo é que ele deve ser condenado por três crimes, quais sejam - a inscrição, com tinta branca, nas paredes, vidros e esquadrias da Biblioteca Pública das palavras “GG”, “SAM”, “PE”, “CNG” e da frase “Qual será o futuro do Brasil”; bem como a inscrição da sigla “PE”, nas estátuas de bronze, tudo na companhia do comparsa L. E mais, D. ainda pichou, sozinho, a pilastra e o muro de pedras situado na parte externa da Biblioteca Pública, em outro dia, com tinta preta, as inscrições “PE”, “GG” e “Os mais Fortes: O+F”. Ele só confessou este último delito, todavia, conforme mencionado acima, foi delatado pelo comparsa L., sendo tal delação confirmada pelas demais provas colacionadas aos autos, a justificar a manutenção da sua condenação por três delitos previstos no art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98, ao contrário do que alude sua defesa.

Todavia, não vejo razão para condená-los também pelos delitos de dano, in casu, seja do Código Penal (art. 163), seja da legislação específica (art. 62, II, da Lei nº 9.605/98).

Os delitos pelos quais estão respondendo os acusados são:

Art. 163, parágrafo único, III e IV, do CP:

Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Dano qualificado:

Parágrafo único - Se o crime é cometido:

I - com violência à pessoa ou grave ameaça;

II - com emprego de substância inflamável ou explosiva, se o fato não constitui crime mais grave;

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista; (Redação dada pela Lei nº 5.346, de 3.11.1967);

IV - por motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima:

Pena - detenção, de seis meses a três anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Art. 62, II, da Lei nº 9.605/98:

Art. 62. Destruir, inutilizar ou deteriorar:

I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial;

II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena é de seis meses a um ano de detenção, sem prejuízo da multa.

Art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98:

Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (Incluído pela Lei nº 12.408, de 2011).

Primeiramente, analisando os tipos penais dos delitos de dano, seja do Código Penal, seja da legislação específica, vê-se que os verbos igualmente são “destruir”, que consiste em desfazer, desmanchar, demolir, exterminar, arruinar; “inutilizar”, que significa tornar inútil, imprestável, estérreo, improfícuo; bem como “deteriorar”, que é estragar, corromper, alterar, adulterar.

A conduta de pichar, por sua vez, significa escrever, fazer marcas, sinais, desenhar, rabiscar dizeres de qualquer espécie, mediante o emprego de tinta ou *spray*.

Os acusados escreveram, com tinta branca, em paredes, vidros e esquadrias da Biblioteca Pública da Praça da Liberdade, as palavras “GG”, “SAM”, “PE”, “CNG” e da frase “Qual será o futuro do Brasil”, além da aposição de suas “assinaturas”; bem como escreveram a sigla “PE”, nas estátuas de bronze representativas dos “quatro cavaleiros do apocalipse”.

E mais, o denunciado D. ainda gravou, em tinta preta, as inscrições “PE”, “GG” e “Os mais Fortes”: O+F, em uma pilastra e no muro de pedras situado na parte externa da Biblioteca Pública Estadual Luiz de Bessa.

A conduta dos acusados, a meu ver, mais se ajusta ao delito de pichação, do que aos crimes de danos, porque com os escritos à tinta, eles não destruíram, não inutilizaram, nem deterioraram a Biblioteca Pública e as estátuas de bronze, que se mantiverem íntegras no dia seguinte, com a limpeza realizada pelos funcionários, com produtos próprios (f. 21 e 550/550-v.).

A própria Diretora da Biblioteca Pública, testemunha A.S.G.L. esclareceu em juízo que as tintas foram removidas no dia seguinte e não houve quebras, nem danificações, a saber:

[...] não houve necessidade de trocar nenhuma peça em virtude das pichações; que nenhum material foi quebrado; que em virtude das pichações as estátuas não foram danificadas; que no mesmo dia das pichações a biblioteca funcionou normalmente; que não houve por parte do IEPHA nenhuma advertência quanto ao ocorrido e possível retirada do tombamento; que não sabe especificar o material utilizado para remoção das pichações, porém todos foram do estoque da biblioteca, à exceção da água raz; que para a remoção das pichações demandou um tempo de duas horas com quatorze funcionários envolvidos. [...] (f. 550/550-v.).

Ademais, ainda que se admita que a pichação realizada pelos acusados também tenha acarretado destruição, inutilização e/ou deterioração de bens públicos, a questão se resolve também pelo conflito aparente de normas. Tal ocorre quando a um mesmo fato podem ser aplicadas normas diferentes, da mesma ou de diversas leis penais, ou seja, quando há unidade de fato e pluralidade de normas que identificam o fato criminoso.

No caso em voga, a questão se resolve pelo princípio da especialidade, em que lei especial aplica-se em detrimento de lei geral, a impor, também por este fundamento, a condenação dos acusados tão somente nas iras do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98.

Discorrendo sobre o tema segue a doutrina pátria, a saber:

[...] A tipicidade de uma conduta, ou seja, a subsunção de determinada ação humana a um tipo penal de crime, pode oferecer ao aplicador da lei dificuldades significativas quando a mesma conduta criminosa apresente características previstas em mais de um tipo incriminador. [...] É que entre as duas normas penais em foco, existe uma certa relação de hierarquia, de modo que a aplicação de uma esgota a punição do fato, excluindo a aplicação cumulativa da outra. O concurso de normas não existia, em verdade, era só aparente. Trata-se, pois, nesse exemplo, de uma das várias espécies de ‘concurso aparente de normas’, para cuja solução a doutrina predominante oferece alguns critérios a seguir expostos.

a) “*Lex specialis derogat legi generali*”

Se entre duas ou mais normas legais existe uma relação de especialidade, de gênero para espécie, a regra é a de que a norma especial afasta a incidência da norma geral. Considera-se especial (*lex specialis*) a norma que contém todos os elementos da geral (*lex generalis*) e mais o elemento especializador. Há, pois, em a norma especial um *plus*, isto é, um detalhe a mais que sutilmente a distingue da norma geral.

[...]

O princípio *ne bis in idem*, frequentemente invocado em direito penal, impede a dupla punição pelo mesmo fato (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 50/52).

Em caso semelhante ocorrido no Rio de Janeiro, criminosos picharam a estátua do poeta Carlos Drummond de Andrade, na orla de Copacabana, o que levou o Procurador Regional da República Rogério Tadeu Romano a estudar o caso e publicar o artigo “O crime de dano e a pichação de estátua”, em que, após interessantes e inteligentes fundamentos, concluiu:

IV - Conclusões

Salvo melhor juízo, no caso em discussão, não se está reduzindo a cacos uma vidraça; desarranjando peças de um maquinismo; tirando os ponteiros a um relógio. Foi feita uma pichação num monumento. Nesse quadro, necessário que se investigue o fato à luz do artigo 65, § 1º, da Lei de Crimes Ambientais, um crime ambiental, que prevê pena de detenção, e que se distancia do tipo penal do art. 163 do Código Penal. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano é conduta agora tipificada no artigo 65 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, como crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural.

Também não discrepa a doutrina pátria:

‘Antes da Lei 9.605/98 havia divergência sobre a pichação caracterizar ou não o crime patrimonial de dano, do art. 163 do CP, conforme se verifica pelos julgados abaixo transcritos’:

‘Quem picha, com tinta *spray*, um muro recém-pintado, no mínimo, inutiliza a pintura e, via de consequência, causa prejuízo ao proprietário já que a pintura custa dinheiro. Trata-se, pois, de crime de dano’ (RTJE 662/306).

Em sentido contrário:

‘O crime de dano agasalha três modalidades delituosas: destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia (móvel ou imóvel). A ‘pichação’ de muros e paredes não altera a substância da coisa, nem prejudica sua utilidade e, por isso, em princípio, não constitui crime patrimonial’ (RT 662/306).

Com a edição da Lei 9.605/98, a doutrina passou a entender que a pichação e a conspurcação de edificações caracterizam sempre o delito deste art. 65, não se aplicando mais o art. 163 do CP (GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Crimes Ambientais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 268).

Estudando a fundo o tema, percebo que a legislação em tela é muito falha em vários aspectos, o que pode gerar desproporções e sentimento de impunidade. Vários doutrinadores apontam críticas à legislação, quanto à penalização aplicada, quanto aos tipos penais, etc.

Vinícius Borges de Moraes, no artigo “A pichação e a grafiteagem na óptica do direito penal: delito de dano ou crime ambiental”, sintetiza que

[...] a questão não foi bem tratada pelo legislador brasileiro e acabou criando vários problemas. Os atuais dispositivos frente à técnica jurídica não são adequados para se obter a responsabilização daqueles que efetivamente cometem um delito contra patrimônio alheio ou daqueles que prejudicam a estrutura paisagística dos centros urbanos (*Boletim IBCCrim*, nº 149, p. 18).

Assim, vejo na denúncia do Ministério Público uma tentativa de “corrigir” as distorções da legislação aplicável, buscando a condenação dos réus em vários tipos penais, para que a pena seja compatível com a conduta degradante dos acusados, de puro vandalismo gratuito contra o ordenamento urbano, que gerou tanta repercussão perante a população e na mídia.

Todavia, não cabe a mim, como operador do direito, procurar “corrigir” as imperfeições da legislação, com condenações excessivas, gerando com isso imperfeições jurídicas.

Vê-se, portanto, que o arcabouço probatório é coeso e harmônico, suficiente a certificar a autoria por parte dos réus quanto ao delito inculcado no art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98, e, conseqüentemente, sustentar uma condenação.

Afasto das condenações dos apelantes os delitos de dano, previstos no art. 62, II, da Lei nº 9.605/98 e art. 163, parágrafo único, III e IV, do CP, mantendo a condenação do acusado D.G.V.J. nas iras do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (por três vezes, pichação, em tinta preta, na Biblioteca sozinho e pichações em tinta branca na Biblioteca, bem como nas estátuas de bronze, na companhia de L.) e do acusado L.V.S. nas sanções do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (por duas vezes, pichações em tinta branca na Biblioteca e nas estátuas de bronze), deixando para o final a dosimetria.

3.2 - Decote das agravantes (acusado L.).

A defesa de L.V.S. pleiteou ainda a exclusão das agravantes previstas no art. 15, II, *d, f e i*, da Lei nº 9.605/98, o que merece prosperar em parte.

Primeiramente, afastada da condenação a prática do delito de dano, previsto no art. 62 da Lei nº 9.605/98, não há que se falar que a agravante prevista no art. 15, II, *d*, da mencionada legislação, constitua ou qualifica o

crime. A meu ver, ao picharem a Biblioteca Pública e as estátuas de bronze, os acusados, de fato, concorreram “para danos à propriedade alheia”, devendo manter citada agravante.

Quanto à agravante inserta no art. 15, II, *f*, da Lei nº 9.605/98 - “atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos” - melhor sorte socorre à defesa. Isso porque entendo, neste caso, que tal agravante já faz parte do tipo penal do art. 65 da referida lei, qual seja, “pichar ou por qualquer outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano”. Se os acusados picharam monumentos urbanos, localizados na Praça da Liberdade, em Belo Horizonte, obviamente, com suas condutas, atingiram área urbana. Em face disso, excludo da condenação a agravante em tela, o que faço também com relação ao corréu não apelante D.G.V.J., por força da norma do art. 580 do CPP.

Por fim, mantenho a agravante inserta no art. 15, II, *i*, da Lei nº 9.605/98, concernente à prática de crime “à noite”, já que os meliantes picharam por volta das 00h30, conforme atestado pela testemunha A.S.G.L., Diretora da Biblioteca (f. 550/550-v.). É cediço que a prática de crime no período noturno aumenta as chances de êxito dos meliantes, porquanto o bem está mais vulnerável, sendo menor o poder de vigilância sobre ele, em períodos desprovidos da iluminação solar.

Assim, mantenho as agravantes previstas no art. 15, II, *d* e *i*, da Lei nº 9.605/98, decotando tão somente a agravante inserta na alínea *f*, deixando para o capítulo da dosimetria a reformulação da reprimenda.

3.3 - Absolvição dos delitos previstos nos arts. 286 e 287 do CP (acusado D.).

A defesa de D.G.V.J. pleiteia também sua absolvição com relação aos delitos previstos nos arts. 286 e 287 do CP, por falta de provas da autoria e da materialidade delitivas, o que não merece prosperar.

O Ministério Público denunciou apenas D.G.V.J. pelos delitos previstos nos arts. 286 e 287 do CP, porque, consoante denúncia, em nítida ação de apologia de fato e de autor criminoso e de incitação ao crime, inseriu e expôs no perfil L. GBS (<https://www.facebook.com/GGBSPE?fref+ts>), por ele mantido no Facebook, na rede mundial de computadores, no dia 30/10/2014, em postagem aberta e acessível ao público, imagem da pichação por ele feita no muro da Biblioteca, bem como a mensagem: “Cola lá. Agenda loka. Ali na sul. Pça da liberdade. Do lado do convento”, fazendo alusão ao fato de a biblioteca estar situada ao lado da sede do Estado Maior da Polícia Militar de Minas Gerais (f. 01/05).

Registre-se que a expressão “Cola lá”, significa “detona lá” ou “picha lá”, de forma que evidencia a incitação pública, pelo chefe da associação criminosa denominada “Pixadores de Elite”, da prática de crime de pichação em detrimento de patrimônio público e cultural protegido por atos administrativos de tombamento (f. 01/05).

As postagens abertas na rede mundial de computadores alcançaram seu objetivo de socialização, apologia e incitação à prática de atos de pichação, sendo “curtidas” pelos pichadores conhecidos como B., S., T. e outras 31 pessoas. Foram ainda “elogiadas”, mediante postagens, pelos pichadores S., R. e T.

A prova da materialidade dos delitos se comprova pelas informações e fotografias de f. 71/73, bem como o Boletim de Ocorrência de f. 30/31.

Igualmente, a autoria delitiva se consubstancia na prova testemunhal colhida (f. 552/553v).

O acusado pretende se eximir da responsabilidade de tais delitos, alegando que o perfil do facebook “L. GBS” foi criado por L., que está em Portugal, não é seu, não o elaborou e nunca usou o prenome de L.. Disse ainda que tal perfil tem vários moderadores, “como se fosse um ‘museu, acervo de pichações, antigas e atuais’ onde cada pichador tem acesso, tiram fotos e postam” (f. 557/557v).

Por fim, ele foi contraditório quanto à postagem da foto da pichação e da frase no facebook, afirmando, *in verbis*:

[...] foi o responsável pela postagem no Facebook da “Cola lá. Agenda loka. Ali na sul. Pça da Liberdade.”; que a palavra convento é uma gíria que tem alguma coisa haver com quartel de polícia; que não foi responsável pela frase, mas sim pela postagem da foto; [...] (D.G.V.J., f. 557/557v).

E mais, em Depol, o apelante D. confessou que “o perfil do Facebook do declarante foi desabilitado por ele na semana passada” (D.G.V.J., f. 150/152), o que confirma que usava o perfil falso de “L. GBS” do facebook, mormente pelas declarações do comparsa que “o conhece como L.” (L.V.S., f. 558/558v), bem como pelas declarações dos milicianos, a saber:

[...] os acusados se valiam das redes sociais, Facebook, onde faziam apologia a pichações em bens públicos e particulares; [...] no decorrer das investigações o acusado D. chegou a deletar seu perfil no Facebook; que os acusados eram de uma organização denominada “P”, Pichadores de Elite, que inclusive no sítio/Facebook havia um papel com as assinaturas; [...] as investigações a nível de Facebook não foi necessário criar perfis, pois tinha acesso à parte pública, disponível; [...] (C.A.S., f. 552/552v).

[...] apurou-se também que os acusados possuíam vários perfis nas redes sociais para fins de comunicarem com outros pichadores e mostrarem as suas pichações. [...] o acusado D. também “usava o nome falso de L.”; que o perfil claramente indicava tratar-se do acusado D. pela foto e pelas mensagens; [...] (J.C.G.M., f. 553/553v).

A meu ver, o exposto nos autos comprova que, além de pichar, o acusado D. postou, na rede social pública facebook, foto da pichação que fez na Biblioteca Pública, o que configura o delito de apologia de crime (art. 287 do CP), enaltecendo e se gabando de seu ato.

Segundo ensinamentos doutrinários do renomado Júlio Fabbrini Mirabete, fazer apologia significa “elogiar, louvar, enaltecer, gabar, exaltar, aprovar, defender”, o que pode ser feito por vários meios, como “palavra (discursos, orações, perorações etc); por escrito (panfletos, boletins, cartazes) e até por gestos” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 167/168).

E mais, o recorrente D. ainda incitou, publicamente, a prática de crime, ao escrever a frase “Cola lá. Agenda loka. Ali na sul. Pça da liberdade. Do lado do convento”, fazendo alusão ao fato de a biblioteca estar situada ao lado da sede do Estado Maior da Polícia Militar de Minas Gerais, bem como que a expressão “Cola lá”, significa “picha lá”.

O apelante, com a frase supramencionada, instigou, provocou e estimulou as pessoas a seguirem seu exemplo, ou seja, a picharem também.

Verifica-se que tais crimes se deram por meio da rede social pública do facebook, sendo várias as “curtidas” e “elogios” dos seguidores.

Assim, mantenho a condenação de D.G.V.J. nas sanções dos delitos previstos nos arts. 286 e 287 do CP, afastando o pleito absolutório.

3.4 - Reconhecimento de atenuantes (ambos os acusados).

Ambas as defesas pleiteiam o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da atenuante genérica prevista no art. 66, do CP, já que os acusados teriam contribuído com informações necessárias ao esclarecimento de outros delitos e outras pessoas, para a persecução criminal exercida pelo Ministério Público.

Primeiramente, assiste razão à defesa de L. quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, *d*, do CP, quanto aos dois delitos de pichação, já que confessou, em ambas as fases da persecução criminal, ter pichado a Biblioteca Pública e as estátuas de bronze (f. 155/156 e 558/558v).

O acusado D. deve ser beneficiado com a atenuante da confissão espontânea com relação a um delito de pichação, único que foi por ele confessado - “que usou para pichar unicamente a pilastra branca da Biblioteca, usou o *spray* cor preta” (f. 150/152 e 557/557v). Também, reconheço a seu favor a atenuante da confissão espontânea com relação aos delitos previstos nos arts. 286 e 287 do CP.

Por sua vez, não há como se reconhecer a atenuante genérica prevista no art. 66 do CP, seja porque não há previsão legal para tanto, seja porque nos interrogatórios de f. 150/152, 155/156 e 557/558v não constam informações sobre outros delitos e outros autores, conforme alegado pelas defesas. Eles apenas delataram os comparsas, mas as investigações já os apontavam como coautores das pichações, mormente pelas assinaturas de cada réu nas pichações realizadas. Assim, nada de novo e de relevante trouxeram aos autos, que não as próprias confissões.

Ao final, reformularei a pena e irei considerar a atenuante em tela.

3.5 - Exclusão ou redução da indenização fixada (Acusado L.).

O douto Juízo *a quo*, nos termos do art. 20 da Lei nº 9.605/98, aplicando por analogia as sanções administrativas previstas nos arts. 72 e 75 do Decreto nº 6.514/2008, fixou indenização aos acusados, nos valores de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para D. e R\$20.000,00 (vinte mil reais) para L., contra a qual se insurgiu a defesa deste último.

O acusado L.V.S. entende que, na ausência de perícia indicativa do valor devido a título de reparação dos danos causados pela infração, a aplicação de *quantum* sugerido pelo Decreto nº 6.514/2008 trata-se de analogia *in malam partem*, donde pleiteia a exclusão da indenização arbitrada ou, quando muito, sua redução, usando como parâmetro o valor sugerido à f. 599.

Assiste parcial razão à defesa, conforme razões que passo a explicar.

Dispõe o art. 20 da Lei nº 9.605/98 que “a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente”.

Por sua vez, o art. 19 da Lei nº 9.605/98 determina que “a perícia de constatação do dano ambiental, sempre que possível, fixará o montante do prejuízo causado para efeitos de prestação de fiança e de cálculo de multa”.

Certo é que, no caso em voga, a perícia de f. 618/618v registra que “não pode constatar as pichações realizadas contra patrimônio público, porque o local já estava limpo”. Assim, via de consequência, não foi possível arbitrar o montante do prejuízo causado pelas pichações.

De qualquer forma, o citado art. 20 da Lei nº 9.605/98 não impõe a exigência de perícia para aferição do valor a título de reparação dos danos, devendo considerar, para tanto, os prejuízos sofridos pelo meio ambiente.

Entendo que o Decreto nº 6.514/2008 não tem aplicação *in casu*, por analogia, já que dispõe sobre sanção administrativa, em casos de infração administrativa ambiental, no âmbito do processo administrativo federal.

Assim, hei por bem fixar o valor devido, a título de indenização, com base nas próprias informações dos autos, “sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido”, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98.

Os acusados picharam a Biblioteca Pública e as estátuas de bronze dos quatro cavaleiros do apocalipse, na madrugada de 17/10/2014, sendo que, no mesmo dia, durante a manhã, os funcionários da Biblioteca removeram as tintas.

A Diretora da Biblioteca declarou que “não sabe especificar o material utilizado para remoção das pichações, porém todos foram do estoque da biblioteca, à exceção da aguarrás; que, para a remoção das pichações, demandou um tempo de duas horas com quatorze funcionários envolvidos” (Alessandra Soraya Gino Lima, f. 550/550v).

Foi calculado o custo dos funcionários utilizados para a limpeza da Biblioteca e dos monumentos, à f. 599, no total de R\$93.24 (noventa e três reais e vinte e quatro centavos).

E mais, embora com material da própria Biblioteca, cediço que os produtos usados têm um custo, acrescido da aguarrás, que fora adquirida, além das máscaras e luvas usadas pelos funcionários (fotografias de f. 46/48).

Entendo também que deve ser levado em consideração que quatorze funcionários foram desviados de suas funções habituais, para removerem, por cerca de duas horas, as tintas das pichações realizadas pelos acusados.

Assim, considerando todas essas questões, hei por bem fixar, para cada acusado (beneficiando o réu D., com base no art. 580 do CPP), o montante de R\$1.000,00 (hum mil reais), a título de reparação dos danos causados com as pichações, nos termos do art. 20 da Lei nº 9.605/98, sem prejuízo das sanções administrativas ou cíveis eventualmente fixadas nas esferas próprias, bem como da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98.

3.6 - Pena e benefícios legais (ambos os acusados).

Ambas as defesas pleitearam, por fim, a redução das penas, tendo L. ainda requerido a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, o que passo a analisar individualmente, provendo em parte os pleitos.

Primeiramente, requer a defesa de D. a desconsideração dos maus antecedentes, o que não merece prosperar.

Da análise da CAC de f. 224/227, verifica-se, de fato, que D. é reincidente específico e portador de maus antecedentes.

A discussão a respeito dos maus antecedentes não deixa de ser tormentosa. Há quem entenda que todos os registros constantes na folha de antecedentes possam ser levados em consideração, ao passo que os defensores da posição contrária afirmam que somente podem ser consideradas as anotações representativas de condenação com trânsito em julgado que já não sirvam para gerar reincidência.

Meditando sobre o tema, entendo que a última posição é a mais correta, em homenagem ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88).

Defendo que, para a caracterização da má antecedência criminal, somente podem ser consideradas as anotações representativas de condenação com trânsito em julgado, com a ressalva de que admito que o advento do trânsito em julgado seja posterior ao crime, desde que por fato anterior.

Também não verifico a ocorrência de *bis in idem* na espécie, quanto ao reconhecimento dos maus antecedentes e reincidência.

Constam, da CAC de f. 224/227, duas condenações transitadas em julgado, respeitado o quinquídio legal da data da extinção da punibilidade, a que alude o art. 64, inciso I, do CP.

Como é cediço, existindo mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do réu, uma delas está apta a configurar seus maus antecedentes e a outra a agravante reincidência, sem qualquer *bis in idem*.

O que configuraria dupla valoração seria a mesma condenação transitada em julgado servir como maus antecedentes e reincidência, vedada pela Súmula nº 241 do STJ, hipótese essa não versada *in casu*.

Damásio E. de Jesus cita entendimento jurisprudencial nesse sentido (*Código Penal anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 200):

Réu Duplamente reincidente. Decidiu o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que a primeira reincidência funciona como circunstância agravante (CP, art. 61, I); a outra, como circunstância judicial, nos termos do art. 59 deste Código (TACrim 455.109, 8ª Câmara, em 18.12.1986, rel. o Juiz Silva Pinto).

Considero, portanto, da CAC de f. 224/227, a condenação no processo nº 012488-15.2012.8.13.0024 para reconhecimento dos maus antecedentes do réu e o feito criminal nº 0251501-90.2006.8.13.0024 como a agravante da reincidência.

Assim, condeno o acusado D.G.V.J. nas iras do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta preta) c/c os art. 65, III, *d*, do CP e art. 61, I, do CP, bem como art. 15, I, *d e i*, da Lei nº 9.605/98; art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta branca) c/c o art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, c/c o art. 61, I, do CP; art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação das estátuas de bronze com tinta branca) c/c o art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, c/c o art. 61, I, do CP, bem como nas iras do art. 286 c/c o art. 61, I e art. 65, III, *d*, do CP e art. 287 c/c o art. 61, I e art. 65, III, *d*, do CP, tudo na forma do art. 69, do CP.

E condeno o acusado L.V.S. nas iras do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta branca) c/c o art. 65, III, *d*, do CP e art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, bem como art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação das estátuas de bronze com tinta branca) c/c o art. 65, III, *d*, do CP e art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, na forma do art. 69, do CP.

Passo à aplicação das penas:

Acusado D.G.V.J. - art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta preta):

Primeiramente, não vislumbro fundamentação concreta que permita dizer que a culpabilidade do acusado foi intensa. Ele pichou monumento tombado, não havendo qualquer excesso, além daquele já previsto para o tipo penal. A culpabilidade do acusado não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão do ilícito, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

O acusado é portador de maus antecedentes, ao se analisar a CAC de f. 224/227 dos autos, conforme explicação supra.

A personalidade e a conduta social, ausentes provas em contrário, reputam-se favoráveis.

Os motivos, circunstâncias e consequências, a meu ver, são inerentes ao delito perpetrado.

Por fim, o comportamento da vítima não deve influenciar a pena-base.

Assim, fixo a pena-base do acusado D. em 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, além de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e majoro em 1/6 (um sexto) para cada agravante - art. 15, I, *d e i*, da Lei nº 9.605/98 -, tornando-a definitiva em 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, além de 13 (treze) dias-multa, à míngua de causas de diminuição e aumento de pena, na terceira fase dosimétrica.

Acusado D.G.V.J. - art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta branca).

Primeiramente, não vislumbro fundamentação concreta que permita dizer que a culpabilidade do acusado foi intensa. Ele pichou monumento tombado, não havendo qualquer excesso, além daquele já previsto para o tipo penal. A culpabilidade do acusado não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão do ilícito, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

O acusado é portador de maus antecedentes, ao se analisar a CAC de f. 224/227 dos autos, conforme explicação supra.

A personalidade e a conduta social, ausentes provas em contrário, reputam-se favoráveis.

Os motivos, circunstâncias e consequências, a meu ver, são inerentes ao delito perpetrado.

Por fim, o comportamento da vítima não deve influenciar a pena-base.

Assim, fixo a pena-base do acusado D. em 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, além de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, majoro a pena em 1/6 (um sexto) por cada agravante reconhecida *in casu*, quais sejam reincidência e aquelas previstas no art. 15, I, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, tornando-a definitiva em 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção, além de 15 (quinze) dias-multa, à míngua de causas de diminuição e aumento de pena, na terceira fase dosimétrica.

Acusado D.G.V.J. - art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação das estátuas de bronze com tinta branca).

Primeiramente, não vislumbro fundamentação concreta que permita dizer que a culpabilidade do acusado foi intensa. Ele pichou monumento tombado, não havendo qualquer excesso, além daquele já previsto para o tipo penal. A culpabilidade do acusado não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão do ilícito, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

O acusado é portador de maus antecedentes, ao se analisar a CAC de f. 224/227 dos autos, conforme explanação supra.

A personalidade e a conduta social, ausentes provas em contrário, reputam-se favoráveis.

Os motivos, circunstâncias e consequências, a meu ver, são inerentes ao delito perpetrado.

Por fim, o comportamento da vítima não deve influenciar a pena-base.

Assim, fixo a pena-base do acusado D. em 06 (seis) meses e 15 (quinze) dias de detenção, além de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, majoro a pena em 1/6 (um sexto) por cada agravante reconhecida *in casu*, quais sejam reincidência e aquelas previstas no art. 15, I, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, tornando-a definitiva em 09 (nove) meses e 22 (vinte e dois) dias de detenção, além de 15 (quinze) dias-multa, à míngua de causas de diminuição e aumento de pena, na terceira fase dosimétrica.

Acusado D.G.V.J. - art. 286 c/c o art. 61, I e art. 65, II, *d*, do CP:

Primeiramente, não vislumbro fundamentação concreta que permita dizer que a culpabilidade do acusado foi intensa. Ele incitou a prática de crime em sua página do facebook, não havendo qualquer excesso, além daquele já previsto para o tipo penal. A culpabilidade do acusado não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão do ilícito, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

O acusado é portador de maus antecedentes, ao se analisar a CAC de f. 224/227 dos autos, conforme explanação supra.

A personalidade e a conduta social, ausentes provas em contrário, reputam-se favoráveis.

Os motivos, circunstâncias e consequências, a meu ver, são inerentes ao delito perpetrado.

Por fim, o comportamento da vítima não deve influenciar a pena-base.

Assim, fixo a pena-base do acusado D. em 03 (três) meses e 07 (sete) dias de detenção.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mantendo a pena em 03 (três) meses e 07 (sete) dias de detenção, à míngua de causas de diminuição e aumento de pena, na terceira fase dosimétrica.

Acusado D.G.V.J. - art. 287 c/c o art. 61, I e art. 65, III, *d*, do CP:

Primeiramente, não vislumbro fundamentação concreta que permita dizer que a culpabilidade do acusado foi intensa. Ele fez apologia de fato criminoso em sua página do facebook, não havendo qualquer excesso, além daquele já previsto para o tipo penal. A culpabilidade do acusado não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão do ilícito, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

O acusado é portador de maus antecedentes, ao se analisar a CAC de f. 224/227 dos autos, conforme explanação supra.

A personalidade e a conduta social, ausentes provas em contrário, reputam-se favoráveis.

Os motivos, circunstâncias e consequências, a meu ver, são inerentes ao delito perpetrado.

Por fim, o comportamento da vítima não deve influenciar a pena-base.

Assim, fixo a pena-base do acusado D. em 03 (três) meses e 07 (sete) dias de detenção.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, mantendo a pena em 03 (três) meses e 07 (sete) dias de detenção, à míngua de causas de diminuição e aumento de pena, na terceira fase dosimétrica.

Por fim, procedo ao cúmulo material determinado pelo art. 69 do CP, torno definitiva a reprimenda de D.G.V.J. no *quantum* de 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, além do pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa sobre 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Descabida a benesse do art. 44 do CP quanto a D., já que ele é reincidente específico e a medida não se apresenta socialmente recomendável, nos termos do art. 44, § 3º, do CP.

Fixo o regime semiaberto, considerando a pena de detenção fixada e a reincidência do réu, nos termos do art. 33 do CP.

Acusado L.V.S. - art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta branca).

Primeiramente, não vislumbro fundamentação concreta que permita dizer que a culpabilidade do acusado foi intensa. Ele pichou monumento tombado, não havendo qualquer excesso, além daquele já previsto para o tipo penal. A culpabilidade do acusado não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão do ilícito, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

O acusado é portador de bons antecedentes, ao se analisar a CAC de f. 231 dos autos.

A personalidade e a conduta social, ausentes provas em contrário, reputam-se favoráveis.

Os motivos, circunstâncias e consequências, a meu ver, são inerentes ao delito perpetrado.

Por fim, o comportamento da vítima não deve influenciar a pena-base.

Assim, fixo a pena-base do acusado L. em 06 (seis) meses de detenção, além de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante prevista no art. 15, I, *i*, da Lei nº 9.605/98 e aumento em 1/6 (um sexto) pena pela agravante inserta no art. 15, I, *d*, da Lei nº 9.605/98 -, tornando-a definitiva em 07 (sete) meses de detenção, além de 11 (onze) dias-multa, à míngua de causas de diminuição e aumento de pena, na terceira fase dosimétrica.

Acusado L.V.S. - art. 65, §1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação das estátuas de bronze com tinta branca).

Primeiramente, não vislumbro fundamentação concreta que permita dizer que a culpabilidade do acusado foi intensa. Ele pichou monumento tombado, não havendo qualquer excesso, além daquele já previsto para

o tipo penal. A culpabilidade do acusado não ultrapassou aquela necessária à própria transgressão do ilícito, não havendo que se falar em culpabilidade reprovável.

O acusado é portador de bons antecedentes, ao se analisar a CAC de f. 231 dos autos.

A personalidade e a conduta social, ausentes provas em contrário, reputam-se favoráveis.

Os motivos, circunstâncias e consequências, a meu ver, são inerentes ao delito perpetrado.

Por fim, o comportamento da vítima não deve influenciar a pena-base.

Assim, fixo a pena-base do acusado L. em 06 (seis) meses de detenção, além de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante prevista no art. 15, I, *i*, da Lei nº 9.605/98 e aumento em 1/6 (um sexto) pela agravante inserta no art. 15, I, *d*, da Lei nº 9.605/98 -, tornando-a definitiva em 07 (sete) meses de detenção, além de 11 (onze) dias-multa, à minguada de causas de diminuição e aumento de pena, na terceira fase dosimétrica.

Por fim, procedo ao cúmulo material determinado pelo art. 69 do CP, torno definitiva a reprimenda de L.V.S. no *quantum* de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, além de 22 (vinte e dois) dias-multa sobre 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Fixo o regime aberto, considerando a pena de detenção fixada e a primariedade do réu, nos termos do art. 33, *caput*, e § 2º, *c*, do CP.

Por fim, considerando presentes os requisitos do art. 44 do CP, substituto a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo douto Juízo da Execução, e prestação pecuniária que ora arbitro em 01 (um) salário mínimo para a Biblioteca Pública Estadual Luiz de Bessa de Belo Horizonte.

Pelo exposto, dou parcial provimento aos recursos, para condenar o acusado D.G.V.J. nas iras do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta preta) *c/c* o art. 65, III, *d*, do CP e art. 61, I, do CP, bem como art. 15, I, *d e i*, da Lei nº 9.605/98; art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta branca) *c/c* o art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, *c/c* o art. 61, I, do CP; art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação das estátuas de bronze com tinta branca) *c/c* o art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, *c/c* o art. 61, I, do CP, bem como nas iras do art. 286 *c/c* o art. 61, I e art. 65, III, *d*, do CP e art. 287 *c/c* o art. 61, I e art. 65, III, *d*, do CP, tudo na forma do art. 69 do CP, ao cumprimento da pena fixada em 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 18 (dezoito) dias de detenção, além do pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa sobre 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, no regime semiaberto, mantidas as demais cominações legais; bem como condenar o acusado L.V.S. nas iras do art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação da Biblioteca com tinta branca) *c/c* o art. 65, III, *d*, do CP e art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, bem como art. 65, § 1º, da Lei nº 9.605/98 (pichação das estátuas de bronze com tinta branca) *c/c* o art. 65, III, *d*, do CP e art. 15, II, *d e i*, da Lei nº 9.605/98, na forma do art. 69, ao cumprimento da pena fixada em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, além de 22 (vinte e dois) dias-multa sobre 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, no regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo douto Juízo da Execução.

Fixo, para cada acusado, o montante de R\$1.000,00 (hum mil reais), a título de reparação dos danos causados com as pichações, nos termos do art. 20 da Lei nº 9.605/98, sem prejuízo das sanções administrativas ou cíveis eventualmente fixadas nas esferas próprias, bem como da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98.

Ressalto que acusado D.G.V.J. encontra-se preso (f. 207/208, 364/365, 762/762v e 1.079), o que mantenho, mormente pela presente decisão confirmatória de sua condenação.

Por fim, considerando que o acusado L.V.S. encontra-se preso desde 3/5/2016 (f. 1.154), por tempo superior à pena ora reestruturada, determino a expedição de alvará de soltura em favor do mesmo, se por al não estiver preso.

Isento os apelantes do pagamento das custas nos moldes do art. 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03, considerando suas declarações de pobreza de f. 249, 370 e 449.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores DOORGAL ANDRADA e CORRÊA CAMARGO.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

• • •

Apelação criminal - Crimes contra a ordem tributária (art.1º, II e V, da Lei nº 8.137/90) - Preliminar: inépcia da denúncia - Não ocorrência - Preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP - Rejeição - Mérito: absolvição ou desclassificação para o tipo do art. 2º da Lei nº 8.137/90 - Impossibilidade - Materialidade e autoria e dolo comprovados - Somente o pagamento integral do débito fiscal tem o condão de extinguir a punibilidade - Reconhecimento de crime único - Não cabimento - Continuidade delitiva caracterizada

- Não pode ser considerada inepta a denúncia formulada em observância aos requisitos previstos no art. 41 do CPP, descrevendo perfeitamente os fatos típicos, com todas as circunstâncias, atribuindo-os ao acusado, terminando por classificá-los ao indicar os tipos legais supostamente infringidos, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa e do contraditório.

- A autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, inviabilizando, assim, acolher o pleito absolutório.

- *In casu*, restou demonstrado o dolo, consistente na intenção do apelante de causar danos à Fazenda Pública, pois que comprovado nos autos que ele, na condição de administrador da empresa, com o intuito de suprimir e/ou reduzir valor do ICMS devido à Fazenda Pública, promovia a saída de mercadorias descobertas das correspondentes notas fiscais.

- A autodenúncia, para os efeitos do art. 138 do Código Tributário Nacional, é o reconhecimento e a confissão do contribuinte de dívida efetivada antes de qualquer procedimento administrativo por parte da Fazenda Pública, com a intenção de parcelar o débito oriundo do ilícito e livrar-se da responsabilidade da infração. A adesão ao parcelamento não gera a imediata extinção da punibilidade quanto aos débitos parcelados, exigindo-se a quitação integral das parcelas do débito fiscal para tanto.

- Comprovado que os crimes ocorreram no período compreendido de 2007 a 2011, em similares condições de tempo, lugar e modo de execução, deve ser aplicada a continuidade delitiva (art. 71 do CP).

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.15.166817-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: G.W.P. - Apelado: 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, 8 de agosto de 2017. - *Kárin Emmerich* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a KÁRIN EMMERICH - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela Defesa de G.W.P. contra a sentença de f. 265/274, que julgou procedente a denúncia, para condená-lo como incurso nas

sanções do art. 1º, incisos II e V, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 71 do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 12 dias-multa, no mínimo legal. A pena corporal foi substituída por duas restritivas de direito (prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo e prestação de serviços à comunidade).

Nas razões de f. 292/301, a Defesa suscita preliminar de nulidade da sentença, alegando inépcia da denúncia. No mérito, requer absolvição do acusado por ausência de provas ou por ausência de dolo; desclassificação da conduta delitiva para aquela prevista no inciso I do art. 2º da Lei nº 8.137/90; o reconhecimento da extinção da punibilidade em razão da denúncia espontânea junto à Fazenda Pública; e o decote da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Contrarrazões ministeriais pelo não provimento do apelo (f. 312/321).

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de f. 332/337, opinou pela rejeição da preliminar suscitada e no mérito pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório.

Passo ao voto.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento, e, ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo ao exame de mérito.

Segundo consta dos autos, o apelante foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do art. 1º, incisos II e V, da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, pelos seguintes fatos delituosos:

Consta do incluso Procedimento Investigatório Criminal que, no período de julho de 2007 a julho de 2011, o denunciado, enquanto sócio administrador da empresa [...], estabelecida [...], Bairro Centro, Belo Horizonte/MG, fraudou a administração e fiscalização tributária, omitindo ao Fisco a realização de operações tributáveis, obtendo, assim, a redução da carga tributária devida a título de ICMS nos valores de R\$1.190.030,95 (um milhão, cento e noventa mil, trinta reais, noventa e cinco centavos), em relação ao PTA nº 05.000221468.74 e de R\$729.637,44 (setecentos e vinte e nove mil, seiscentos e trinta e sete reais, quarenta e quatro centavos), em relação ao PTA nº 01.000196196.91, incluídos os acessórios, conforme valores destacados nos demonstrativos de f. 119 e 120, cujos lançamentos definitivos dos créditos tributários ocorreram em 20.11.2014 (f. 119 e 120).

Segundo apurado, para a obtenção da ilícita vantagem em detrimento do erário, o denunciado, na administração da empresa, ao longo do período mencionado, de forma continuada, realizou diversas operações de saída de mercadorias sem a emissão das respectivas notas fiscais, apuradas e informadas pelo próprio contribuinte através de autodenúncia (f. 12/15), provocando redução da carga tributária devida em cada operação (f. 01d/02d).

1. Preliminar. Inépcia da inicial. Ausência de individualização da conduta do denunciado.

A Defesa do acusado suscita preliminar de nulidade da sentença, alegando inépcia da denúncia.

Sustenta que “a denúncia não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, sendo totalmente inepta por ausência de indicação da conduta individualizada do apelante, ferindo os princípios constitucionais do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da ampla defesa, do contraditório (CF, art. 5º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)” (f. 293).

Inviável acolher o pleito defensivo, haja vista que a denúncia atende os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

O art. 41 do Código de Processo Penal traça os requisitos que devem ser observados na elaboração da peça vestibular, a qual deverá conter “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Da leitura da exordial acusatória, alhures transcrita, infere-se que a peça foi formulada em obediência ao citado dispositivo processual penal, na medida em que descreve, de forma satisfatória, a conduta delitiva e as circunstâncias da sonegação fiscal, estabelecendo que o apelante, na condição de sócio administrador da pessoa jurídica, promovia a saída de mercadorias sem emissão das correspondentes notas fiscais.

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Crime contra a ordem tributária. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Peça em conformidade com o disposto no art. 41 do CPP. Crime societário. Possibilidade de denúncia geral. Inexistência de responsabilidade penal objetiva. Ausência de flagrante ilegalidade. Atipicidade da conduta. Reexame aprofundado das provas. Impossibilidade no âmbito do *writ*. Execução fiscal. Oferecimento de seguro garantia. Não se equipara a pagamento. *Writ* não conhecido. [...] 2 - Nos crimes societários, não se exige a descrição individualizada das condutas de cada acusado, bastando para se assegurar o direito à ampla defesa a descrição do fato delituoso e a indicação da participação de cada autor na empreitada criminosa. Assim, no caso dos autos, não há falar em responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que ficou demonstrado na denúncia o liame subjetivo na conduta imputada aos recorrentes, que, como presidente e diretores da pessoa jurídica, supostamente teriam sonegado tributo mediante a inserção de dados inexatos nos livros de entrada. 3 - A análise de que a conduta seria atípica demanda o exame aprofundado de todo conjunto probatório como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do recurso em *habeas corpus*, que não admite dilação probatória. 4 - Por fim, verifica-se que “a orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão impugnado de que a garantia aceita na execução fiscal não possui a natureza jurídica de pagamento da exação e, portanto, não fulmina a justa causa para a persecução penal, pois não configura hipótese taxativa de extinção da punibilidade do crime tributário (AgRg no AREsp 831.642/PI, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 28/6/2016). *Habeas Corpus* não conhecido (HC 341.173/PE, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 28/3/2017, DJe de 7/4/2017).

Recurso em *habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Inépcia da denúncia. Inocorrência. Denúncia que descreve a conduta do recorrente. Ausência de dolo. Demais teses suscitadas. Supressão de instância. Recurso improvido. 1 - A denúncia, à luz do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, deve conter a descrição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a definição da conduta do autor, sua qualificação ou esclarecimentos capazes de identificá-lo, bem como, quando necessário, o rol de testemunhas 2 - Bem delineou a inicial que o recorrente como sócio-proprietário e administrador da empresa, agindo por meio dessa pessoa jurídica continuamente prestou declarações falsas às autoridades fazendárias ou fez com que terceiro as prestasse, bem como se utilizou de documento sabendo ser o mesmo falso ou inexato. 3 - Tem esta Turma entendido que, não sendo o caso de pessoa jurídica que conta com diversos sócios, onde variados agentes poderiam praticar a conduta criminosa em favor da empresa, mas sim de pessoa jurídica onde as decisões são unificadas no gestor, vindo o crime da pessoa jurídica em seu favor, pode então admitir-se o nexos causal entre o resultado da conduta constatado pela atividade da empresa e a responsabilidade pessoal e por culpa subjetiva de seu gestor. 4 - Esta é a situação presente, pois, conforme consignado pelo Ministério Público em sua inicial, o recorrente, à época, era sócio-proprietário e administrador, sendo responsável pela regularidade das escriturações da firma, bem como

os garantes da conduta de seus funcionários, contadores e prepostos. 5 - A alegação de ausência de dolo, bem como as teses tributárias não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, sendo, assim, vedada a sua análise por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 6. Recurso em *habeas corpus* improvido (RHC 65.824/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 9/8/2016, DJe de 23/8/2016).

In casu, a denúncia apresentou uma narrativa congruente dos fatos, trazendo todas as informações necessárias ao exercício da ampla defesa e do contraditório, revelando-se, portanto, improcedente a alegação da defesa.

Além disso, a defesa, limitando-se a invocar genericamente os princípios da ampla defesa e do contraditório, não demonstrou concretamente qual teria sido o prejuízo supostamente acarretado ao apelante. Desse modo, “não se logrando êxito na comprovação do alegado prejuízo, tendo somente sido suscitada genericamente a matéria, mostra-se inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*” (RHC 62.956/PA, Rel.^a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, j. em 16/2/2016, DJe de 24/2/2016).

Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência, apta a obstaculizar a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa, o que, definitivamente, não se verificou na espécie.

Por derradeiro, a alegada inépcia da denúncia foi devidamente apreciada e rechaçada pela juíza na sentença (f. 266/267), não havendo qualquer nulidade a ser decretada.

Feitas estas considerações, rejeito a preliminar suscitada, passando, assim, ao exame do mérito.

2. Mérito.

2.1. Absolvição ou desclassificação para o tipo do art. 2º da Lei nº 8.137/90.

Pleiteia a defesa a absolvição do apelante, alegando que “não se verificou na peça acusatória nem mesmo na instrução processual a presença de dolo apto a configurar a tipicidade material da conduta delituosa” (f. 295).

O pleito absolutório não merece prosperar.

A materialidade do delito restou comprovada pelo termo de autodenúncia de f. 13/15; autos de infração (f. 09/10); e documentação juntada aos autos referente aos PTAs 05.000221468.74 e 01.000196196.91 (f. 128/133).

A autoria, igualmente, ficou comprovada. Em juízo, o acusado declarou que, devido à depressão, deixou de participar da administração do seu estabelecimento comercial, encargo que afirmou ter deixado para seus funcionários, somente tomando conhecimento de que as notas fiscais não estavam sendo emitidas após a autuação. Confira-se:

[...] que a denúncia é verdadeira; [...] que em razão dos assaltos, entrou em depressão, e não teve condições de continuar na administração da empresa; que outra loja do depoente, na rua [...], também foi assaltada várias vezes; que no total sofreu dez assaltos, em um período de um a dois anos; que tentou pedir melhorias na segurança, mas não conseguiu; que em razão da depressão, deixou as lojas por conta de funcionários, gerente e subgerentes; que a loja da rua [...] fechou no início do ano de 2016, e a outra, da rua [...], fechou há mais ou menos um ano

e meio; que fez tratamento psiquiátrico, pois ficou com medo de ficar na loja; que as lojas eram de família; que cuidava das lojas desde 1990, quando assinou o primeiro contrato, quando a loja da rua [...] funcionava em outro endereço; que é casado e tem dois filhos; que tem outras duas empresas, que estão em atividade, no Minas Shopping, e no Shopping Estação; que está administrando essas empresas com dificuldade, pois está ainda se recuperando. [...] que tomou conhecimento que as notas não estavam sendo emitidas após a atuação; que após tomar conhecimento, fez a auto-denúncia, e tentou fazer o parcelamento, mas não conseguiu fazer o pagamento; que, segundo se recorda, fez o parcelamento em relação às suas lojas, e o pagamento em relação a ambas de umas seis parcelas (f. 237/238).

Em contraponto às declarações do acusado, têm-se as provas documentais, mormente as alterações contratuais juntadas aos autos (f. 168/178), as quais demonstram que ele atuou como administrador da empresa durante o período em que as notas fiscais não foram emitidas.

Ademais, como bem ponderou a doutra magistrada primeva, “não é crível que, na qualidade de sócio-administrador da empresa e sendo esta da família, o acusado deixasse que funcionários sem qualificação, a administrassem por um período de tempo tão extenso, de julho de 2007 a julho de 2011, sem qualquer controle” (f. 268), ainda mais considerando o fato de que as infrações beneficiavam sua própria empresa.

Ainda que o acusado tenha deixado a cargo de funcionários a função da escrituração fiscal das empresas, como administrador, tem o dever de fiscalizar os atos de seus funcionários e, portanto, deve responder por condutas criminosas praticadas durante sua gestão, pois é sua responsabilidade legal realizar o lançamento das atividades econômicas que constituem fatos geradores de tributos.

Desse modo, as evidências dos autos comprovam que o apelante era responsável pela administração das empresas, sendo, portanto, responsável pela omissão das informações que deveriam ser prestadas à Fazenda Pública, bem como pela ausência de emissão de notas fiscais.

Em relação ao dolo, é sabido que a venda de mercadoria sem a prévia emissão de nota fiscal acarreta a redução de ICMS a pagar quando da apuração mensal, emergindo claro dessa conduta a intenção de sonegar, elemento subjetivo do crime em questão.

Nesse sentido, a jurisprudência desta egrégia Corte:

Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Sonegação de ICMS. Redução do valor devido ao fisco. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 01 - Demonstrado que o acusado, utilizando-se de documento que sabia ser falso, reduziu o valor de tributo devido ao fisco, impõe-se manter a condenação pela prática do delito tipificado no art. 1º, IV, da Lei nº 8.137/90 (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0079.13.078038-4/001, Rel. Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 28/6/2016, p. em 8/7/2016).

Apelação criminal. Crime contra ordem tributária (art. 1º, V, da Lei nº 8.137/90). Prescrição. Inocorrência. Lapso temporal necessário não transcorrido. Preliminar rejeitada. Mérito. Autoria e materialidade comprovadas. Absolvição. Impossibilidade. Ausência de dolo. Inocorrência. Condenação mantida. Atenuante da confissão espontânea. Reconhecimento. Impossibilidade. Continuidade delitiva. Redução do *quantum* de aumento. Possibilidade. Hipossuficiência do agente. Gratuidade da justiça. Concessão na forma do art. 98 do novo Código de Processo Civil. [...] - Restando comprovado nos autos que o agente, na condição de administrador da empresa, vendeu mercadorias sem emitir as correspondentes notas fiscais de saída, suprimindo o recolhimento de ICMS, ao longo de um certo período de tempo, resta evidenciado o dolo em sua conduta, impondo-se a condenação pela prática do crime contra a ordem tributária [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0625.10.012348-2/001, Rel. Des. Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª Câmara Criminal, j. em 14/7/2016, p. em 22/7/2016).

Na espécie, restou patente o dolo, consistente na intenção do apelante de causar danos ao fisco, pois que comprovado nos autos que ele promovia a saída de mercadorias desacobertas das correspondentes notas fiscais, conduta que se subsume ao tipo penal do art. 1º, II e V, da Lei nº 8.137/90.

Igualmente, restou comprovado o efetivo dano acarretado pela sonegação fiscal, o que inviabiliza a pretendida desclassificação da conduta para o tipo penal previsto no art. 2º da Lei nº 8.137/90.

Isso porque o crime definido no art. 1º, I e II, da Lei nº 8.137/90 é material, no qual a produção de resultado configura-se pelo prejuízo causado aos cofres públicos, por meio do não recolhimento do tributo devido, ante a omissão ou falsidade das informações prestadas à Fazenda Pública e fraude à fiscalização tributária. Lado outro, a conduta prevista no art. 2º da mesma Lei trata de delito formal e não exige a efetiva ocorrência da supressão ou a redução do tributo.

In casu, a conduta do acusado, relacionada com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e não somente com o pagamento do tributo, causou efetivo prejuízo ao erário, pois, de acordo com o documento da Fazenda Pública de f. 127/133, “o pagamento do *quantum* sonegado não foi efetivado pela empresa”, sendo inviável a pretendida desclassificação.

Nesta esteira:

Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Art. 1º, inciso II, da Lei Federal nº 8.137/90. Recurso defensivo. Atipicidade da conduta. Não cabimento. Nulidade da agravante prevista no art. 62, I, CP. Inviabilidade. Inteligência do art. 385 do CPP. Incoerência na fixação da fração de aumento decorrente da continuidade delitiva. Impertinência. Dosimetria da pena justa e correta. Recurso ministerial. Exasperação da pena. Necessidade. Consequências desfavoráveis. - expedição de guia de execução da pena/ mandado de prisão após esgotadas as vias recursais nesta instância. Possibilidade. Aumento da prestação pecuniária substitutiva. Viabilidade. - Tratando-se de crime material e tendo sido comprovado que o agente fraudou a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, resta configurada a conduta delituosa prevista no art. 1º, inc. I, da Lei Federal nº 8.137/90, não havendo que se falar em atipicidade da conduta, tampouco em desclassificação para o delito previsto no art. 2º, inc. I, do mesmo diploma legal [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0079.10.060928-2/001, Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques, 6ª Câmara Criminal, j. em 14/3/2017, p. em 29/3/2017).

Apelação criminal. Crime contra a ordem tributária. Preliminares. Rejeição. Autoria e materialidade evidenciadas. Absolvição. Inviabilidade. Desclassificação para a conduta descrita no art. 2º da Lei nº 8.137/90. Descabimento. Redução da reprimenda. Possibilidade. Recurso provido em parte. - Uma vez demonstrada a fraude praticada contra o Fisco, tem-se por tipificada a infração descrita no art. 1º, inc. I e II, da Lei nº 8.137/90. - Não sendo adequadamente sopesadas as circunstâncias judiciais a permearem a ação delitiva, a redução da pena é medida de rigor (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.10.037609-4/001, Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, 2ª Câmara Criminal, j. em 5/3/2015, p. em 16/3/2015).

Destarte, restaram caracterizadas as condutas delitivas do apelante, previstas no art. 1º, II e V, da Lei nº 8.137/90, com o intuito de suprimir e/ou reduzir valor do ICMA devido à Fazenda Pública, estando presente o enriquecimento ilícito do acusado em face do Estado.

Assim, não há falar em absolvição da imputação de prática do crime tipificado no art. 1º da Lei nº 8.137/90, nem tampouco em desclassificação da conduta para aquelas previstas no art. 2º do mesmo diploma legal.

1.2. Extinção da punibilidade pelo parcelamento - Art. 138 do CTN.

Requer a defesa a absolvição do apelante, alegando que a realização da autodenúncia afasta todas as possibilidades de punição, nos termos do art. 138 do CTN.

Sustenta, para tanto, que “a pessoa jurídica, ao requerer o parcelamento do tributo, excluiu o dolo, dando ao contribuinte a prerrogativa de somente arcar com as consequências civis e administrativas, de caráter reparatório ou indenizatório previstos em Lei” (f. 296).

Sem razão.

Assim dispõe o art. 138 do Código Tributário Nacional:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

A denúncia espontânea, para os efeitos do referido dispositivo, é o reconhecimento e a confissão do contribuinte de dívida efetivada antes de qualquer procedimento administrativo por parte da Fazenda Pública, com a intenção de parcelar o débito oriundo do ilícito e livrar-se da responsabilidade da infração.

Entretanto, a adesão ao parcelamento não gera a imediata extinção da punibilidade quanto aos débitos parcelados, exigindo-se a quitação integral das parcelas para tanto.

Nesse sentido:

Agravo regimental. Recurso especial. Direito penal e processual penal. Crime contra a Ordem Tributária. Lei nº 8.137/1990. Denúncia. Inexistência de inépcia. Superveniência de sentença. Dosimetria. Fundamentação adequada. Adequação legal. Adoção do parecer ministerial como razão de decidir. Legalidade. Art. 9º da Lei nº 10.684/2003. Somente o parcelamento suspende a pretensão punitiva e a prescrição. Somente o pagamento integral tem o condão de extinguir a punibilidade. [...] 4 - Nos termos do art. 9º da Lei nº 10.684/2003, somente o parcelamento suspende a pretensão punitiva e a prescrição; somente o pagamento integral tem o condão de extinguir a punibilidade. 5 - O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6 - Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1555105/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 16/6/2016, DJe de 30/6/2016).

Apelação criminal. Crime contra a Ordem Tributária. Art. 1º, inciso II, e art. 2º, inciso II, ambos da Lei nº 8.137/90. Denúncia espontânea. Extinção da punibilidade. Inviabilidade. Pagamento integral do débito. Inocorrência. Condenação mantida. Redução da prestação pecuniária. Impossibilidade. Prescrição da pretensão punitiva em relação a um dos delitos. Ocorrência. Recurso parcialmente provido. 1 - A simples confissão de dívida, acompanhada do pedido de parcelamento de débito não configura denúncia espontânea. 2 - Não tendo havido pagamento integral do débito, não há que se falar na aplicação, ao caso em tela, dos benefícios do art. 138 do CTN. 3 - Considerando que a prestação pecuniária imposta foi fixada com bastante ponderação, dentro dos limites do art. 45, § 1º, do CP, é de rigor sua manutenção, ficando a cargo do Juiz da Execução decidir quanto à sua possibilidade e condições de parcelamento. 4 - Transcorrido entre a data do fato e o recebimento da denúncia, lapso temporal superior ao prazo prescricional, de rigor o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0332.12.001498-7/001, Rel. Des. Eduardo Machado, 5ª Câmara Criminal, j. em 7/6/2016, p. em 13/06/2016).

Na espécie, restou devidamente comprovado que o acusado fez a autodenúncia perante o órgão fazendário, todavia, consoante Relatório Circunstanciado e Conclusivo, elaborado pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (f. 128/133), deixou de efetuar os pagamentos.

Consta do referido documento que, na autodenúncia, protocolizada em 14/3/2012, foi admitido o não pagamento do ICMS nos exercícios de 2007 a 2011, o que gerou a supressão no valor de R\$ 561.763,37 (quinhentos e sessenta e um mil, setecentos e sessenta e três reais e trinta e sete centavos), referente a mercadorias desacobertadas de documentação fiscal no valor total de R\$ 3.120.907,55 (três milhões, cento e vinte mil, novecentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos).

Ainda segundo o referido documento, o acusado apresentou requerimento de parcelamento para a autodenúncia, solicitando o parcelamento em 60 meses, o que foi deferido pela Fazenda Pública, “porém, os responsáveis pela empresa promoveram o pagamento da entrada prévia e de 05 parcelas, deixando o restante dos valores devidos sem quitação” (f. 129).

Isto posto, o não cumprimento pelo acusado do parcelamento do débito fiscal, nas condições e prazos previamente estabelecidos, acarretou o cancelamento do parcelamento, razão pela qual não há que se falar em extinção da punibilidade.

Verifica-se, portanto, que as provas dos autos demonstraram que o apelante praticou os fatos narrados na exordial acusatória, sendo, portanto, inviável acolher o pleito absolutório, sendo imperiosa a manutenção da sua condenação pela prática dos crimes tributários que lhe foram imputados (art. 1º, incisos II e V, da Lei nº 8.137/90), nos termos da sentença combatida.

1.3. Decote da continuidade delitiva (art. 71 do CP).

A defesa requer o afastamento da continuidade delitiva, porquanto “o ânimo de omitir informação à autoridade fazendária, exteriorizado uma única vez, sendo certo que, o comando volitivo para tanto foi único” (f. 299).

Razão não lhe assiste.

Consoante é cediço, o crime continuado, considerado por ficção jurídica como único, foi adotado pelo Código Penal (art. 71 do CP) e possibilita atenuar a sanção imposta ao agente nos casos de pluralidade de crimes, desde que tenham sido praticados em similares circunstâncias de tempo, de lugar e de modo de execução, sendo os delitos subsequentes considerados como desdobramento do primeiro, incidindo, assim, exclusivamente, para fins de aplicação de pena.

Nesse sentido, a jurisprudência:

Recurso especial. Crime de roubo majorado. Absolvição. Reexame de provas. Impossibilidade. Súmula nº 7 do STJ. Crime continuado. Requisitos preenchidos. Recurso provido. [...] 2. O Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para o reconhecimento e a aplicação do instituto do crime continuado, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se a Teoria Mista ou Objetivo-Subjetiva. 3 - No caso, presentes os requisitos do crime continuado, imperiosa a aplicação do referido instituto. 4 - Recurso provido para reconhecer a violação do art. 71 do Código Penal e reduzir a pena para 7 anos, 1 mês e 10 dias de

reclusão mais 80 dias-multa, no regime inicial fechado (REsp 1631869/MA, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 2/5/2017, *DJe* de 11/5/2017).

Habeas Corpus. Penal. Roubo e furto. Impossibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva. Crimes de espécies diferentes. Precedentes do STF e do STJ. Ordem de *Habeas Corpus* denegada. 1 - O crime continuado é ficção jurídica que se evidencia quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie, sendo necessário também que os delitos guardem conexão no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva (art. 71, *caput*, do Código Penal). [...] 3 - Ordem de *habeas corpus* denegada (HC 214.157/RS, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 17/10/2013, *DJe* de 29/10/2013).

No caso em tela, restou comprovado que os crimes contra a ordem tributária foram praticados pelo apelante, no período compreendido entre 2007 e 2011 (f. 127/133), em circunstâncias similares de tempo, lugar e modo de execução, sendo, pois, inviável afastar a continuidade delitiva (art. 71 do CP).

Dispositivo.

Isto posto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença de primeiro grau prolatada pela MM. Juíza de Direito Kenea Márcia Damato de Moura Gomes.

Custas na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES EDISON FEITAL LEITE e ALBERTO DEODATO NETO.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Delito contra as relações de consumo - Propaganda enganosa - Preliminar acusatória - Realização de perícia de engenharia e de contabilidade - Indeferimento fundamentado - Nulidade inexistente

- Não há falar em nulidade do processo em razão do indeferimento fundamentado de perícias requeridas pelo assistente de acusação.

Mérito - Conduta - Dolo - Elemento subjetivo não comprovado - Condenação - Impossibilidade

- Uma vez não comprovado o elemento subjetivo do injusto penal, relativo à vontade livre e consciente de induzir o consumidor a erro, por meio de propaganda enganosa, não há falar em condenação pelo delito previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.13.188205-2/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: Assistente do Ministério Público - Apelado: E.S.V.A. Vítimas: A.S.C., C.A.A., E.R.M., E.F.S., G.D.A., H.M.G., J.A.S., J.E.S., R.C.K.S., R.C.S.F. – Relator: DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR SUSCITADA NO SEGUNDO RECURSO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 7 de novembro de 2017. - *Alexandre Victor de Carvalho* – Relator.

Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - I – Relatório. Por meio da denúncia, o Ministério Público narrou os fatos e imputou ao apelado a prática da conduta prevista no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90, por seis vezes, na forma do art. 69 do Código Penal (f. 01D-03D).

O pedido ministerial foi julgado improcedente, e o apelado foi absolvido por atipicidade da conduta, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal (f. 2.474-2.485).

O Ministério Público interpôs este recurso, por meio do qual almeja a reforma da sentença, a fim de que o apelado seja condenado nos exatos termos propostos na denúncia (f. 2.487-2.496).

O assistente de acusação também apela, suscita preliminar de nulidade por cerceamento de defesa e, no mérito, igualmente busca a desconstituição da sentença absolutória, com a consequente condenação do apelado, conforme pedido contido na inicial acusatória (f. 2.498-2.512).

Contrarrazões para conhecer dos recursos, com a rejeição da preliminar suscitada na segunda apelação e, no mérito, manifesta-se a defesa pelo não provimento de ambos os apelos (f. 2.519-2.527 e 2.575-2.584).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento dos recursos, com provimento da apelação ministerial e parcial provimento do recurso interposto pelo assistente de acusação (f. 2.587-2.589-v./TJ).

É o relatório.

II – Conhecimento.

Conheço dos recursos, porque atendidos os pressupostos legais para isso.

III – Preliminar.

Cerceamento de defesa pelo indeferimento de produção de prova pericial.

O assistente de acusação suscita a intitulada preliminar, nos seguintes termos (f. 2.500):

Em sede preliminar, os assistentes da acusação arguem a nulidade da sentença, por cerceamento de defesa.

Isso porque, após encerrada a instrução, os assistentes requereram, na fase do art. 402/CPP, a realização de perícia contábil e de engenharia.

Essas perícias eram (e são) essenciais para comprovar, também nestes autos, que os recursos pagos pelos consumidores não foram integralmente aplicados nas obras, e também para comprovar que as obras efetivamente executadas pelo denunciado estão muito aquém do que ele afirma e, principalmente, do volume de recursos por ele recebido.

Todavia, não há razão para acolher o pleito.

Dispõe o art. 402, do Código de Processo Penal: “Produzidas as provas, ao final da audiência, o Ministério Público, o querelante e o assistente e, a seguir, o acusado poderão requerer diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução”.

Ao indeferir o pedido de realização da prova pericial, a MM. Juíza de Direito fundamentou (f. 2.381-2.382): “Indefiro os pedidos de perícia, tendo em vista que o estágio da obra não tem repercussão, uma vez que é inconteste que não foi concluída, bem como que a perícia contábil não é necessária para o julgamento”.

Verifico que os pagamentos efetuados pelas vítimas se encontram documentados por meio de recibos e planilhas juntadas ao longo dos 12 volumes destes autos, bem como foram encartadas várias fotos sobre a situação da construção inconclusa do edifício (f. 1.992-2.010), de modo que os pontos que poderiam vir a ser esclarecidos pelas perícias requeridas já possuíam lastro nos autos ao final da fase instrutória.

Não se trata, conforme exige o art. 402 do Código de Processo Penal, de esclarecer circunstâncias ou fatos apurados com a realização da instrução criminal, pois, desde o início da ação penal, com o oferecimento da denúncia, a discussão está restrita à verificação se houve ou não propaganda falsa ou enganosa sobre a natureza e a qualidade do serviço que o apelado se propôs a prestar e, para tanto, vasta documentação foi anexada ao processo, motivo pelo qual a magistrada *a quo* indeferiu o requerimento do assistente de acusação.

Desse modo, não configurada a alegada nulidade, rejeito a preliminar do segundo recurso.

IV – Mérito.

Sobre os fatos, foram assim narrados na denúncia (f. 01D-03D):

O denunciado, no ano de 2008, por intermédio da empresa Pala Sena Empreendimentos Ltda., enganou consumidores, vendendo imóveis na planta e não entregando na forma e no prazo convencionados.

As vítimas, *, *, *, * e *, interessados na aquisição de apartamentos residenciais no edifício Libreville e acreditando que o empreendimento imobiliário ficaria pronto para entrega no prazo de 30 (trinta) meses, aproximadamente no mês de dezembro de 2010, firmaram contratos de promessa de compra e venda de imóveis em planta com a empresa Pala Empreendimentos, CNPJ 06.016.306/0001-12, então estabelecida na rua Conceição do Mato Dentro, nº 241, loja 10, bairro Ouro Preto, Belo Horizonte/MG, CEP 31.310-240.

Acreditando nas falsas promessas, apesar de os consumidores terem efetuado os pagamentos conforme convencionado entre as partes, em dinheiro e mediante entrega de bens, tais como lote e carros, não receberam as almejadas unidades residenciais, tampouco a devolução dos valores pagos ao golpista.

Ressalta-se, ainda, que, no ano de 2012, foi constatado, por meio de perícia realizada no local por engenheiro, que as obras estavam paralisadas há muitos meses e que, em caso de retomada, ainda demoraria muitos anos até a conclusão do empreendimento.

Temos que, agindo dessa forma, os denunciados lesaram não só o patrimônio das vítimas, individualmente considerado, mas também as relações de consumo e a incolumidade das relações comerciais entre empresas e consumidores, necessitados de crédito no mercado. Ademais, os crimes perpetrados pelos denunciados enfraquecem a fidúcia sob a qual se desenvolvem as relações comerciais, com fins de causar o enriquecimento ilícito dos golpistas em prejuízo do patrimônio das vítimas.

Por possuírem idêntico objeto recursal, o mérito das apelações interpostas pelo Ministério Público e pelo assistente de acusação será analisado conjuntamente, uma vez que a solução também será a mesma para os dois recursos.

Condenação pelo crime previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90.

Ambos os apelantes almejam a condenação do apelado por crime contra as relações de consumo, ao argumento de que há prova suficiente sobre a conduta do recorrido de haver induzido os consumidores a erro, com afirmações falsas e enganosas, o que acarretou grandes prejuízos às vítimas.

Assim o Ministério Público concluiu suas razões (f. 2.495-9.496):

A materialidade do delito, de modo semelhante, encontra-se patentemente comprovada, diante da vasta gama de documentos juntada aos autos, dentre comprovantes de pagamentos, contratos de promessa de compra e venda assinados, relatório técnico feito pela empresa contratada pela comissão de condôminos.

Patente, portanto, o dolo do denunciado, uma vez que ocultou informações, ocultou aquisição de imóveis para si, não deu andamento à obra e não foi capaz de prestar contas dos valores recebidos.

Logo, a prova material é robusta no sentido de demonstrar que o denunciado fez, em propostas e contratos, afirmação falsa sobre a construção do aludido condomínio residencial, fazendo os adquirentes acreditarem que, após firmarem o contrato e efetuarem os devidos pagamentos, receberiam os bens almejados. Passado o prazo para entrega, a construção sequer se mantinha em andamento, além de terem sido aventadas inúmeras irregularidades, o que se pôde constatar por perícia técnica, tudo isso vindo a comprovar a intenção do acusado de se locupletar à custa alheia.

Nesse mesmo sentido arazoou o assistente de acusação (f. 2.509):

O denunciado (ora apelado) realmente induziu os consumidores a erro, fazendo afirmações falsas e enganosas e, assim, causando-lhes prejuízos de monta.

Enganou-os quando assinou contratos de construção, por administração, e posteriormente passou a “fechar os preços”, negociando com diversos adquirentes uma condição favorecida para que eles liquidassem, antecipadamente, seus compromissos.

Com isso, o denunciado (ora apelado) se beneficiou, capitalizando-se, e, pior ainda, deixando de aplicar esses recursos na conclusão das obras.

O pleito de ambos, entretanto, não merece acolhimento.

A conduta delitiva imputada ao apelado pela denúncia possui a seguinte tipificação na Lei nº 8.137/90:

Art. 7.º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

VII - induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, quantidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária;

Acerca do dolo, expõe Juarez Cirino dos Santos (*Manual de Direito Penal - Parte Geral*, 2012, p. 68-69):

O dolo é a vontade consciente de realizar um crime - ou, mais tecnicamente, vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime. O dolo é composto de um elemento intelectual (consciência, ou representação psíquica) e de um elemento volitivo (vontade, ou energia psíquica), como fatores da ação típica dolosa (*Manual de Direito Penal - Parte Geral*).

a) Elemento intelectual. O componente intelectual do dolo consiste no conhecimento atual das circunstâncias do fato do tipo objetivo: não basta conhecimento potencial, ou capaz de ser atualizado, mas também não se exige conhecimento refletido, no sentido de conhecimento verbalizado.

b) Elemento volitivo. O componente volitivo do dolo consiste na vontade - informada pelo conhecimento atual - de realizar o tipo objetivo de um crime. O verbo querer é um verbo auxiliar que necessita de um verbo principal para explicitar seu conteúdo: (querer) matar, ferir, estuprar, etc. A vontade deve apresentar duas características para constituir elemento do dolo: a) vontade deve ser incondicionada, como decisão de ação já definida (se A pega uma arma sem saber se fere ou ameaça B, não há, ainda, vontade de ferir ou de ameaçar dos tipos legais respectivos); b) a vontade deve ser capaz de influenciar o acontecimento real, permitindo definir o resultado típico como obra do autor - e não como mera esperança ou desejo deste (se A envia B à floresta, durante a formação de uma tempestade, na esperança de que um raio o fulmine, não existe vontade como elemento do dolo, ainda que B seja fulminado por um raio, porque o acontecimento concreto situa-se além do poder de influência do autor).

c) Objeto do conhecimento. O conhecimento (atual) das circunstâncias de fato do tipo objetivo deve abranger os elementos presentes (a vítima, a coisa, o documento, etc.) e futuros (o curso causal e o resultado) do tipo objetivo. A delimitação do objeto do conhecimento requer alguns esclarecimentos: a) os elementos descritivos do tipo legal (homem, coisa, etc.), como realidades concretas perceptíveis pelos sentidos, devem ser representados na forma de sua existência natural; b) os elementos normativos do tipo legal (coisa alheia, documento, etc.), como conceitos jurídicos empregados pelo legislador, devem ser representados conforme seu significado comum, segundo uma valoração paralela ao nível de leigo - e não no sentido da definição jurídica, porque, então, somente juristas seriam capazes de dolo.

d) Natureza da vontade. A vontade (incondicionada e capaz), definida como decisão incondicionada de realizar a ação típica representada, existe como projeção de energia psíquica para lesão de bens jurídicos.

No presente caso, não houve a comprovação do elemento volitivo, já que a acusação não produziu prova inconteste para a condenação. Isso porque, embora se possa perceber a má administração do apelado em gerenciar a execução da obra e dos recursos financeiros por ele recebidos das vítimas e demais condôminos, por outro lado, não ficou provado que, no momento de assinatura do contrato, o recorrido tenha promovido propaganda enganosa do serviço que prestaria aos contratantes. O apelado assumiu obra que estava paralisada, com o objetivo de concluí-la a preço de custo, e para isso necessitaria de aportes financeiros, com os quais nem todos os condôminos concordaram.

Possíveis atrasos na conclusão da obra foram previstos contratualmente nas alíneas da cláusula 4.5.2. Logo, não procede a alegação de que a delonga além da inicialmente pactuada possa ser considerada afirmação dolosamente falsa ou enganosa.

As seis vítimas foram ouvidas em Juízo e relataram problemas na conclusão da execução da obra, relacionados ao prazo de entrega e aos aportes financeiros necessários. Algumas negaram haver inadimplência por parte dos condôminos, mas outras afirmaram acreditar que faltava o pagamento integral, previsto para o final da obra, ou que muitos deixaram de pagar as parcelas, por verem a construção parada (f. 2.148-2.154, 2.207-2.208 e 2.222).

Quatro testemunhas da defesa também relataram problemas relativos à execução da obra e alguns casos de inadimplência. Uma dessas testemunhas, inclusive, admitiu haver deixado de efetuar os pagamentos, devido à demora na conclusão do empreendimento (f. 2.313-2.317, 2.357-2.358 e 2.383-2.384).

Ao ser interrogado em Juízo, o apelado esclareceu que não foi ele quem iniciou as obras, que foi procurado pelos proprietários do terreno para assumir a construção, e que seria necessário investimento dos condôminos, porque era um empreendimento a preço de custo, do qual ele mesmo era proprietário de algumas unidades, mas, em razão da inadimplência de alguns adquirentes, que se desentenderam com condôminos adimplentes, não foi realizado mais nenhum repasse ao apelado, a fim de que ele pudesse continuar com a execução (p. 2.385-2.387).

Dessa forma, o somatório de tudo o que foi coletado nos autos é divergente em vários pontos, o que impede alcançar a certeza que uma condenação penal exige.

Dos fatos, pode-se concluir tratar-se de alegado descumprimento de contrato de execução de obra de um edifício, com cláusula do objeto bem nítida nesse sentido, além de existir cláusula sobre a possibilidade de atrasos na conclusão do empreendimento.

Porém, não há nenhuma prova de propaganda enganosa, nos termos definidos pela norma penal incriminadora pela qual o apelado foi denunciado, com idoneidade para sustentar a pretendida condenação do recorrido pelo crime supracitado.

Assim, conforme fundamentado na sentença (f. 2.480-2.481):

No caso, de acordo com a documentação constante nos autos, constata-se que, quando o réu assumiu a administração da obra, houve uma negociação com as vítimas para aquisição de imóveis, em que o custo da obra seria rateado e o réu seria responsável pela administração e fiscalização da execução.

Realmente, o réu pactuou com as vítimas que o valor dos imóveis seria baseado no preço do custo da obra, e a entrega ocorreria em prazo determinado, o que não foi cumprido.

Entretanto, pela cláusula 4.5.2. do contrato celebrado entre o réu e as vítimas, o prazo de entrega dos imóveis poderia ser prorrogado, em virtude de motivos de força maior ou caso fortuito, bem como a inadimplência dos compradores.

Portanto, não se verifica na ação do réu o dolo de induzir as vítimas a erro, pois, quando celebrados os contratos, elas sabiam que poderiam ocorrer alterações no prazo de entrega de acordo com eventos futuros.

Ademais, restou também demonstrado, como sustenta a defesa, que a obra foi interrompida por inadimplência dos adquirentes, o que acarretou a falta de disponibilidade financeira para a continuidade da execução do empreendimento.

Não é a defesa que tem a obrigação de produzir a prova da inocência, pelo contrário, é ônus da acusação comprovar cabalmente a autoria dos fatos, o que não ocorreu nestes autos.

Desse modo, seria necessária a prova que demonstrasse o elemento subjetivo do injusto penal, consistente na vontade livre e consciente de induzir as vítimas a erro, por meio de propaganda enganosa sobre os serviços a serem prestados pelo apelado, o que não ocorreu no presente caso, motivo pelo qual não é cabível a condenação pretendida pelos apelantes.

V – Conclusão.

Portanto, a preliminar suscitada pelo assistente de acusação foi rejeitada, porquanto as perícias indeferidas na primeira instância não versavam sobre questões surgidas a partir da realização da instrução criminal, mas sobre o objeto da ação penal, delimitado pelo oferecimento da denúncia e com documentação suficiente já acostada aos autos.

No mérito, por ausência de comprovação do dolo na conduta do apelado, não há falar na condenação almejada pelos apelantes.

VI – Dispositivo.

Com essas considerações, rejeito a preliminar suscitada no segundo recurso e, no mérito, nego provimento aos recursos.

Sem custas.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO COELHO VERGARA e ADILSON LAMOUNIER.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR SUSCITADA NO SEGUNDO RECURSO E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

• • •

Recurso de agravo - Execução penal - Remição da pena pelo trabalho - Trabalho realizado no interior do estabelecimento prisional - Conversão do total de horas trabalhadas em dias com jornada entre seis e oito horas - Possibilidade - Recurso ministerial desprovido

- Tratando-se de serviços efetuados dentro do presídio, ainda que o número de horas trabalhadas pelo sentenciado por dia seja inferior ao mínimo legal previsto, a conversão pelo critério de horas trabalhadas pode ser adotada, dividindo-se o total de horas acumuladas pela jornada mínima de 06 horas estabelecida na Lei de Execuções Penais.

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0079.07.357151-9/002 - Comarca de Contagem - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: O.A.G. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 9 de novembro de 2017. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

Notas taquigráficas

DES.^a BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Trata-se de recurso de agravo em execução interposto pela il. Representante do Ministério Público contra a decisão vista em cópia às f. 13/14v, por meio da qual o MM. Juiz de Execuções declarou remidos 58 (cinquenta e oito) dias da pena imputada ao sentenciado O.A.G, em razão dos dias em que ele trabalhou.

Em suas razões (f. 02-v./06), o recorrente manifestou inconformismo em relação à quantidade de dias remidos, argumentando, em síntese, que, de acordo com o que dispõem os artigos 126 e 33 da LEP, o recorrido, na realidade, faria jus à remissão de apenas 32 (trinta e dois) dias, uma vez que somente devem ser considerados os dias em que o reeducando efetivamente trabalhou por 06 a 08 horas, não se admitindo a conversão do total de horas trabalhadas em dias com jornadas de 06 horas.

Contrarrazões defensivas às f. 32/34.

Foi determinada a remessa dos autos a este eg. Tribunal por meio do despacho de f. 35 e, ouvida, a douta Procuradoria-Geral de Justiça pleiteou diligência junto à comarca de origem para manifestação, em sede de juízo de retratação. Relativamente ao mérito, se manifestou no sentido do parcial provimento do agravo, para declarar remidos 51 (cinquenta e um) dias de pena do reeducando pelo trabalho (f. 43/46).

A diligência solicitada foi deferida (f. 48) e por meio do despacho de f. 50 a decisão atacada foi mantida.

É o relatório resumido.

Conheço do recurso, presentes os requisitos legais de admissibilidade.

Inicialmente, cumpre esclarecer que tenho ponto de vista firmado no sentido de que a remissão da pena pelo trabalho deve ser feita considerando-se os dias trabalhados com jornada variando entre 06 e 08 horas, conforme dispõem os arts. 33 e 126, da LEP, e não tendo em conta o número de horas acumuladas divididas por 06 ou 08 horas, conforme o caso.

No entanto, o presente caso conta com uma peculiaridade que autoriza, excepcionalmente, a adoção de entendimento diverso: conforme se constata do exame do atestado de f. 17/18, o sentenciado prestou, no Complexo Penitenciário Nelson Hungria, “serviços de faxina e manutenção; artesanato”, ou seja, atividades exercidas no interior da Unidade Prisional.

Assim, em que pese a constatação de que em parte dos dias trabalhados pelo reeducando sua jornada de trabalho foi inferior a 06 horas, entendo que, por se tratar de serviços exercidos dentro da prisão, tais atividades não podem ser desconsideradas no momento da remissão da pena.

Com efeito, nos termos do parágrafo único do art. 33 da LEP, “poderá ser atribuído horário especial de trabalho aos presos designados para os serviços de conservação e manutenção do estabelecimento penal”.

Isso porque o serviço de faxina e manutenção, assim como serviços gerais, são, por excelência, serviços de manutenção indispensáveis à rotina dos presídios, que não podem ser interrompidos, devendo ser prestados inclusive em finais de semana e feriados.

Dessa forma, conforme se depreende do artigo supracitado, o reeducando poderia trabalhar jornadas menores e, mesmo assim, usufruir da remissão de pena, convertendo o total de serviços prestados em dias de trabalho entre 06 horas e 08 horas, conforme o critério de horas trabalhadas.

Desta forma, mesmo que a regra geral seja contabilizar apenas o serviço prestado entre 06 e 08 horas, a conjectura *in casu* é excepcional, dada a natureza dos ofícios prestados, razão pela qual os dias em que o agravado cumpriu jornada de trabalho inferior a 06 (seis) horas e superior a 08 (oito) horas não podem ser simplesmente desprezados no cálculo da remição.

Nesse sentido, essa eg. 2ª Câmara Criminal já decidiu:

Agravo em execução. Recurso ministerial. Remição. Desconsideração dos dias em que o reeducando trabalhou menos de seis horas. Impossibilidade. Reeducando trabalhando em serviços gerais. Carga horária especial. Art. 33, parágrafo único, da LEP. Compatibilização entre trabalho e estudo. Carga horária adequada. Caráter ressocializador da pena. Recurso desprovido. - O trabalho do reeducando em serviços gerais pode ser realizado com carga horária diária reduzida, nos termos do art. 33, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais, de forma que não podem ser desconsiderados, para fins de remição da pena, os dias em que trabalhou menos de 06 horas. - A redução da jornada laboral é medida adequada à compatibilização e melhor desempenho do reeducando nos estudos e trabalhos, desde que ele frequente assiduamente ambas as atividades (Agravo em Execução Penal nº 1.0105.09.324377-9/001, Rel. Des. Nelson Missias de Moraes, j. em 11/4/2013).

Portanto, diante do dispositivo em questão, entendo ser possível, em face das peculiaridades do tipo de trabalho, realizar o cálculo com base no número de horas de trabalho acumuladas. Entendo, então, ser possível a conversão do total de horas trabalhadas em jornadas diárias de 06 horas, por se tratar de tese mais benéfica ao agravado.

Destarte, de acordo com o atestado de trabalho para fins de remissão de pena (f. 17/18), o sentenciado, no período compreendido entre 1º/10/2013 e 30/9/2014, trabalhou jornadas inferiores a 06 horas diárias, que, convertidas em dias de jornada de 06 horas, totalizam 79 (setenta e nove) dias e, conseqüentemente, 26 (vinte e seis) dias de pena a serem remidos.

No período compreendido entre 1º/1/2015 e 30/7/2015, ele laborou 97 (noventa e sete) dias com jornadas de 06 horas, o que lhe confere o direito de ter 32 (trinta e dois) dias de pena remidos.

Assim, forçoso reconhecer que agiu com acerto o MM Juiz *a quo* ao declarar remidos 58 (cinquenta e oito) dias da pena de O.A.G., pelo que não merece a decisão agravada qualquer reforma.

Feitas essas breves considerações, nego provimento ao recurso ministerial, para manter incólume o *decisum* atacado.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO MARTINS JACOB e NELSON MISSIAS DE MORAIS.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Crime contra as relações de consumo - Induzir o consumidor a erro por afirmações falsas em anúncio publicitário - Preliminar - Nulidade da oitiva do ofendido - Réus com versões diversas assistidos pelo mesmo defensor - Violação à ampla defesa - Inocorrência - Prejuízo não demonstrado - Prefacial rejeitada - Mérito - Absolvição ou desclassificação - Impossibilidade - Materialidade e autoria comprovadas - Condenação mantida - Redução da reprimenda - Impossibilidade - Pena de prestação pecuniária - Redução - Viabilidade - Recursos parcialmente providos

- Se, na época da oitiva da vítima, ainda não havia conflito de interesses entre os acusados, não há irregularidade no fato de terem sido assistidos pelo mesmo defensor durante o ato. Assim, deve ser rejeitada a preliminar de cerceamento de defesa.

- Comprovado nos autos que os acusados, mediante anúncio em jornal, induziram o consumidor a erro, fazendo-o acreditar que iria adquirir crédito imediato quando, em verdade, tratava-se de cota de consórcio, a manutenção da condenação daqueles pelo crime contra as relações de consumo é medida que se impõe.

- Descabe, ainda, a tese de desclassificação da conduta dos acusados para o crime de estelionato, uma vez que este exige como sujeito passivo pessoa determinada, o que não é o caso dos autos.

- Tendo o sentenciante fundamentado satisfatoriamente a imposição das penas-base acima do mínimo legal, face à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aos réus, inviável a redução das reprimendas.

- Se não houve fundamentação para a fixação da pena substitutiva de prestação pecuniária em patamar acima do mínimo, de rigor a redução do valor estipulado por esta Instância Revisora.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.04.422949-0/001 - Comarca de Belo Horizonte - 1º Apelante: C.J.R. - 2º Apelante: W.A.S. - 3º Apelante: M.S. - 4º Apelante: J.J.R. - 5º Apelante: M.T.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: M.G. - Relator: DES. FURTADO DE MENDONÇA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REJEITAR A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 21 de novembro de 2018. - *Furtado de Mendonça* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. FURTADO DE MENDONÇA - Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por C.J.R., W.A.S., M.S. e M.T.A.S., inconformados com a r. sentença de f. 721/733v., que os condenou como incursores nas sanções do art. 7º, inc. VII, da Lei 8.137/90, às penas definitivas de 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 25

(vinte e cinco) dias de detenção, em regime aberto. À exceção do acusado C.J.R., os demais tiveram a pena privativa de liberdade substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Na mesma decisão foi absolvido o corréu J.J.R., bem como extinta a punibilidade do acusado R.A.C., em razão de sua morte.

Sobre os fatos, narra a denúncia que no ano de 1999 o acusado C.J.R. e sua esposa constituíram a empresa denominada “Auto Horizonte Representações Ltda”, situada na Avenida Amazonas, nº 2.475, Bairro Santo Agostinho, Belo Horizonte/MG, com a finalidade de prestação de serviços e vendas de consórcios.

É dos autos que, em meados do ano de 2003, a vítima M.G.M. foi atraída por anúncios publicados no jornal *Folha de São Paulo*, de oferta de venda de caminhão em condições facilitadas. Interessado pela proposta, o ofendido contactou a referida empresa, vindo a ser atendido pelos réus M.S. e M.T.

Iniciadas as negociações, a vítima acreditou estar adquirindo um consórcio contemplado, no valor de um crédito de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais). Na data de 13/2/2003, instruída pelos acusados, aquela fez um pagamento para a empresa Auto Horizonte, no valor de R\$6.000,00 (seis mil reais), a título de taxa de adesão, bem como efetuou o pagamento da primeira parcela do consórcio, no valor de R\$1.287,94 (mil duzentos e oitenta e sete reais e noventa e quatro centavos).

Efetuados os pagamentos e, não tendo sido liberado o crédito prometido, M.G.M. procurou novamente a empresa, quando foi orientado a efetuar novo depósito, no valor de R\$2.000,00, em uma conta de titularidade do réu W.A.S., o que foi efetivamente e inocentemente feito por aquele.

Dessa forma, os acusados efetuaram no ofendido o golpe conhecido como “toma”, constando na denúncia a participação de cada um dos denunciados: “C.J.R. e J.J.R. (1º e 2º denunciados) que constituíram a empresa, publicavam os anúncios e gerenciavam os golpes, fornecendo as documentações necessárias para conferir credibilidade com o intuito de convencer as vítimas; [...] M.S. e M.T.A.S. (3º e 4º denunciados): trataram diretamente com a vítima e apresentavam-se como vendedores da empresa; [...] R.A.C. integrava a quadrilha e, ao atender as vítimas, se identificava como vendedor e ajudava a construir a credibilidade do golpe, inclusive solicitando dinheiro para agilizar as liberações dos créditos; [...] W.A.S. (6º denunciado) possuía a função de garantidor, quanto a conferir credibilidade ao golpe, e disponibilizava sua conta bancária para recebimento das vantagens ilícitas em prol da quadrilha” (f. 02/07).

Em razões recursais de f. 789/800, a defesa do acusado C.J.R. pleiteou a absolvição do réu, alegando insuficiência probatória para sustentar a condenação. Sustenta que “Toda a negociação foi tratada por um de seus funcionários, sem o conhecimento deste”.

Em razões de f. 802v./813v. a defesa do acusado W.A.S. requer, preliminarmente, o reconhecimento da “invalidade do ato processual de f. 504/506 e, por conseguinte, seu desentranhamento [...] assim como daqueles que lhe sucederam, os quais deverão ser renovados”. No mérito, requer a absolvição do acusado por insuficiência probatória, ausência de dolo na conduta do agente ou por falta de prova da ilicitude da vantagem obtida. Alternativamente, requer a redução da pena-base para o mínimo legal e a redução da pena de prestação pecuniária. Por fim, pugna pela não cassação dos direitos políticos do acusado.

Por fim, em razões de f. 826/827 e 829/830, a defesa dos acusados M.T.A.S. e M.S. pugnam pela absolvição dos acusados, por insuficiência probatória. Alternativamente, requerem a redução da pena-base para o mínimo legal.

Contrarrazões, às f. 816/818-v. e 833/835-v., em que o *Parquet* sustenta a manutenção da r. sentença fustigada.

Instada a se manifestar, a d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (f. 836/840-v.).

É o relatório. Em tempo, remetam-se os autos ao setor competente para que seja excluído dos autos o nome do acusado J.J.R., tendo em vista que ele não recorreu da sentença.

Após, à d. Revisão.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade e processamento.

Preliminar.

Antes de adentrar no mérito, analiso a preliminar suscitada pela defesa do acusado W.A.S., consistente na invalidade do depoimento da vítima, acostado às f. 504/506 dos autos. Sustenta que os acusados W. e R., ao serem interrogados, apresentaram depoimentos antagônicos, e, não obstante, durante a oitiva do ofendido os acusados foram assistidos pelo mesmo defensor, caracterizando, pois, violação à ampla defesa dos inculpadados.

No entanto, sem razão.

De fato, infere-se dos autos que os acusados, ao serem interrogados, prestaram versões contraditórias (f. 554/555 e 596/596-v.), no que se refere ao valor de R\$2.000,00 depositado pelo ofendido na conta do acusado W., circunstância que demandaria a nomeação de defensores diversos para aqueles, ante o conflito de interesses.

Entretanto, a audiência na qual os acusados foram assistidos pelo mesmo defensor (f. 504/506) se deu em 2010, e os interrogatórios daqueles ocorreram em data posterior. R. foi ouvido em 2011 (f. 554/555) e W. em 2013 (f. 596/596-v.).

Dessa forma, na época da oitiva da vítima ainda não havia conflito de interesses entre os acusados, razão pela qual não há cerceamento de defesa, tampouco prejuízo a ser sanado.

Ademais, como bem ressaltado pelo d. Magistrado de primeiro grau, “a defesa não apontara qualquer prejuízo para as suas pretensões, ou melhor, se limitara a tecer alegações genéricas de prejuízo, o que, a meu juízo, também justifica o indeferimento do pedido”.

Dessa forma, rejeito a preliminar arguida, e passo à análise do mérito do recurso.

Mérito.

Como visto, todos os acusados pugnam pela absolvição, por negativa de autoria, insuficiência probatória ou ausência de dolo na conduta deles.

A materialidade do delito restou comprovada no pedido de providência de f. 10, cópias de extratos bancários de f. 11, recibo de f. 12, cópia do anúncio do jornal de f. 127 e cópia da conta telefônica do ofendido de f. 128.

A autoria também restou comprovada.

M.T.A.S. não negou a negociação efetuada com a vítima bem como delatou o corréu C.J., *in verbis*:

[...] que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia contra sua pessoa; que teria trabalhado apenas uma semana na empresa Auto Horizonte, de propriedade do acusado C.J., na condição de vendedor; que teria vendido um consórcio para a vítima M.G.M.; que a vítima teria pago à empresa Auto Horizonte a taxa de adesão e uma prestação da cota de consórcio [...] Que o acusado C.J., dono da empresa Auto Horizonte era quem seria responsável pelos anúncios remetidos à imprensa [...] (f. 556).

Da mesma forma, o acusado M.S. não negou a realização da venda do consórcio para o ofendido Manoel e também afirmou que C.J. tinha participação na veiculação dos anúncios, bem como tinha ciência dos contratos efetuados pelos seus vendedores:

[...] que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia contra sua pessoa [...] que foi o interrogando e o acusado M. que teriam vendido uma cota de consórcio para a vítima M.; que a vítima teria pago os valores constantes dos recibos de f. 125 dos autos [...] que na época o acusado C.J. gravava a fita cassete na qual constavam as informações que eram passadas para os compradores das cotas de consórcios [...]; que o contrato assinado pela vítima para aquisição da cota de consórcio foi repassado pelo acusado C.J., proprietário da Auto Horizonte [...] (f. 561).

C.J.R., proprietário da Auto Horizonte, também não negou a negociação feita entre sua empresa e a vítima. No entanto, alegou que o ofendido estava devidamente cientificado de que o consórcio não liberava crédito imediato e sim seria um “consórcio contemplado”. No entanto, mostrou sua postura negligente como dono da empresa, uma vez que declarou que “orientava aos seus vendedores que publicassem anúncios contendo a expressão ‘consórcio não contemplado’, mas não poderia impedir que algum vendedor deixasse de cumprir tal determinação ou mesmo ligasse para o jornal e modificasse o anúncio sem o consentimento do interrogando” (f. 559/560).

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o gestor da empresa responde criminalmente pela conduta típica praticada pelo funcionário quando não comprova seu desconhecimento do fato e, sobretudo, quando for o beneficiário direto da fraude, que é o caso dos autos.

Nesse sentido:

Penal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7.º, VII, da Lei 8.137/90. Induzir o consumidor em erro por afirmações falsas. Condenação mantida. - Responde criminalmente o dirigente de empresa que permite que seus prepostos induzam, por informações falsas, o consumidor em erro, especialmente quando ele é o beneficiário da fraude (TJMG - Ap. 360.338-3 - 2.ª Câmara Criminal - Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 6/8/2002, p. em 17/8/2002).

Crime contra a relação de consumo. Publicidade enganosa. Pessoa jurídica. Representante legal. Responsabilidade penal. - Incorrem nas penas do art. 7.º, VII, da Lei 8.137/90 os dirigentes ou representantes legais de empresa, ao veicular pela imprensa anúncios publicitários sobre a qualidade do serviço oferecido, cientes da impossibilidade de cumprirem tal promessa, de modo a induzir o consumidor em erro, não se exigindo, para a configuração do delito, a obtenção de vantagem patrimonial. (TAMG, 1ª Câm. Crim., Ap. 214062-3, Rel.ª Des.ª Jane Silva, v.u., j. em 8/10/1996).

O acusado W. também negou os fatos. Alegou que trabalhava na empresa e tinha a função de comprar e vender veículos. No entanto, não negou que emprestou sua conta corrente para que a vítima depositasse o dinheiro do golpe que foi repassado para R., restando patente sua colaboração na empreitada criminosa (f. 596/596-v.).

Não bastasse, a vítima M.G.M. declarou, perante a autoridade judicial, ter sido atraída até a empresa em virtude do anúncio realizado através da *Folha de São Paulo* (f. 127), noticiando a liberação de um crédito “sem burocracia” que possibilitava a compra de um caminhão. Chegando ao local, os acusados lhe solicitaram diversas quantias, como “condição” de liberação de valor prometido, o que, entretanto, não ocorreu. Eis parte de suas declarações judiciais:

[...] Na época dos fatos o depoente estava querendo comprar um caminhão. Sempre morou em São Paulo e quando do ocorrido aqui residia. Por São Paulo acabou tendo acesso a anúncios publicados no Jornal Folha de São Paulo, em que oferecidos caminhões à venda. Escolheu um deles. O depoente fez então contato telefônico e conversou com pessoa de nome M.S. M. disse que tinha realmente um caminhão para vender e pediu ao depoente que comparecesse em Belo Horizonte, salvo engano na Avenida Amazonas. O depoente seguiu sozinho para o local indicado. Tinha um carro e o vendeu antes de seguir para Belo Horizonte. Ao chegar a Belo Horizonte, encontrou-se com pessoa que se identificou como M.S.. Com M. havia outra pessoa que se identificou como M.T.A.S. O depoente foi levado por eles a uma empresa chamada Auto Horizonte. Lá foi informado de que havia um consórcio com quota sorteada no valor de R\$130.000,00, que possibilitava a compra do caminhão. O depoente acabou depositando uma quantia maior, cerca de sete mil reais, na conta da empresa Auto Horizonte. Fez também depósito de mil e poucos reais na conta de W.. Acabou fazendo outro depósito de oitocentos reais, salvo engano, também na conta de W. Foi fazendo os depósitos, pois lhe foi dito que eram necessários para a liberação dos cento e trinta mil reais [...]. O depoente foi então orientado a vir a São Paulo para tirar uma carta de “Nada Consta” em seu nome em dez instituições bancárias. O depoente veio para São Paulo e providenciou a documentação. O depoente retornou a Belo Horizonte com a documentação e entregou à pessoa de nome R., que seria contador da Auto Horizonte. Foi R. quem fez pedido ao depoente para que realizasse outros depósitos. O depoente voltou para São Paulo e não obteve o crédito prometido [...] (f. 505/506).

Logo, nítido que o ofendido foi ludibriado por um anúncio que prometia crédito liberado e não crédito mediante consórcio não contemplado, como querem fazer crer as defesas dos acusados, o que comprova a tipificação do crime contra as relações de consumo.

Ainda, a defesa do acusado W. sustenta a desclassificação da conduta pela qual foi condenado para o crime de estelionato, ao argumento de que o crime em comento não exige prejuízo à vítima, tal como tipificado no art. 171 do CP.

Melhor sorte não lhe socorre.

A uma, porque é pacífico na doutrina e na jurisprudência que os crimes contra as relações de consumo são de natureza formal, independentemente de prejuízo à vítima, o que não significa que a ocorrência da perda patrimonial afasta a tipicidade do delito, ao contrário, é fator que aumenta a gravidade do delito e deve ser sopeado quando da aplicação da pena.

A propósito, ensina a renomado doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Se o agente induz o consumidor em erro, alegando possuir mais bens do que realmente tem consigo, fazendo-o comprar por um lote de mercadorias ou celebrar outro tipo de contratação, que não poderá atender, configura-se o delito (*Leis penais e processuais comentadas*, 6. ed., v. 1, p. 471).

Ademais, o estelionato possui como sujeito passivo pessoa certa e determinada, ao contrário do crime tratado nos autos, que visa ludibriar um número indeterminado de pessoas.

Nesse sentido, ao discorrer sobre o sujeito passivo no crime de estelionato, ensina Cezar Roberto Bitencourt:

O sujeito passivo deve, necessariamente, ser pessoa(s) determinada(s). Tratando-se de pessoas indeterminadas, pode configurar-se crime contra a economia popular ou contra as relações de consumo (*Tratado de Direito Penal* 3 - Parte Especial. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

Destarte, plenamente configurado o crime previsto no art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90, a manutenção da condenação dos recorrentes é medida que se impõe.

No que se refere à dosimetria das penas, requerem as defesas a redução da pena-base.

Mais uma vez, sem razão.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi devidamente justificada, considerando as consequências graves do crime, em que a vítima gastou vultosa quantia de dinheiro e não teve o valor restituído. Adiante, ante a ausência de outras causas modificadoras, a reprimenda dos increpados concretizou-se em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, em regime aberto, sendo, ao final, substituída por duas sanções restritivas de direitos.

Aqui, assiste razão à defesa do acusado W. ao pleitear a redução da reprimenda de prestação pecuniária, que foi estabelecida em 03 (três) salários mínimos, sem qualquer justificativa pelo d. Magistrado *a quo*. Ora, a fixação da reprimenda em patamar superior ao mínimo exige fundamentação concreta, e, na ausência de motivação, deve a sanção ser reduzida.

Dessa forma, mister a redução da pena pecuniária de todos os apelantes para 01 (um) salário mínimo.

Insta consignar que agiu com acerto o d. Magistrado ao negar a substituição da pena ao acusado C.J., uma vez que, ao que se infere da sua CAC (f. 603/607) o inculcado possui outras condenações por crimes da mesma espécie, demonstrando, pois, que reiteração do inculcado na prática de delitos é circunstância subjetiva desfavorável e afasta a possibilidade de concessão da reprimenda alternativa ao inculcado.

Ultrapassado isso, pugna a defesa do recorrente W. pela manutenção dos direitos políticos do acusado.

Mais uma vez sem razão.

O art. 15, inc. III, da Constituição Federal, preceitua o seguinte:

Art. 15 - É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

[...]

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

A meu ver, a norma disposta no referido artigo é autoaplicável, bastando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para que fiquem suspensos os direitos políticos do condenado, independentemente da espécie de reprimenda que lhe seja imposta (privativa de liberdade ou restritiva de direitos) e mesmo que tenha lhe sido concedido o *sursis*.

Neste diapasão é o seguinte aresto deste egrégio Tribunal de Justiça:

[...]. 1. [...] 2. A suspensão dos direitos políticos do condenado na seara penal, seja em seu aspecto ativo (direito de votar), ou passivo (direito de ser votado), decorre, tão somente - segundo a literalidade do disposto no comando constitucional - do trânsito em julgado da condenação criminal, e não da forma de execução imposta pela reprimenda estatal. 3. Recurso ministerial provido. Apelação Criminal nº 1.0456.05.032121-9/001 - Comarca de Oliveira - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado: W.Z.M. - Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos.

Assim, na conformidade da orientação doutrinária e jurisprudencial, a suspensão dos direitos políticos do condenado é consequência inafastável da condenação, já que decorre de preceito constitucional que apenas exige o trânsito em julgado da condenação criminal.

Finalmente, tendo em vista o teor da recente orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, expeça-se o Mandado de Prisão em desfavor do apelante C.J.R., cujo prazo de validade é de 08 (doze) anos (art. 109, inc. IV, do Código Penal), e as Guias de Execução respectivas para todos os condenados, o que deve ocorrer somente após o esgotamento de eventuais recursos nesta instância.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento aos recursos para reduzir a pena de prestação pecuniária para 01 (um) salário mínimo.

Comunique-se.

Custas na forma da sentença.

Votaram de acordo com o relator os DESEMBARGADORES JAUBERT CARNEIRO JAQUES e DENISE PINHO DA COSTA VAL.

Súmula - PRELIMINAR REJEITADA. RECURSOS PROVIDOS EM PARTE.

• • •

Apelação criminal ministerial - Crimes contra a dignidade sexual (art. 228, § 3º; 229 e 230, todos do CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º, § 4º, Lei nº 9.613/98) - Sentença absolutória por atipicidade da conduta - Autoria e materialidade demonstradas - Provas contundentes - Ilícitude da conduta configurada - Princípio da adequação social - Inaplicabilidade - Absolvição afastada - Recurso ministerial provido - Rufianismo - Casa de prostituição - Exploração sexual - Consunção - Ocorrência - De ofício: início imediato da execução da pena diante da confirmação da sentença condenatória pelo órgão colegiado - Possibilidade - Desnecessidade de trânsito em julgado da condenação - Decisão do STF pelo julgamento do ARE 964246

- Eventual adequação social de determinada conduta tipificada como delito deve ser aferida pelo Poder Legislativo, sob pena de violação dos princípios constitucionais da reserva legal e da independência dos Poderes. Portanto, uma conduta tipificada como crime, assim permanece até ser abolida pelo ordenamento jurídico estabelecido pelo legislador. Ademais, essa eventual tolerância social não exclui o objetivo da norma, que é tutelar a dignidade sexual da pessoa e os bons costumes.

- Verificando que os crimes dos arts. 228, 229 e 230 do Código Penal foram praticados num mesmo contexto fático, impõe-se a aplicação do princípio da consunção, para que as condutas dos arts. 228 e 230 do CP sejam abarcadas pelo crime do art. 229 do mesmo diploma.

- Restando devidamente comprovada nos autos a prática pelos apelados de crimes contra a dignidade sexual, bem como de lavagem de dinheiro, a condenação é medida de rigor.

- Conforme determinação do Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do ARE nº 964246, deve ser adotado o entendimento de que, assim que exauridas as possibilidades de recurso em Segunda Instância (embargos declaratórios e infringentes), é possível o início da execução da pena condenatória confirmada pelo órgão colegiado, sendo prescindível o trânsito em julgado da aludida decisão.

V.v.p.: Consunção entre os delitos *sub judice* - Inocorrência.

- Não há que se aventar a hipótese de consunção entre os delitos *sub judice*, já que restou cabalmente demonstrado o dolo específico dos réus para cada conduta delituosa.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.12.039747-6/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: S.M.G., E.M.B. - Corréus: F.A.C.S., F.N.P., J.C.R.P., S.M.S., V.R.C., A.L.S., N.G.C.S., J.P.S., E.M.S., A.M.B., M.L.S.P. - 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 MINISTERIAL E, DE OFÍCIO, DETERMINAR A EXECUÇÃO DA PENA, VENCIDO EM PARTE O RELATOR.

Belo Horizonte, 1º de agosto de 2017. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra a r. sentença de f. 2.091/2.103 que, julgando improcedente a ação penal, absolveu os acusados S.M.G. e E.M.B. das imputações que lhe foram feitas das práticas das condutas descritas nos arts. 228, § 3º, 229, 230, 288, todos do Código Penal, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, com fundamento no art. 386, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

Em apertada síntese, consta da denúncia (f. 01d/20d) que os acusados S.M.G., E.M.B., F.A.C.S., F.N.P., J.C.R.P., S.M.S., V.R.C., A.L.S., N.G.C.S., J.P.S., E.M.S., A.M.B., M.L.S.P. associaram-se em quadrilha para o fim de cometer crimes contra a dignidade sexual.

Além disso, os apelados S.M.G. e E. atraíam mulheres à prostituição, através de *sites* criados na rede mundial de computadores, com o fim de lucro, sendo que a exploração sexual de referidas mulheres era facilitada pelos demais acusados, dentro da divisão de tarefas previamente estabelecida pela estrutura organizacional da quadrilha.

Outrossim, tem-se que os acusados tiravam proveito da prostituição alheia, sendo que S.M. e E. participavam diretamente dos lucros e os outros acusados faziam-se sustentar, no todo ou em parte, por quem exercia a prostituição.

Ademais, os réus S.M. e E. mantinham, por conta própria, estabelecimento em que ocorria exploração sexual, com o intuito de obter lucro.

Por fim, consta ainda que S.M.G. e E. ocultavam e dissimulavam, de forma reiterada, a natureza, a origem e a movimentação dos valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática das referidas infrações penais.

Dessa forma, S.M.G. e E.M.B. foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 288, 228, § 3º, 229 e 230, todos do Código Penal, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, tudo na forma do art. 69 do Código Penal.

À f. 1.436 dos autos, foi determinado o desmembramento do processo, permanecendo no processo original somente os apelados S.M.G. e E.M.B.

A denúncia foi recebida em 2/10/13 (f. 628/630), e o processo seguiu os trâmites legais, culminando com a sentença de f. 2.091/2.103, publicada no *DJe/TJMG* em 19/8/16 (f. 2.104), da qual os réus S.M.G. (f. 2.108) e E.M.B. (f. 2.109) foram intimados pessoalmente em 14/9/16, ocasião em que ambos manifestaram desinteresse em recorrer.

Inconformado com a sentença absolutória, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação à f. 2.105, pleiteando, em suas razões de f. 2.115/2.131-v., a condenação dos apelados nos crimes

previstos nos arts. 288, 228, § 3º, 229 e 230, todos do Código Penal, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, tudo na forma do art. 69 do Código Penal, eis que a materialidade e autoria delitiva restaram devidamente comprovadas, tratando-se de conduta típica, antijurídica e culpável.

Lado outro, a defesa do réu S.M.G. apresentou as contrarrazões de f. 2.133/2.141, pugnando pelo conhecimento e, no mérito, desprovimento do recurso ministerial, alegando que as ações perpetradas pelo recorrido não são relevantes socialmente de forma a incidir a repressão punitiva estatal, tendo em vista a ampla aceitação social.

Por sua vez, a defesa da ré E.M.B. juntou as contrarrazões de f. 2.152/2.163, pleiteando o conhecimento e, no mérito, o integral desprovimento do apelo ministerial para ser mantida intacta a sentença absolutória proferida em primeira instância.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às f. 2.183/2.185, opinando pelo conhecimento e, no mérito, provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

Conhece-se do recurso, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Não havendo preliminares suscitadas ou nulidades que devam ser declaradas de ofício, passa-se ao exame do mérito.

Na sentença primeva de f. 2.091/2.103, o Juiz *a quo* decidiu absolver os apelados por entender que as condutas que lhe foram imputadas seriam socialmente aceitas e, por força da aplicação do princípio da adequação social, materialmente atípicas.

Inconformado, o *Parquet* pleiteou a condenação dos apelados S.M.G. e E.M.B. nos crimes previstos nos arts. 288, 228, § 3º, 229 e 230, todos do Código Penal, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, tudo na forma do art. 69 do Código Penal, eis que a materialidade e autoria delitiva restaram devidamente comprovadas, tratando-se de conduta típica, antijurídica e culpável.

E, após vertical avaliação do caderno processual, constata-se que razão em parte assiste ao apelante, já que a materialidade e autoria dos crimes previstos nos arts. 228, § 3º, 229 e 230, todos do Código Penal, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, em relação aos apelados, restaram devidamente comprovadas.

Conforme demonstrado, no ano de 2005, os réus S.M.G. e E.M.B., agindo em patente unidade de desígnios e propósitos, criaram o *site* www.garotamorango.com.br com o fim de agenciar garotas de programa, atraindo-as à prostituição e recebendo parte do valor acertado em razão da exploração sexual, bem como uma mensalidade pela hospedagem da foto da garota no *site*, configurando inequivocamente a conduta delituosa prevista no § 3º do art. 228 do Código Penal.

Conforme apurado, os apelados fizeram o anúncio do referido *site* no jornal *Estado de Minas*, de modo a atrair mulheres que quisessem se prostituir.

Consequentemente, aquelas que se interessavam pelo anúncio, tinham suas fotos divulgadas no sítio eletrônico, com nome fictício, valor do programa, local e tipo de serviço realizado.

Analisando a página do *site* “Garota Morango” colacionada aos autos, denota-se que constava o número de telefone 03192020200, que poderia ser utilizado pelos interessados na contratação do programa.

Assim, ao contatar o referido número, o cliente era atendido por uma das corrés (N.G.C.S., J.P.S., E.M.S. ou A.M.B.), combinando com ela a garota de programa escolhida, o local de atendimento, o tipo de serviço e o preço.

Acertado o programa, a garota escolhida era levada ao local combinado por um dos motoristas contratados pelos apelados (F.A.C., F.N.P., J.C.R.F., S.M.S., V.R.C. ou A.L.S.).

O serviço poderia ainda ser contratado por *e-mail*, sendo que, nesta situação, a pessoa encarregada pela negociação era M.L.S.P.

Conforme a robusta prova documental acostada nos autos, além do *site* www.garotamorango.com.br, os apelados S.M.G. e E.M.B. registraram também os seguintes domínios destinados ao favorecimento à prostituição e exploração sexual: www.bambaluar.com.br, www.bhgarotasdeprograma.com.br e www.topmodelbh.com.br, registrados em nome de S.M.G., e www.recifecclass.com.br e www.garotaseexpress.com.br, registrados em nome de E.M.B.

Além disso, restou comprovado que os apelados agiam no interior do Estado de Minas Gerais e até mesmo em outros estados da federação. Nesse contexto, cabe destacar que S.M.G. registrou vários domínios com o nome “Belas”, seguido do nome da cidade (ex. www.belasuberlandia.com.br, www.belasdivinopolis.com.br, etc.), todos destinados à exploração sexual de mulheres.

O bem-sucedido trabalho investigativo apurou que os apelados operavam no imóvel situado [...], endereço da empresa [...], em que figuravam como sócios os apelados E.M.B. e S.M.G. (f. 1.972/1.973).

Nesse local, funcionava a central telefônica de atendimento aos interessados na contratação dos programas sexuais, tanto na Capital, como no interior, contando com cerca de 300 (trezentos) aparelhos celulares, dentre outros itens, conforme se extrai dos laudos periciais acostados às f. 1.312/1.409.

Nesse íterim, cumpre ressaltar que, pela análise das imagens obtidas a partir do circuito interno de segurança do estabelecimento, o laudo pericial às f. 1.535/1.541 logrou êxito em identificar que uma das câmeras instaladas no local mostrava uma sala com 04 (quatro) mulheres sentadas e diversos aparelhos celulares sobre as mesas.

Nesta Capital, os apelados contavam com uma frota de cinco veículos marca Fiat, modelo Uno, placas HNU-0577, HKA-8035, EVG-1868 e EVY-1326, todos registrados em nome de S.M.G. e que eram utilizados para o transporte das garotas de programa até o local combinado com o cliente.

Portanto, restou devidamente comprovado nos autos que os apelados praticaram o crime de favorecimento da prostituição previsto no art. 228, § 3º, tendo em vista que estes, com o fim de lucro, atraíam (aliciavam) mulheres à prostituição (comércio sexual) por meio de *sites* criados na rede mundial de computadores.

A propósito, colaciono os seguintes julgados de alguns tribunais deste país:

Aquele que promove o agenciamento de mulheres e homens para o comércio do próprio corpo, com a finalidade de arrecadar dinheiro, comete o crime do art. 228 (TJES, RT 753/662).

Pratica o crime do art. 228, § 3º, na modalidade de facilitação, quem, com o intuito de lucro, fornece local para a permanência de moças e rapazes de programa, com linha telefônica e publicação de anúncios (TJRJ, Ap. 2.206, j. em 16/11/98).

Como se não bastasse, restou evidenciado que os apelados S.M.G. e E.M.B. tiravam proveito da prostituição alheia, participando diretamente do seu lucro, caracterizando o tipo penal previsto no art. 230 do diploma repressivo. Isso porque, a cada programa sexual agenciado, o valor pago pelo cliente era de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), sendo que, desse total, os apelados ficavam com R\$150,00 (cento e cinquenta reais), e a garota, com R\$100,00 (cem reais).

Nesse sentido:

Configura o crime do art. 230 a conduta de tirar proveito da prostituição alheia, por meio de lucro direto, vale dizer, com o recebimento de parte dos valores arrecadados pela prostituta com seus clientes (TJSP, Ap. 0004877-18.2010.8.26.0071, rel. Des. Camilo Lellis, j. 24/7/2014).

Além disso, os apelados S.M.G. e E.M.B. mantinham, por conta própria, estabelecimento em que ocorria exploração sexual, com o intuito de lucro, configurando a prática delituosa elencada no art. 229 do Código Penal.

Ao tecer comentários acerca do delito “casa de prostituição”, o consagrado jurista Nelson Hungria assevera que

[...] o que o texto legal incrimina é a manutenção de local destinado, permanentemente, habitualmente, ao agasalho de casais para fins sexuais [...] A vigente lei penal dispensa, para a caracterização da modalidade em questão, a ‘mediação direta’ e o ‘fim de lucro’, mas não a habitualidade, a constância da destinação específica do local a encontros para fim libidinoso (HUNGRIA, Nelson. Comentários. v. VIII, p. 288).

Nesta quadra:

Para a configuração do crime do art. 229 não se faz necessário que o local se destine exclusivamente à prostituição; basta que haja comprovação de que o estabelecimento propicie encontros para fins libidinosos e que o responsável esteja desvirtuando a real destinação do estabelecimento (TJSP, Ap. 0001371-54.2007.8.26.0357, Rel. Des. Camilo Lellis, j. em 11/12/2014).

Isso porque, sob o nome fantasia Bambaluar, os apelados S.M.G. e E.M.B. criaram a empresa Bambu Estética SPA Day Ltda.-ME, localizada na [...], nesta Capital, na qual, em tese, funcionaria uma clínica de estética e massagem.

Porém, conforme amplamente demonstrado nos autos, tal estabelecimento funcionava como Scotch Bar e local onde os programas agenciados eram realizados, sendo que quem gerenciava o ponto era o corréu F.A.C.S.

Aliás, o importante depoimento judicial da testemunha G.L.S., que frequentou o estabelecimento Bambaluar, confirma o fato delituoso apresentando diversos detalhes do local. *In verbis*:

[...] no dia dos fatos, viu os 02 acusados na delegacia, podendo reconhecê-los; pesquisou na internet sites que anunciavam boates e encontrou o site ‘Bambu luar’; telefonou para o telefone constante no site, confirmando o endereço, dirigiu-se para o local; foi atendido por uma pessoa que se chamava C.; ficou numa sala do estabelecimento; C. lhe disse que tinha umas moças que estariam disponíveis para programa, estariam disponíveis para realização de uma relação sexual; foi recepcionado por umas 05/06 moças e eram elas que diziam o valor do programa; o programa tinha preço aproximado de 200/250 reais; as moças disseram que o programa seria realizado em um quarto no estabelecimento; as moças não chegaram a detalhar o valor que receberia pelos programas e se o estabelecimento receberia algum valor pago pelo depoente; neste interregno de tempo, a polícia chegou e todos foram encaminhados para a Depol do Barro Preto; foi a primeira vez que frequentou o referido estabelecimento; quando a polícia já havia realizado o programa dentro do estabelecimento; acha que a moça com quem realizou o programa se identificou com o nome de F.; confirma o seu depoimento prestado perante a autoridade policial às f. 538, [...] (Sob o crivo do contraditório às f. 1.687/1.688).

Por sua vez, a testemunha A.V.F.G., que trabalhava no referido estabelecimento, prestou depoimento perante a autoridade policial às f. 546/547 e confirmou em Juízo que o valor do programa era de R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), sendo que R\$100,00 (cem reais) ficavam para a garota e R\$150,00 (cento e cinquenta reais) ficavam para os apelados. Informou, ainda, que, a cada dia de trabalho, atendia, em média, dois clientes, sendo esta também a média das outras mulheres que trabalhavam no local. Confira-se:

[...] que afirma que trabalha no local conhecido como ‘Luar’, situado na [...], há três semanas, sendo que a depoente soube do local através de amigas que trabalham lá; que a depoente deduz que o nome do local seja este, pois a mesma já ouviu a pessoa de F. atender o telefone de lá dessa forma; que afirma que a primeira vez que foi ao local, a mesma se apresentou para F., sendo que ele lhe explicou que as garotas se apresentavam para os clientes que frequentam a casa, sendo que quando o cliente escolhe uma das meninas, eles vão para o quarto realizar o programa, sendo que F. lhe disse que o valor do programa é R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), sendo que R\$100,00 (cem reais) fica para a garota e R\$150,00 fica para a casa; que afirma que o cliente paga o valor para a garota e em seguida o valor é passado para F.; que alega que costuma atender aproximadamente 2 clientes por dia, sendo esta também é a média das outras meninas; que alega que diariamente ficam aproximadamente 15 meninas na casa, [...] que afirma que a casa abre às 09:00hs e fecha às 23:00hs; [...] que nesta data a mesma estava na casa, afirmando que não estava atendendo a clientes no momento da chegada dos policiais (Em sede inquisitiva à f. 546).

[...] confirma o seu depoimento prestado perante a autoridade policial às f. 546/547, [...] (Sob o crivo do contraditório à f. 1780).

Aliás, a própria apelada E.M.B. confirmou, em Juízo, que seu nome constava no contrato social da empresa Bambu Estética SPA Day Ltda.-ME, que era fiadora do contrato de locação do imóvel em que tal estabelecimento estava situado e havia contribuído financeiramente para a reforma da casa. Além disso, E. admitiu que tinha ciência de que o empreendimento se destinava à exploração sexual.

Neste contexto, E. admitiu que também se prostituía e que auxiliou o apelado S.M.G., seu ex-marido, na criação do site intitulado “Garota Morango”, prestando-lhe assessoria acerca de quais seriam as necessidades dos clientes que buscavam serviços sexuais.

Além disso, E. declarou ainda que, quando fazia programas, auferia de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e, quando fazia um número menor de programas, auferia por volta de

R\$15.000,00 (quinze mil reais) a R\$20.000,00 (vinte mil reais). Inclusive, E. assumiu que, para justificar a origem do dinheiro que recebia como garota de programa, criou uma empresa de fachada, denominada VIP Serviços Eireli - ME, cujo objeto social era, em tese, a realização de eventos e festas. *In verbis*:

[...] são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; é amiga do acusado S. e ele lhe pediu para que deixasse o seu nome constar no contrato social da casa de estética Bambu luar; só esteve no estabelecimento localizado na [...], por uma vez; esteve no imóvel porque é fiadora no contrato de locação; não participava da administração da casa de estética; sabia que a casa Bambu luar se destinava a realização de programas no imóvel locado; a intenção de S. era alugar os quartos para que as garotas pudessem realizar programas, quando diz 'realizar programas', esclarece que é a realização de uma relação sexual por um preço pago por quem a contrata; faz programas desde 2005 e quando S. criou a empresa era casada com ele; ajudou S. na construção do site, prestando-lhe assessoria; incentivou S. a criar o site porque ganhava muito dinheiro com a realização de programas; quando o site foi criado, S. fotografa as meninas que não tinham fotos; anunciava o site nos jornais e incluía as fotografias no site; em 2012 quando a casa foi alugada, sabe dizer que as garotas ficavam nela e nela realizavam os programas; não sabe se existiam atendentes; S. morava no escritório do estabelecimento, [...], e sabe dizer que elas atendiam telefonemas de moças interessadas em anunciar; não sabe dizer como as moças ficavam sabendo do site, esclarecendo que o site era muito conhecido e que podia ser por indicação; sabe dizer que o aluguel da rua [...], no início do contrato, foi estipulado em 2.500,00 reais; não sabe dizer qual era o valor do programa realizado pelas moças e quanto elas pagavam para utilizar o quarto; nunca teve contato com nenhuma das moças que trabalhavam na casa Bambu Luar; ficou temerosa de algum escândalo e pediu para S., em janeiro de 2012, para que ele retirasse o seu nome do contrato; divorciou-se de S. em 2007; contratou um advogado para notificar S. para que o nome da interroganda fosse retirado do contrato porque S. ficou 'enrolando' a interroganda; demorou uns 04 meses para o seu nome ser retirado do contrato e acredita que isso ocorreu em junho de 2012; nunca recebeu nenhum valor pela ajuda na construção do site, por ter emprestado seu nome para figurar na empresa e por ter sido fiadora no aluguel da casa; chegou até emprestar dinheiro para S. reformar a casa, esclarecendo que o ajudou para que ele pudesse pagar uma pensão alimentícia para os 03 filhos do casal; quando disse para amigos e conhecidos que tinha uma empresa de eventos, como fez constar no seu depoimento prestado na fase policial, foi porque tinha que justificar a origem do dinheiro que recebia como garota de programa; acrescentou que no seu depoimento consta que tinha uma casa para lavagem de dinheiro, mas não foi isso que quis dizer que falava com as pessoas que tinha uma casa de eventos; esclarecia que os eventos se tratavam de feiras e festas; [...] quando se casou com S., em 1995, trabalhavam em uma loja de informática; eram donos das lojas Star Informática e Hard Informática; foi decretada a falência das lojas e o CNPJ foi mantido, ficou parado; foi em razão da falência das lojas que passou a realizar programas; confirma seu depoimento prestado perante a autoridade policial às f. 610, [...] retifica o seu depoimento prestado perante a autoridade policial no que tange à manutenção da empresa Hard Informática para lavagem de dinheiro obtido com a prostituição; ajudou tão somente S. a criar o site e no depoimento quando se consignou 'a declarante e S.' referia-se tão somente a S.; ficou sabendo que os negócios de S. tinham se expandido para o interior no dia da prisão e naquele dia perguntou para o advogado e ele disse que os negócios no interior não estavam funcionando; prestou suas declarações na presença do seu advogado à época M.E.G.; não sabe dizer se os sites criados para funcionarem no interior e até em Recife funcionavam da mesma forma que o site Garota Morango; foi algumas vezes no escritório na rua [...] buscar seus filhos e sabe dizer que lá trabalhavam E. e N.; conhece os motoristas A., F. e J., esclarecendo que F. é motorista da interroganda; [...] recebia como garota de programa 40/50 mil reais quando o movimento estava bom e 15/20 mil reais quando o movimento estava ruim; não declarava todo o movimento, declarava para o imposto de renda o mínimo; [...] criou a empresa Vip Promoções e Eventos para justificar o dinheiro que recebia como garota de programa, [...] não sabe dizer se no seu imposto de renda o dinheiro que declara que recebeu

tem origem na empresa Vip; [...] ajudou S. na criação do site informando para ele quais eram as necessidades dos clientes aos quais o site era direcionado; [...] (Sob o crivo do contraditório às f. 1.781/1.784).

Por sua vez, o apelado S.M.G. admitiu ser o proprietário e criador dos sites/domínios relacionados na denúncia, sendo todos eles voltados para o anúncio de garotas que se prostituíam, podendo o preço do anúncio variar entre R\$20,00 (vinte reais) a R\$300,00 (trezentos reais).

S. confirmou ainda que as garotas anunciavam seus serviços no site e deixavam os telefones no escritório da rua [...], local em que havia quatro atendentes e de quatro a cinco motoristas, sendo que aquelas agendavam os programas e estes buscavam as garotas em suas respectivas residências para conduzi-las ao local do atendimento.

Dessa forma, S. afirmou que eram cobrados, em média, R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais) por programa, dos quais R\$50,00 (cinquenta reais) se destinavam a custear despesas com motorista, combustível e pagamento do financiamento dos veículos, R\$100,00 (cem reais) ficavam para a garota e os R\$100,00 (cem reais) remanescentes eram destinados “à casa”. Portanto, cada programa realizado por intermédio do esquema criminoso lhe rendia, pelo menos, R\$100,00 (cem reais).

Vale registrar ainda que, com a implementação desse sistema, S. informou que recebia de R\$15.000,00 (quinze mil reais) a R\$20.000,00 (vinte mil reais), porém, declarava o recebimento de apenas R\$6.000,00 (seis mil reais) e que justificava os ganhos relativos aos anúncios com o faturamento da empresa Bambular (cuja razão social é Bambu Estética SPA Ltda.-ME), que possui como objeto social a atividade de estética, massagem e outros serviços de cuidado com a beleza. Veja-se:

[...] são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; é proprietário dos ‘sites/domínios relacionados na denúncia, de conteúdo adulto; foi o interrogando quem criou os sites; é técnico em eletrônica, tem especialização em informática; o estabelecimento ‘Bambu Luar’ lhe pertencia; alugou o imóvel com o objetivo de criar um scotch bar, um lugar para os clientes encontrarem as meninas que estavam na casa; alugava quartos, a casa tinha cinco quartos, para que as moças fizessem programas ou ficassem à vontade com os clientes; a entrada das mulheres era franca na casa e cobrava dos clientes homens a quantia de 30 reais para entrarem na casa; o quarto era alugado por 70 reais/hora e 120/duas horas; nos seus sites faziam-se anúncios de meninas de programa; cobrava para anunciá-las e o preço dependia do tipo de anúncio; o preço variava de 20/300 reais se o anúncio era de destaque; as meninas deixavam os telefones no escritório da rua [...]; tinham 4 atendentes no escritório da rua [...]; elas revezavam o trabalho, trabalhavam dia sim, dia não; tinha 4/5 motoristas que buscavam as garotas na residência delas e as levavam até o local de atendimento; era cobrado em média 250,00 reais do cliente; 50,00 reais era para o motorista e serviço de aluguel de carro, independentemente do trajeto; 100,00 reais ficava com a garota e os outros 100,00 eram destinados à casa para o pagamento da comissão das atendentes e valor do anúncio; todo programa rendia para a casa o valor de 100,00 reais; ou seja, 100,00 reais era destinado para a casa; a denunciada E., sua ex-mulher, não participava da administração da casa ‘Bambu Luar’; como é amigo dela pediu para ela figurar no contrato social da casa ‘Bambu Luar’; E. por conhecer o ramo, deu para o interrogando algumas ideias quando o site foi criado; muito raramente ia no estabelecimento ‘Bambu Luar’; quando não estava na casa ela era administrada pelo gerente C.; C. era quem recebia o dinheiro e controlava toda a movimentação da casa; [...] paga imposto de renda da Hard Service e também como pessoa física; recebia de 15/20 mil reais por mês como pessoa física, sendo certo que declarava o recebimento de 6 mil reais; o valor acima apontado é do recebimento total do interrogando, como pessoa física e jurídica; o pagamento dos tributos é feito pela sua contabilidade com a emissão de nota

fiscal; no começo das suas atividades colocou anúncio no jornal e depois não foi preciso porque uma moça indicava a outra. [...] disse que era proprietário dos sites www.garotamorango.com.br, bambuluar.com.br, bhgarotasdeprograma.com.br; em relação aos domínios: [garotasexpress](http://garotasexpress.com.br), [belasuberlândia](http://belasuberlândia.com.br), [belasdivinópolis](http://belasdivinópolis.com.br), [recifeclass](http://recifeclass.com.br), tem a dizer que esses sites não chegaram a funcionar, o interrogando estava os criando quando foi preso; tinha chegado a contratar atendentes para dar início dos trabalhos dos sites das cidades do interior; elas estavam cadastrando as moças e divulgando o site; as funcionárias N., E., J. e A. recebiam um salário fixo, que era anotado na CTPS e mais o valor da comissão paga pelas garotas; os motoristas recebiam 2.000,00 reais por mês da empresa e os 50,00 reais se destinavam ao pagamento do financiamento do carro mais pagamento do motorista; com o valor de 50 reais por corrida chegava a receber 16 mil reais por mês, sendo que 10 mil era destinado ao pagamento dos motoristas, 3.500,00 reais ao pagamento do financiamento dos veículos e o restante cobria a despesa de gasolina; os motoristas recebiam por corridas que executavam para as garotas, diferentes das corridas para atendimento de clientes; os carros eram adquiridos através de financiamento em nome do interrogando; a Hard Informática não teve falência decretada, ficou parada desde setembro de 2013 e o seu CNPJ encontra-se ativo; não utilizava a empresa para justificar os ganhos oriundos dos sites/domínio que é proprietário; justificava os ganhos dos anúncios com o faturamento da empresa Bambu Luar; a empresa Bambu Luar tem a seguinte razão social: Bambu Estética SPA Ltda. [...] (Sob o crivo do contraditório às f. 1.785/1.788).

Assim sendo, a prática pelos apelados dos delitos previstos nos arts. 228, § 3º, 229 e 230, todos do Código Penal, restou amplamente comprovada no robusto caderno probatório, sendo que tal ponto sequer fora alvo de controvérsia.

O cerne do debate consiste na aplicação ou não do princípio da adequação social na conduta delituosa praticada pelos apelados.

Contudo, restando configurada a prática dos referidos delitos pelos apelados, dada a devida vênua ao entendimento do d. Magistrado *a quo*, não há que se cogitar a aplicação da tese de adequação social da conduta.

Isso porque, no que se refere à alegada atipicidade da conduta, destaque-se que não elide os crimes inculpidos nos arts. 228, 229 e 230 do Código Penal o fato de as autoridades, bem como a sociedade local, aceitarem o comportamento ilícito, vez que essa eventual tolerância não exclui a finalidade da norma, que é tutelar a dignidade sexual da pessoa e os bons costumes.

Ademais, se fosse intenção do legislador abarcar as referidas condutas pelo princípio da adequação social, o teria feito através da recente edição da Lei nº 12.015/09, que oportunizou eventual modificação dos dispositivos penais. No entanto, conforme se observa, a letra da lei foi mantida em sua integralidade, se enquadrando plenamente ao presente caso.

Em resumo, o que está reprovado, agora, não é o sexo (a libidinagem), mas sim a exploração.

A eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem assim o pretense desuso não se apresentam, em nosso sistema jurídico-penal, como causa de atipia. Certo é que os enunciados legais-penais são taxativos e não toleram incrementos jurisprudenciais.

Tanto é assim que o art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei nº 12.376/2010) determina que, “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Nesse sentido destaco a lição do doutrinador Fernando Capez:

Importante mencionar que, no tocante ao antigo delito do art. 229 do CP, já sustentávamos que, embora houvesse tolerância por parte da sociedade e mesmo dos órgãos policiais relativamente à manutenção de casa de prostituição, o dispositivo penal não havia deixado de ser considerado crime, embora sua aplicação estivesse em desuso. Assim, a aceitação social de um fato reputado criminoso pela lei penal, o qual, em virtude de reiterada prática e aprovação social, passasse a constituir um costume (p. ex., jogo do bicho), não teria o condão de descriminalizá-lo. Tampouco se vislumbraria uma causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade. Esse, inclusive, era o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Com o advento da Lei nº 12.015/2009, percebe-se a preocupação do legislador em reforçar a incriminação desse fato, ampliando a sua tutela jurídica, de molde (sic) a abarcar qualquer forma de exploração sexual realizada em estabelecimento destinado ou não exclusivamente ao lenocínio (CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v. 3, p.143/144).

Não destoam a jurisprudência dos egrégios Tribunais Superiores:

A eventual tolerância ou indiferença na repressão criminal, bem como o pretense desuso, não se apresentam como causa de atipia (STJ, REsp 141.956-SC, DJU 14/12/98, p. 268, em RBCr 25/232).

Habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Casa de prostituição. Aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social: impossibilidade. Conduta típica. Constrangimento não configurado. 1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos pacientes, os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei nº 12.376/2010), 'não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue'. 3. Mesmo que a conduta imputada aos pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. *Habeas corpus* denegado (STF - HC 104467/RS - Primeira Turma - Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia - j. em 8/2/2011 - DJe de 9/3/2011).

Penal e processo penal. Agravo regimental no recurso especial. Negativa de vigência ao art. 229 do CP (redação antiga). Casa de prostituição. Descriminalização. Inocorrência. Tipicidade. Reexame fático e probatório. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. Esta Corte Superior tem entendimento no sentido de que não se pode falar em descriminalização pela ordem social do delito de casa de prostituição – art. 229 do Código Penal. 2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita, sendo vedado a esta Corte revolver o arcabouço carregado aos autos, ante a vedação do Enunciado 7 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ - AgRg no REsp 924750/RS - Sexta Turma - Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura - j. em 15/3/2011 - DJe de 4/4/2011).

Dessa forma, afastada a absolvição embasada na atipicidade da conduta e, inexistindo excludentes, resta imperiosa a condenação dos apelados S.M.G. e E.M.B. nas sanções dos delitos dos arts. 228, § 3º, 229 e 230, todos do Código Penal.

Embora possa ser aventada a eventual possibilidade de consunção, na espécie, entendo que não é possível, já que restou cabalmente demonstrado o dolo específico dos réus para cada conduta delituosa.

Noutro giro, deve também vigorar a condenação dos apelados pelo crime previsto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, tendo em vista que a prova acostada nos autos comprovou inequivocamente que S.M.G. e

E.M.B. ocultavam e dissimulavam, de forma reiterada, a natureza, a origem e a movimentação dos valores provenientes, direta ou indiretamente, da prática das referidas infrações penais, fato este, inclusive, confessado por ambos em Juízo (f. 1.781/1.784 e f. 1.785/1.788). Confira-se:

[...] são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; [...] quando disse para amigos e conhecidos que tinha uma empresa de eventos, como fez constar no seu depoimento prestado na fase policial, foi porque tinha que justificar a origem do dinheiro que recebia como garota de programa; acrescentou que no seu depoimento consta que tinha uma casa para lavagem de dinheiro, mas não foi isso que quis dizer que falava com as pessoas que tinha uma casa de eventos; esclarecia que os eventos se tratavam de feiras e festas; [...] confirma seu depoimento prestado perante a autoridade policial às f. 610, [...] retifica o seu depoimento prestado perante a autoridade policial no que tange à manutenção da empresa Hard Informática para lavagem de dinheiro obtido com a prostituição; [...] não declarava todo o movimento, declarava para o imposto de renda o mínimo; [...] criou a empresa Vip Promoções e Eventos para justificar o dinheiro que recebia como garota de programa, [...] não sabe dizer se no seu imposto de renda o dinheiro que declara que recebeu tem origem na empresa Vip; [...] (Declarações de E.M.B., sob o crivo do contraditório, às f. 1.781/1.784).

[...] a Hard Informática não teve falência decretada, ficou parada desde setembro de 2013 e o seu CNPJ encontra-se ativo; não utilizava a empresa para justificar os ganhos oriundos dos *sites*/domínio que é proprietário; justificava os ganhos dos anúncios com o faturamento da empresa Bambu Luar; a empresa Bambu Luar tem a seguinte razão social: Bambu Estética SPA Ltda. [...] (Declarações de S.M.G., sob o crivo do contraditório, às f. 1.785/1.788).

Logo, havendo a reiteração da lavagem de capitais sem qualquer nexo de continuidade, restando demonstrado que os apelados investiam na prática delituosa de lavagem de capitais de forma reiterada e frequente, é perfeitamente possível o aumento da reprimenda em razão da causa especial prevista no art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.6013/98 (STJ, 5ª Turma, HC 19.902/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 10/3/2003, p. 256).

Por outro lado, diferentemente do que pretende a acusação, não deve prevalecer a condenação dos apelados pelo crime de associação criminosa (art. 288, CP).

Isso porque o dispositivo legal em comento visa a punir, pelo perigo que representa para a paz e a segurança públicas, a associação de três ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.

Conforme já registrado neste voto, inexistem quaisquer dúvidas de que o casal S.M.G. e E.M.B. estava associado para a prática de diversos delitos contra a dignidade sexual.

Contudo, não há qualquer evidência de que os demais corréus estivessem associados com os apelados, tratando-se apenas de meros funcionários destes para o êxito da empreitada criminosa. Portanto, não restou configurado o dolo específico dos demais corréus em associar-se para o fim de cometer crimes.

Aliás, para a caracterização do delito previsto no art. 288 do Código Penal, é imprescindível que a reunião seja efetivada antes da deliberação dos delitos, não sendo esta a situação em tela.

Fato é que os apelados S.M.G. e E.M.B. desenvolveram em conjunto toda a estrutura para explorar o comércio sexual e praticar os delitos previstos nos arts. 228, 229 e 230 do Código Penal e, por conseguinte, contrataram os demais corréus para trabalharem como funcionários (atendentes e motoristas).

Com efeito, tendo se associado apenas duas pessoas, para o fim específico de cometer crimes, não há que se falar em associação criminosa, mas apenas pluralidade de agentes.

Com tais considerações, passo a dosar as reprimendas.

1) Da pena do réu S.M.G.

1.1) Do crime previsto no art. 228, § 3º, do CP.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que o réu é portador de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.177/2.178 que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, devendo-lhe ser favoráveis. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais a serem consideradas, concretizo a pena do réu S.M.G. pela prática do crime previsto no art. 228, § 3º, do Código Penal, no importe definitivo de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

1.2) Do crime previsto no art. 229 do CP.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que o réu é portador de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.177/2.178 que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, devendo-lhe ser favoráveis. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais a serem consideradas, concretizo a pena do réu S.M.G., pela prática do crime previsto no art. 229 do Código Penal, no importe definitivo de 02 (dois)

anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

1.3) Do crime previsto no art. 230 do CP.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que o réu é portador de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.177/2.178 que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, devendo-lhe ser favoráveis. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais a serem consideradas, concretizo a pena do réu S.M.G. pela prática do crime previsto no art. 230 do Código Penal, no importe definitivo de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

1.4) Do crime previsto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que o réu é portador de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.177/2.178 que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, devendo-lhe ser favoráveis. Não há que se falar em comportamento da vítima para a prática desse delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais de diminuição a serem consideradas. Por outro lado, estando presente a causa especial de aumento do § 4º, já que os crimes de lavagem de dinheiro foram cometidos de forma reiterada, a pena deve ser majorada na fração de 1/3 (um terço), razão pela qual concretizo a pena do réu S.M.G. pelo crime previsto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, no importe definitivo de 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

1.5) Do concurso material do art. 69 do CP.

Sendo o caso de aplicação cumulativa das penas de reclusão, conforme estabelecido no art. 69 do Código Penal, a pena definitiva do réu S.M.G. pelos crimes previstos nos arts. 228, § 3º, 229 e 230, do Código Penal, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, resta concretizada em 09 (nove) anos de reclusão e 43 (quarenta e três) dias -multa, no valor unitário mínimo.

Considerando o *quantum poenale*, deve ser fixado o regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme disposto no art. 33, § 2º, alínea *a*, do Código Penal.

Nesse ponto, vale registrar que eventual detração da pena (art. 387, § 2º, CPP) deverá ser consolidada no Juízo da Execução, já que este possuirá melhores condições de aferir com precisão o tempo exato de prisão provisória para proceder a eventuais modificações acerca do regime prisional.

Diante da pena imposta, resta incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que ausente o requisito legal elencado no inciso I do art. 44 do diploma repressivo.

2) Da pena da ré E.M.B.

2.1) Do crime previsto no art. 228, § 3º, do CP.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que a ré é portadora de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.178-v. que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, devendo-lhe ser favoráveis. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais a serem consideradas, concretizo a pena da ré E.M.B. pela prática do crime previsto no art. 228, § 3º, do Código Penal, no importe definitivo de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

2.2) Do crime previsto no art. 229 do CP.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que a ré é portadora de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.178-v. que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal,

devendo-lhe ser favoráveis. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais a serem consideradas, concretizo a pena da ré E.M.B. pela prática do crime previsto no art. 229 do Código Penal, no importe definitivo de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

2.3) Do crime previsto no art. 230 do CP.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que a ré é portadora de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.178-v. que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, devendo-lhe ser favoráveis. O comportamento das vítimas em nada contribuiu para a prática do delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena-base no mínimo legal, qual seja, 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais a serem consideradas, concretizo a pena da ré E.M.B. pela prática do crime previsto no art. 230 do Código Penal, no importe definitivo de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

2.4) Do crime previsto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98.

Na primeira fase, no que toca à culpabilidade, entendida como a necessidade de reprovação social da conduta, é inerente ao tipo penal, pelo que deixo de valorá-la. Tem-se que a ré é portadora de bons antecedentes, não havendo anotações em sua CAC de f. 2.178-v. que comprovem o contrário. Lado outro, a conduta social e a personalidade não devem ser valoradas ante a inexistência de indícios concretos nos autos que as maculem. Os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são inerentes ao tipo penal, devendo-lhe ser favoráveis. Não há que se falar em comportamento da vítima para a prática desse delito, não devendo, pois, ser valorado.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do CP, e considerando que a pena deve traduzir numericamente a resposta estatal necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixa-se a pena base no mínimo legal, qual seja, 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, CP). Contudo, em atenção à Súmula nº 231 do STJ, mantenho a pena provisória no patamar mínimo legal.

Na fase final, não havendo quaisquer causas gerais ou especiais de diminuição a serem consideradas. Por outro lado, estando presente a causa especial de aumento do § 4º, já que os crimes de lavagem de dinheiro foram cometidos de forma reiterada, a pena deve ser majorada na fração de 1/3 (um terço), razão pela qual concretizo a pena da ré E.M.B. pelo crime previsto no art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, no importe definitivo de 04 (quatro) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa à fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

2.5) Do concurso material do art. 69 do CP.

Sendo o caso de aplicação cumulativa das penas de reclusão, conforme estabelecido no art. 69 do Código Penal, a pena definitiva da ré E.M.B. pelos crimes previstos nos arts. 228, § 3º, 229 e 230 do Código Penal e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, resta concretizada em 09 (nove) anos de reclusão e 43 (quarenta e três) dias -multa, no valor unitário mínimo.

Considerando o *quantum poenale*, deve ser fixado o regime fechado para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, conforme disposto no art. 33, § 2º, alínea *a*, do Código Penal.

Nesse ponto, vale registrar que eventual detração da pena (art. 387, § 2º, CPP) deverá ser consolidada no Juízo da Execução, já que este possuirá melhores condições de aferir com precisão o tempo exato de prisão provisória para proceder a eventuais modificações acerca do regime prisional. Diante da pena imposta, resta incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que ausente o requisito legal elencado no inciso I do art. 44 do diploma repressivo.

Por fim, merece ser tecida uma pequena consideração sobre o momento inicial de execução da pena.

Na data de 11 de novembro de 2016, por maioria (6 a 4), o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos Tribunais Superiores. A decisão foi tomada na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida e, com efeito, tal posicionamento deve ser seguido por todas as instâncias inferiores da Justiça. Tal efeito, inclusive, fora confirmado nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de números 43 e 44, na data de 5/10/16, com efeito *erga omnes*.

Dessa forma, curvando-me à hodierna orientação jurisprudencial emanada pelo STF, exauridos os recursos a serem interpostos nesta instância (embargos declaratórios e infringentes), determino o imediato início de cumprimento das penas privativas de liberdade impostas aos acusados S.M.G. e E.M.B., devendo, para tanto, ser expedidas as respectivas guias de execução e mandados de prisão com prazo de validade de 16 (dezesesseis) anos (art. 109, II, do CP).

Isso posto, dou parcial provimento ao recurso ministerial, para reformar a sentença *a quo* e condenar os apelados S.M.G. e E.M.B. nas sanções dos arts. 228, § 3º, 229 e 230, do Código Penal, e art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, na forma do art. 69 do CP, nos termos do voto proferido.

De ofício, exauridos os recursos ainda cabíveis em segunda instância, determino o pronto cumprimento pelos réus das penas privativas de liberdade, com a incontinenti expedição das respectivas guias de execução e mandados de prisão com prazo de validade de 16 (dezesesseis) anos (art. 109, II, do CP).

Custas pelo Juízo da Execução.

DES.^a DENISE PINHO DA COSTA VAL - Voto parcialmente divergente.

Ao exame dos autos, acompanho o voto do em. Des. Relator quando afasta o princípio da adequação social, adotado na r. sentença, para absolver os apelados, bem como mantém a absolvição dos réus do crime do art. 288 do Código Penal.

Da mesma forma, adiro ao voto condutor em relação à condenação do crime do art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, porquanto devidamente comprovadas a autoria, materialidade e tipicidade desse delito.

Peço vênia, contudo, para divergir do em. Relator em relação à condenação pelos delitos de exploração sexual, casa de prostituição e rufianismo.

Em análise minuciosa dos autos, extrai-se que realmente há provas da materialidade e da autoria delitivas desses delitos, uma vez que os apelados mantinham casa de prostituição, atraindo mulheres para o ofício através da internet, bem como participavam dos lucros que elas auferiam.

Tenho, entretanto, que não há como prosperar a condenação dos acusados pelos delitos dos arts. 228, 229 e 230 do CP, concomitantemente.

Isso porque, mesmo estando presentes as três condutas, há uma evidente consunção dos delitos dos arts. 228 e 230 pelo crime do art. 229 do Código Penal, porquanto quem atrai alguém para a prostituição com o fim de lucro, também tira proveito da prostituição alheia, e quem mantém casa de prostituição, da mesma forma, tira proveito da prostituição alheia.

Reza o art. 229 do CP:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

A caracterização do tipo penal do art. 229 do CP restou evidente nos autos, diante da narrativa das testemunhas, no sentido de que os acusados mantinham estabelecimento onde havia exploração sexual.

Como bem leciona Luiz Regis Prado:

Estabelecimento onde ocorra exploração sexual é o local ou qualquer espaço onde alguém permanece à espera dos clientes, bem como a moradia à qual a pessoa apenas comparece em horário determinado para a prática de condutas que consubstanciem exploração sexual (e não apenas sexo), retirando-se a seguir (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 7. ed. RT, 2012. p. 686).

O bem jurídico protegido pela referida norma é o interesse da sociedade, especialmente com o fim de evitar o fomento e a proliferação das formas de lenocínio, bem como protege também a liberdade sexual.

Ressalte-se que, em caso semelhante, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu:

Casa de prostituição. Configura-se o crime quando o réu mantém dependência anexa com quartos para a prostituição de mulheres que vivem no mesmo estabelecimento, de quem recebe dinheiro pelo uso do quarto e fornecimento de preservativos (RJDERS, 191/179).

Por sua vez, caracteriza o delito de rufianismo, previsto no art. 230 do CP:

Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

No caso em tela, também, está suficientemente comprovada a conduta dos recorridos, os quais recebiam parte dos lucros auferidos pelas garotas de programa, todavia, tal conduta já é punível no delito do art. 229 do CP, quando se evidencia o intuito de lucro.

No que tange ao delito de rufianismo, veja-se um julgado do extinto Tribunal de Alçadas Criminais de São Paulo:

É condição, para que se verifique o crime de rufianismo, que o agente aufera proveito de prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros, ou se faça sustentar, no todo ou em parte, por quem exerça a prostituição (TACRIM, RT, 160/71).

No crime de favorecimento à prostituição, a conduta típica consiste em levar alguém à prostituição ou facilitar para que a pessoa se entregue à prostituição, afastando dificuldades ou empecilhos ou lhe propiciando meios para prostituir-se, o que aconteceu in casu, mas, como dito, há uma evidente consunção pelo delito do art. 229 do Diploma Penal, diante do fato de os réus atraírem mulheres à prostituição e auferirem lucros com a manutenção de casa de prostituição.

Nesse sentido:

Favorecimento à prostituição em Concurso com rufianismo: o crime de favorecimento à prostituição qualificado pelo fim de lucro absorve o do art. 230 (TJSP - RT 873/586, p. 731).

Concurso com casa de prostituição: o crime do art. 228 é absorvido pelo do art. 229, que é específico (TJSC, RT 557/365, TJPR, PJ 40/328, 42/188).

Apelação criminal casa de prostituição, favorecimento e rufianismo. Pleito de absolvição por atipicidade ou insuficiência de provas Impossibilidade prova documental e oral que comprovam que a agente era a responsável por estabelecimento, destinado à prostituição, participando diretamente dos lucros da prostituição alheia, bem como favorecia-a. Aplicação do princípio da consunção. Crime mais grave que deve absorver os menos graves, não cabendo reparo. Condenação mantida. Penas bem dosadas e criteriosamente substituídas que não comportam reparo. Recurso desprovido, com observação (APL/ SP 0004877-18.2010.8.26.0071, 7ª Câmara de Direito Criminal, p. em 28/7/2014, j. em 24/7/2014, Relator Camilo Léllis).

Assim, dúvidas não pairam de que os acusados praticaram as condutas típicas dos três delitos, todavia, levando-se em conta que todas se deram num mesmo contexto fático, entendendo que deva ser aplicado, *in casu*, o princípio da consunção, em que uma conduta é absorvida pela outra.

Ocorre a consunção quando uma conduta constitui meio necessário ou fase de preparação ou de execução de outro crime, de modo que os delitos de exploração sexual e rufianismo são meios necessários para o crime de casa de prostituição, o qual abarca as duas condutas anteriores.

A propósito, confira a jurisprudência, *mutatis mutandi*:

Penal e processual penal. Conexão probatória. Art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal. Tráfico internacional de mulheres. Art. 231 do Código Penal. Fato anterior à Lei nº 11.106/2005. Materialidade, autoria e dolo demonstrados. Favorecimento da prostituição, manutenção de casa de prostituição e rufianismo. Art. 228, 229 e 230, ambos do Código Penal. Princípio da consunção. Aplicabilidade. A conexão probatória prevista no art. 76, inciso III, do Código de Processo Penal requer a verificação de um liame fático que aproxime os delitos praticados a tal ponto que a prova a ser produzida para um influencie na demonstração do outro, atraindo o feito para a Justiça Federal caso um dos crimes conexos seja de competência federal, como o tráfico internacional de mulheres. O crime descrito no art. 231 do Código Penal caracteriza-se como formal, consumando-se com a simples entrada ou saída da mulher no país, não importando que ela consinta ou tenha conhecimento do fim para o qual está indo ou chegando a determinado lugar, nem a ocorrência do exercício efetivo da prostituição. O dolo, nessa espécie de delito, consiste na vontade livre e consciente de realizar a conduta descrita no tipo penal, exigindo-se a presença do elemento subjetivo, configurado com o fim de lucro, apenas para aplicação da pena de multa, quando as condutas delituosas ocorreram antes do advento da Lei nº 11.106/2005, de 28/3/2005 (§ 3º do art. 231 do Código Penal). À luz do princípio da consunção, os crimes de favorecimento da prostituição e manutenção de casa de prostituição ficarão absorvidos pelo crime de rufianismo quando servirem como meros instrumentos para a perfectibilização de um objetivo final único, qual seja a obtenção de lucro com a prostituição alheia. Quando um delito apresentar-se como meio para realização de outro, o crime-meio resta absorvido pelo crime-fim. Todavia, nas hipóteses em que o crime-meio estabelecer penas mais graves que o crime-fim, este restará absorvido por aquele (TRF-4 - Apelação Criminal ACR 439 SC 2002.72.03.000439-4 (TRF-4), p. em 23/9/2009).

Casa de prostituição. Rufianismo. Favorecimento à prostituição. Prescrição. Pena *in concreto*. Reconhecimento. Princípio da consunção. *Ante factum* impunível. 1. Transitando em julgado a sentença condenatória para a acusação e, verificando-se que entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença penal condenatória recorrível, transcorreu o lapso prescricional determinado pela pena *in concreto*, imperativo se mostra o reconhecimento da extinção da punibilidade dos agentes, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua modalidade retroativa. 2. Em obediência ao princípio da consunção, o crime de favorecimento à prostituição é absorvido pelo de rufianismo, pois ambos se deram no mesmo contexto fático, sendo o primeiro 'crime-meio' para que pudesse alcançar o 'crime-fim'. 3. Dar parcial provimento aos recursos (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.00.010484-4/001, Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, j. em 30/9/2008, p. em 14/10/2008).

Apelação criminal. Favorecimento à prostituição e rufianismo. Absolvição. Impossibilidade. Absorção do primeiro delito pelo segundo. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. - Provado que a ré induziu e favoreceu a prostituição de menor, com o objetivo de se beneficiar dos lucros auferidos com a degradante atividade, a condenação se impõe. - O rufianismo, por haver nítido intuito de lucro e de ser mantido graças à prostituição alheia, absorve o favorecimento (art. 228) (TJMG, 2ª C. Crim., Ap. nº 1.0071.01.005105-1/001, Rel.ª Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, v.u., j. em 8/6/2006, DOMG de 20/7/2006).

Dessa forma, as condutas dos apelantes consistentes em atrair as garotas para a prostituição, visando a auferir lucro, e a exploração sexual ficam absorvidas pelo crime de manter casa de prostituição.

Assim, a condenação dos acusados deve ser tão somente pelo delito do art. 229 do Código Penal, motivo pelo qual passo a fixar-lhes a reprimenda.

- S.:

Adotando as balizas judiciais do voto condutor referentes ao delito do art. 229 do CP, à exceção das circunstâncias, as quais tenho como desfavoráveis, pelo fato de os réus aliciarem as garotas pela internet, para a prostituição, lucrando em cima dessa exploração sexual, fixo a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Na segunda fase, pela atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para o mínimo legal, ou seja, para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, a qual torno definitiva na ausência de causas que a possam alterar.

Pelo concurso do crime do art. 229 do CP e do crime do art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, cuja pena já foi fixada no voto condutor, somo as penalidades, concretizando-as em 6 anos de reclusão e 23 dias-multa, no valor mínimo legal.

Fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, tendo em vista o *quantum* da pena imposto, a primariedade do réu e por serem as balizas judiciais favoráveis a ele, em sua maioria.

Incabível qualquer benefício legal, porque não restaram preenchidos os requisitos dos arts. 44 e 77 do Digesto Penal.

- E.:

Adotando as balizas judiciais do voto condutor referentes ao delito do art. 229 do CP, à exceção das circunstâncias, as quais tenho como desfavoráveis, pelo fato de os réus aliciarem as garotas pela internet, para a prostituição, lucrando em cima dessa exploração sexual, fixo a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Na segunda fase, pela atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para o mínimo legal, ou seja, para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa, a qual torno definitiva na ausência de causas que a possam alterar.

Pelo concurso do crime do art. 229 do CP e do crime do art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, cuja pena já foi fixada no voto condutor, somo as penalidades, concretizando-as em 6 anos de reclusão e 23 dias-multa, no valor mínimo legal.

Fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, tendo em vista o *quantum* da pena imposto, a primariedade da ré e por serem as balizas judiciais favoráveis a ela, em sua maioria.

Incabível qualquer benefício legal, porque não restaram preenchidos os requisitos dos arts. 44 e 77 do Digesto Penal.

Em face do exposto, divirjo parcialmente do em. Relator e dou parcial provimento ao recurso, para condenar os apelados nos crimes do art. 229 do Código Penal e do art. 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/98, nos termos do art. 69 do CP, às penas iguais de 6 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 23 dias-multa, no valor mínimo legal.

Custas *ex lege*.

É como voto.

DES.^a MÁRCIA MILANEZ - De acordo com a il. Revisora.

Súmula - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E, DE OFÍCIO, DETERMINARAM A EXECUÇÃO DA PENA, VENCIDO EM PARTE O RELATOR.

• • •

Recurso especial - Execução penal - Remição - Atividade realizada em coral - Interpretação extensiva *in bonam partem* do art. 126 da LEP - Precedentes - Redação aberta - Finalidade da execução atendida - Incentivo ao aprimoramento cultural e profissional - Afastamento do ócio e da prática de novos delitos - Proporcionar condições para a harmônica reintegração social - Formação profissional - Provimento

1. Em se tratando de remição da pena, é, sim, possível proceder à interpretação extensiva em prol do preso e da sociedade, uma vez que o aprimoramento dele contribui decisivamente para os destinos da execução (HC nº 312.486SP, DJe de 22/6/2015).

2. A intenção do legislador ao permitir a remição pelo trabalho ou pelo estudo é incentivar o aprimoramento do reeducando, afastando-o, assim, do ócio e da prática de novos delitos, e, por outro lado, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP). Ao fomentar o estudo e o trabalho, pretende-se a inserção do reeducando ao mercado de trabalho, a fim de que ele obtenha o seu próprio sustento, de forma lícita, após o cumprimento de sua pena.

3. O meio musical, além do aprimoramento cultural proporcionado ao apenado, promove sua formação profissional nos âmbitos cultural e artístico. A atividade musical realizada pelo reeducando profissionaliza, qualifica e capacita o réu, afastando-o do crime e reintegrando-o na sociedade.

4. Recurso especial provido para reconhecer o direito do recorrente à remição de suas penas pela atividade realizada no Coral Decreto de Vida, determinando ao Juízo competente que proceda a novo cálculo da reprimenda, computando, desta feita, os dias remidos como pena efetivamente cumprida.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.666.637-ES (2017/0092587-3) - Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Recorrente: Paulo Henrique Ambrosio Alves. Advogados: Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, Thiago Piloni - Defensor Público. Recorrido: Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de setembro de 2017 (data do julgamento). - *Ministro Sebastião Reis Júnior* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR - Trata-se de recurso especial interposto por Paulo Henrique Ambrósio Alves, representado pela Defensoria Pública do Espírito Santo, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local que manteve a decisão de primeiro grau que negava provimento ao pedido de remição da pena.

Consta dos autos que o reeducando requereu ao Juiz da execução o reconhecimento de trabalho no Coral Decreto da Vida para fins de remição da pena, uma vez que se dedicava 8 horas por dia ao referido labor.

O Magistrado *a quo* indeferiu o pedido e, interposto agravo em execução, o Tribunal local manteve a negativa.

Esta, a ementa do acórdão recorrido (f. 43):

Agravo em execução. Remição. Trabalho. Coral. Não empresarial. Recurso conhecido e improvido. - Não basta o trabalho esporádico, ocasional, realizado pelo reeducando para fins de remição, sendo necessária a certeza de efetivo trabalho, bem como que seja esta atividade ordenada, empresarial e, antes de mais nada, remunerada. Doutrina. - O desempenho de atividades no “Coral Decreto de Vida”, de natureza eminentemente artística, não remunerada e de cunho não empresarial, não pode ser considerado para fins de remição. Inteligência do artigo 126, da Lei de Execuções Penais. Recurso conhecido e improvido.

Nas razões do especial (f. 49/58), o recorrente alega ofensa ao princípio da finalidade da Execução Penal e ao art. 126 da Lei de Execução Penal, ao fundamento de que o meio musical é sim uma atividade laborativa, tanto que regulamentada pela Lei nº 3.857/1960, com caráter profissionalizante, e, em razão da necessidade de prática constante para realizar o aprendizado, considera-se, igualmente, como uma forma de estudo (f. 54).

Sustenta que chega a ser um desalento constatar que alguns de nossos Tribunais não considerem a música como meio de trabalho, ou, até mesmo, de estudo. Sabe-se que para aprender música é necessário horas e horas de estudos a fim de aperfeiçoamento de técnica, além, é claro, de se aprender sobre como manusear e cuidar de instrumentos musicais. Dessa forma, o recorrente, ao reinserir-se na sociedade como músico estará apto para produzir, realizar shows, ensinar, cuidar de instrumentos, entre outras possibilidades, o que demonstra, por sua vez, que a finalidade da pena foi alcançada (f. 56).

Conclui que, por mais que Nelson Hungria nunca tenha classificado a música como atividade laborativa, é evidente que aprender técnicas musicais é uma atividade digna de ser reconhecida como trabalho, estudo, meio de vida e sustento, para fins de remição da pena (f. 58).

Oferecidas contrarrazões (f. 65/67), o recurso foi admitido na origem (f. 69/73).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso especial (f. 83/87):

Recurso especial. Execução penal. Pleito de remição da pena. Desenvolvimento de atividade musical. Alegação de que o reeducando desenvolveu a atividade por 190 (cento e noventa) dias. Necessidade de análise formal da mencionada atividade, bem como da jornada de trabalho. Demandas que implicariam revolvimento de matéria

fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Atividade que não pode ser equiparada a estudo ou trabalho, para fins de remição da pena. parecer pelo não conhecimento do recurso ou, se conhecido for, pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR) - Discute-se se a música, mais especificadamente o canto em coral, pode ser considerado como trabalho ou estudo para fins de remição da pena.

Em outra ocasião (HC nº 312.486/SP, DJe 22/6/2015), entendi que, em se tratando de remição da pena, é, sim, possível proceder à interpretação extensiva em prol do preso e da sociedade, uma vez que o aprimoramento dele contribui decisivamente para os destinos da execução.

O Ministro Felix Fischer, no REsp nº 744.032/SP (DJ 5/6/2006), concluiu que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como resultado de uma interpretação analógica *in bonam partem* da norma prevista no art. 126 da LEP, firmou o entendimento de que é possível remir a pena com base em atividades que não estejam expressas no texto legal.

A propósito:

Habeas corpus. Execução penal. Remição da pena. Aprovação no Enem. Interpretação extensiva do art. 126 da LEP. Possibilidade. Recomendação 44/2013 do CNJ. Utilização. Ordem concedida. 1. A norma inserta no art. 126 da Lei de Execução Penal visa, essencialmente, à ressocialização do sentenciado, por meio do incentivo ao estudo e ao trabalho, atividades que agregam valores necessários à sua melhor reintegração na sociedade. Nesse contexto, uma interpretação mais ampla do art. 126 da Lei de Execução Penal, no caso, com a adoção da Recomendação n.º 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, atende aos princípios que norteiam a Lei de Execução Penal. 2. Ordem concedida para reconhecer o direito da paciente à remição de 133 dias, em razão de sua aprovação no ENEM. (HC nº 376.324/PR, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 15/5/2017).

Habeas corpus. Execução penal. Remição da pena. Aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - Enem. Possibilidade. Interpretação extensiva do art. 126 da LEP. Recomendação n. 44/2013 do CNJ à luz dos preceitos constitucionais. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. 1. O Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 44/2013, conferindo interpretação extensiva ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que possibilita a denominada remição da pena em decorrência do estudo, pelo condenado recolhido em regime fechado ou semiaberto. 2. Na mesma linha, este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). 3. Em recente julgado, a Quinta Turma assentou que a interpretação extensiva conferida ao art. 126 da LEP é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94.163, Relator: Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. em 2/12/2008, DJe-200, divulg. 22-10-2009, public. 23/10/2009, Ement. vol. 02379-04, p. 00851) (HC 382.780/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

Quinta Turma, j. em 4/4/2017). 4. Ordem concedida para reconhecer o direito do paciente à remição da pena decorrente da aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (HC n. 381.858/PR, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 27/4/2017, DJe de 8/5/2017).

Concluiu-se, portanto, que o rol do art. 126 da Lei de Execução Penal não é taxativo, pois não descreve todas as atividades que poderão auxiliar no abreviamento da reprimenda. Aliás, o *caput* do citado artigo possui uma redação aberta, referindo-se apenas ao estudo e ao trabalho, ficando a cargo do inciso I do primeiro parágrafo a regulação somente no que se refere ao estudo - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional.

De acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig, considerando também que a LEP não exige que o trabalho realizado seja contínuo, duradouro ou organizado, deve ser admitida a remição mesmo pela prestação de trabalho esporádico ou ocasional, ainda que voluntário e não remunerado. Basta que haja o registro, em planilha, dos dias trabalhados. De fato, a lei não faz restrições quanto à forma, natureza ou a duração da prestação laborativa, não podendo o intérprete limitá-la em desfavor do indivíduo. Lembremos uma vez mais que são assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela lei (art. 3º da LEP) (ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 366).

Na mesma linha, entendo que a intenção do legislador ao permitir a remição pelo trabalho ou pelo estudo é incentivar o aprimoramento do reeducando, afastando-o, assim, do ócio e da prática de novos delitos, e, por outro lado, proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da LEP).

Ao fomentar o estudo e o trabalho, pretende-se a inserção do reeducando ao mercado de trabalho, a fim de que ele obtenha o seu próprio sustento, de forma lícita, após o cumprimento de sua pena.

Nessa toada, entendo que o meio musical satisfaz todos esses requisitos, uma vez que, além do aprimoramento cultural proporcionado ao apenado, ele promove sua formação profissional nos âmbitos cultural e artístico.

Renato Marcão, ao comentar sobre a leitura, dispôs os seguintes argumentos que, ao meu entender, aplicam-se perfeitamente à música:

A melhor interpretação que se deve dar à lei é aquela que mais favorece a sociedade e o preso, e por aqui não é possível negar que a dedicação rotineira deste ao aprimoramento de sua cultura por meio do estudo contribui decisivamente para os destinos da execução, influenciando de forma positiva em sua (re)adaptação ao convívio social. Aliás, não raras vezes o estudo acarretará melhores e mais sensíveis efeitos no presente e no futuro do sentenciado, vale dizer, durante o período de cumprimento de pena e no momento da reinserção social, do que o trabalho propriamente dito. Tanto quanto possível, em razão de seus inegáveis benefícios, o aprimoramento cultural por meio do estudo deve constituir um objetivo a ser alcançado na execução penal, e um grande estímulo na busca deste ideal é a possibilidade de remir a pena privativa de liberdade pelo estudo (*Curso de execução penal*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 244).

Mais uma vez, compreendo que se aplicam à música, os comentários de Renato Marcão sobre a leitura:

Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se no presente caso, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade (MARCÃO, Renato. *Lei de execução penal anotada*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 362).

Ora, a atividade musical realizada pelo reeducando profissionaliza, qualifica e capacita o réu, afastando-o do crime e reintegrando-o na sociedade. No mais, apesar de se encaixar perfeitamente à hipótese de estudo, vê-se, também, que a música já foi regulamentada como profissão pela Lei 3.857/1960.

Como bem explanado pelo recorrente, sabe-se que para aprender música, são necessárias horas e horas de estudos a fim de aperfeiçoamento de técnica, além, é claro, de se aprender sobre como manusear e cuidar de instrumentos musicais. Dessa forma, o recorrente, ao reinserir-se na sociedade como músico estará apto para produzir, realizar shows, ensinar, cuidar de instrumentos, entre outras possibilidades, o que demonstra, por sua vez, que a finalidade da pena foi alcançada (f. 56).

Por fim, destacam-se os ensinamentos de Ruthiléia Barbosa em seu artigo “A música como agente de (re) integração social do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa”:

Neste viés, é possível que encontremos na arte, que aqui será apontada por intermédio da música, uma importante aliada no processo de (re)integração social pois ela é entendida como um dos mais eficazes meios de socialização e também ressocialização. Isso se dá pelo motivo de ela possuir uma característica de função social, como, por exemplo, as de recreação e lazer. Tal função social é, na música, a arte em si (JUNKER, 2013).

Já se demonstra através de estudos que a música quando trabalhada em grupo faz ressurgir as relações interpessoais tornando-as mais fraternas, além de trazer ao indivíduo a auto realização, sentimento necessário à convivência harmônica consigo e também comunitária. (<https://ruthileiabarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/373038580/a-musica-como-agente-de-re-integracao-social-do-adolescente-submetido-ao-cumprimento-de-medida-socioeducativa>)

Apenas a título de esclarecimento, informo que, *in casu*, o direito reclamado não foi reconhecido não por não ter o recorrente atendido aos requisitos objetivos para o benefício, mas apenas por não estar a música expressamente prevista no art. 126 da Lei de Execução Penal.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para reconhecer o direito do recorrente à remição de suas penas pela atividade realizada no Coral Decreto de Vida, determinando ao Juízo competente que proceda a novo cálculo da reprimenda, computando, desta feita, os dias remidos como pena efetivamente cumprida, nos termos da presente decisão.

Certidão

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de setembro de 2017. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Relator.

(Publicado no DJE de 09.10.2017)



Processual civil e ambiental - Infração ao meio ambiente - Natureza *propter rem* da obrigação de reparação do dano - Atual proprietário do imóvel - Responsabilidade civil - Reconhecimento

- O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo nº 2).
- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em reconhecer que “a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos” (REsp 1622512/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 22/9/2016, DJe de 11/10/2016).
- Independentemente de não se poder constatar quem foi o autor do dano ambiental, sua reparação adere à propriedade como *obligatio propter rem*, o que legitima o Ibama a responsabilizar o atual proprietário pela conduta dos anteriores, no esteio da jurisprudência desta Corte.
- A Primeira Turma tem reconhecido o caráter manifestamente inadmissível ou improcedente do agravo interno, a ensejar a aplicação de sanção prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, quando a decisão agravada está fundamentada em precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou com base em jurisprudência pacífica de ambas as Turmas da 1ª Seção.

Agravo interno desprovido, com aplicação de multa.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 268.217 - PE (2012/0260428-0) **Relator: MINISTRO GURGEL DE FARIA**

Agravantes: Solário Empreendimentos e Incorporações Ltda. - ME - Advogados: Eduardo Montenegro Serur - PE013774, Aristóteles de Queiroz Câmara e outro(s) - PE019464, Nairane Farias Rabelo Leitão e outro(s) - PE028135. Agravado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama - Repr. por: Procuradoria-Geral Federal. Interes.: Ministério Público Federal.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, com aplicação de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 30 de novembro de 2017 (data do julgamento). - *Ministro Gurgel de Faria* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA - Trata-se de agravo interno interposto por Solário Empreendimentos e Incorporações Ltda. contra decisão que proveu recurso especial do Ibama para restabelecer sentença na qual se reconheceu a responsabilidade da ora agravante por dano ambiental, em face da natureza *propter rem* da obrigação (e-STJ f. 481/486).

Após ter oposto embargos de declaração (e-STJ f. 502/528), foi a agravante intimada para complementar as razões recursais, ajustando-as ao disposto no art. 1.021, § 1º, do CPC/2015, no prazo de cinco dias (CPC/2015, art. 1.024, § 3º), o que foi feito (e-STJ f. 536/559).

Sustenta o agravante, em síntese, que obrigação *propter rem* para a reparação do dano ambiental não lhe pode ser atribuída porque jamais foi de sua propriedade a área supostamente danificada, de modo que, “ao adquirir os imóveis objeto do presente processo, já haviam sido instalados loteamentos irregulares por invasores que, mesmo sem possuir o título de domínio, promoveram a venda de um significativo número de lotes”.

Aduz, ainda, que a decisão agravada não enfrentou as razões expostas em sede de contrarrazões ao agravo do Ibama, detendo-se tão somente à “pressuposição de que a agravante é proprietária do loteamento e, portanto, possui responsabilidade pelos supostos danos ambientais constatados”, postura que teria violado a Súmula 7 do STJ.

Requer, ao final, a reconsideração do *decisum* recorrido ou, caso assim não se entenda, seja submetido o presente agravo interno à apreciação da Turma.

Impugnação apresentada às e-STJ f. 566/570.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA - Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado 2).

Feito tal registro, observo que, em que pese aos argumentos expendidos, a decisão agravada não merece retoque.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em reconhecer que “a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos” (REsp 1622512/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 22/9/2016, DJe de 11/10/2016).

Acerca do tema, conferir ainda:

Ambiental. Recurso especial. Multa aplicada administrativamente em razão de infração ambiental. Execução fiscal ajuizada em face do adquirente da propriedade. Ilegitimidade passiva. Multa como penalidade administrativa, diferente da obrigação civil de reparar o dano. - 1. Trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal ajuizados pelo

ora recorrente por figurar no polo passivo de feito executivo levado a cabo pelo Ibama para cobrar multa aplicada por infração ambiental. 2. Explica o recorrente - e faz isto desde a inicial do agravo de instrumento e das razões de apelação que resultou no acórdão ora impugnado - que o crédito executado diz respeito à violação dos arts. 37 do Decreto n. 3.179/99, 50 c/c 25 da Lei n. 9.605/98 e 14 da Lei n. 6.938/81, mas que o auto de infração foi lavrado em face de seu pai, que, à época, era o dono da propriedade. 3. A instância ordinária, contudo, entendeu que o caráter *propter rem* e solidário das obrigações ambientais seria suficiente para justificar que, mesmo a infração tendo sido cometida e lançada em face de seu pai, o ora recorrente arcasse com seu pagamento em execução fiscal. 4. Nas razões do especial, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 3º e 568, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC) e 3º, inc. IV, e 14 da Lei n. 6.938/81, ao argumento de que lhe falece legitimidade passiva na execução fiscal levada a cabo pelo Ibama a fim de ver quitada multa aplicada em razão de infração ambiental. 5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada. 6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental. 7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental. 8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. 9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. 10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual '[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], 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'. 11. O art. 14, *caput*, também é claro: '[s]em 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: [...]'. 12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como 'a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental' (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo). 13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois). 14. Mas fato é que o uso do vocábulo 'transgressores' no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra 'poluidor' no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem. 15. Recurso especial provido (REsp 1251697/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 12/04/2012, DJe de 17/4/2012).

Administrativo e ambiental. Agravo regimental no recurso especial. Dano ambiental em reserva legal. Dever de recuperação. Obrigação *propter rem*. Abrangência do proprietário atual, independentemente de quem causou o dano. Precedentes. Agravo regimental não provido. - 1. O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que a obrigação de recuperar a degradação ambiental ocorrida na faixa da reserva legal abrange aquele que é titular da propriedade do imóvel, mesmo que não seja de sua autoria a deflagração do dano, tendo em conta sua

natureza *propter rem*. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1137478/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. em 18/10/2011, DJe de 21/10/2011).

Na hipótese, embora a prova pericial não tenha conseguido identificar quando se originou a alteração no *habitat* natural (aterro em lagoa) e “sobre quem recairia a responsabilidade pelo dano ambiental constatado, se sobre os anteriores ocupantes da região” ou se sobre o ora agravante (o último proprietário), essa informação é desinfluyente para fins de responsabilidade por infração ambiental.

Como anotado na sentença,

não se pode perder de vista a condição da ré de proprietária do loteamento e a obrigação *propter rem* que grava o imóvel, de modo que ‘aquele que perpetua a lesão ao meio ambiente cometida por outrem está, ele mesmo, praticando o ilícito. A obrigação de conservação é automaticamente transferida do alienante ao adquirente, independentemente deste último ter responsabilidade pelo dano ambiental’ (e-STJ f. 275).

Ocorre que o aresto impugnado reformou a sentença e afastou a responsabilidade da ora agravante pelo dano ambiental identificado e autuado pelo Ibama com a seguinte fundamentação (e-STJ f. 364):

Diante das evidências retiradas das provas produzidas nos autos, não se tem como corroborar ou ratificar a prática do ato administrativo que ensejou a autuação do particular por eventual afronta à legislação ambiental, em face de se ter verificado pelo órgão administrativo a degradação do ecossistema e de recursos naturais da região.

Primeiro, porque, não obstante as alterações na área discutida se apresentem incontroversas, não restou claramente identificada a autoria da modificação do meio ambiente analisado.

Segundo, porque, apesar da presunção de certeza e legitimidade do ato administrativo, o que se espera da confirmação de uma prática administrativa impugnada é que, ao menos, se possa evidenciar judicialmente a evidência de requisitos essenciais à ratificação de atos de poder de polícia em desfavor do administrado, o que realmente não se constatou no caso dos autos.

Por mais que se afirme a possibilidade de atribuição da responsabilidade pelo dano ambiental ao atual proprietário, ora apelante, da região periciada, não se pode atribuir a responsabilidade pela prática infracional à legislação ambiental como base em mera suposição, já que restou evidente que não se teria como precisar o momento em que se realizaram os aterros na região ambientalmente danificada.

Não se pode também com base em qualquer presunção em favor dos atos oriundos do Poder Público se ratificar ato de repreensão em desfavor de particular, corroborando-se, em outra via, a própria inércia estatal, que se omitiu em exercer o devido poder de polícia na proteção do meio ambiente, em defesa não apenas do interesse do Estado, mas da própria sociedade.

Destarte, independentemente de não se poder constatar quem foi o autor do dano ambiental, sua reparação adere à propriedade como *obligatio propter rem*, o que legitima o Ibama a responsabilizar o atual proprietário pela conduta dos anteriores, no esteio da jurisprudência desta Corte.

Convém ressaltar que o acolhimento do pleito, no caso, não se baseou em suposições cuja análise estaria obstada pela Súmula 7 do STJ, como defende a agravante, mas sim na incontroversa constatação de que a parte ré, ora agravante, adquiriu a área na qual o Ibama constatou o dano ambiental, cuja natureza de

obrigação *propter rem*, repita-se, adere ao título de domínio ou posse da coisa e responsabiliza o seu atual proprietário, independentemente do fato de ter sido ou não ele o autor da degradação ambiental.

Por fim, anoto que, quando o agravo interno for manifestamente inadmissível ou improcedente, o órgão colegiado condenará o agravante a pagar ao agravado a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, na razão de 1% a 5% do valor atualizado da causa.

A egrégia Primeira Turma deste Colegiado tem firmado a tese de que há amparo para a aplicação daquela sanção quando a decisão agravada está fundamentada em precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou jurisprudência pacífica de ambas as Turmas da 1ª Seção.

Nesse sentido: AgInt no REsp 1678089/SP, Rel.^a Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. em 24/10/2017, *DJe* de 10/11/2017; AgInt nos EDcl no REsp 1597782/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 21/3/2017, *DJe* de 28/3/2017, e AgInt no REsp 1577682/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 6/10/2016, *DJe* de 24/10/2016.

In casu, a decisão agravada ancorou-se em precedentes de ambas as Turmas de direito público desta Corte, o que denota o manifesto caráter improcedente do presente recurso, a ensejar a incidência da referida sanção processual.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, aplicando multa à agravante de 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa.

É como voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, com aplicação de multa, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2017. - *Bárbara Amorim Sousa Camuña* - Secretária.

(Publicado no *DJe* em 8/3/2018.)

• • •

Sigilo - Acordo de colaboração premiada - Lei nº 12.850/2013 - Afastamento

- Uma vez realizadas as diligências cautelares, cuja indispensabilidade houver sido demonstrada a partir das declarações do colaborador, ou inexistentes estas, não subsiste razão para o sigilo.

Colaborador - Dados pessoais - Conhecimento público

- Surge inócua a imposição de sigilo sobre conteúdo, indissociável da figura do colaborador, que já é de conhecimento público.

AGRAVO REGIMENTAL NO INQUÉRITO Nº 4.435-DF - Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO

Agravante: Leandro Andrade Azevedo - Advogada: Carla Vanessa Tiozzi Huybi de Domenico - Agravado: Ministério Público Federal - Procurador: Procurador-Geral da República

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em desprover o agravo regimental no inquérito, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de setembro de 2017. - *Ministro Marco Aurélio* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Rafael Ferreira de Souza:

O inquérito foi instaurado para investigar a suposta prática, pelo deputado federal Pedro Paulo Carvalho Teixeira e por Eduardo da Costa Paes, dos delitos versados nos arts. 317 (corrupção passiva), combinado com o 327, §§ 1º e 2º, e 333 (corrupção ativa) do Código Penal; 1º (ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização,

disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime), inciso V (contra a Administração Pública), da Lei nº 9.613/1998; e 22 (efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas) da Lei nº 7.492/1986. O Procurador-Geral da República, no requerimento de instauração da investigação, apontou declarações prestadas em acordos de delação premiada, no âmbito da denominada Operação Lava Jato, pelos colaboradores Leandro Andrade Azevedo, Benedicto Barbosa da Silva Júnior e Luiz Eduardo da Rocha Soares. Pediu o levantamento do sigilo em relação aos termos de depoimento referidos.

O Relator inicial, Ministro Edson Fachin, em 4 de abril de 2017, às f. 18-22, ao deferir a instauração do inquérito, aludindo ao artigo 21, inciso XV, do Regimento Interno do Supremo, determinou o levantamento do sigilo dos autos e a remessa à autoridade policial para que, no prazo de 30 dias, atendesse às diligências especificadas pelo Ministério Público.

Por meio da petição/STF nº 17.797, às f. 26-30, o colaborador Leandro Andrade Azevedo interpõe agravo interno contra o ato alusivo ao levantamento do sigilo. Evoca o art. 5º, inciso II, da Lei nº 11.850/2013. Diz ser direito do colaborador ter o nome, qualificação e demais dados preservados. Articula com o gravame causado pela divulgação da identidade, a implicar risco à própria segurança e da família. Defende que o levantamento do sigilo viola a soberania da decisão mediante a qual a Presidente, Ministra Cármen Lúcia, homologou o acordo. Destaca que a manutenção do segredo de justiça foi condição essencial para a celebração do ajuste. Aduz que a preservação da própria imagem e identidade não ocasionará prejuízo às investigações.

Requer, cautelarmente, o sobrestamento dos efeitos do ato atacado, no tocante ao levantamento do sigilo, até o julgamento do mérito do recurso. Busca, alfim, o provimento do agravo para que a própria identidade e imagem sejam preservadas, nos termos do acordo de colaboração.

Aberta vista ao Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, com a petição/STF nº 22.666, apresentou contraminuta, às f. 81-96, postulando o desprovimento do recurso. Faz referência ao art. 7º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013, que trata do sigilo endoprocessual do acordo de colaboração. Ressalta que o termo máximo do sigilo é o recebimento da denúncia, com o fim de maximizar os princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo como foco aqueles atingidos pelo fruto da colaboração, não havendo impedimento de que seja levantado antes desse marco. Articula com a incidência do princípio constitucional da publicidade, dizendo que o sigilo, como exceção, deve ser mantido apenas se houver necessidade concreta. Destaca inexistir, no caso, motivo a justificar a continuidade do sigilo, ante a ausência de eventual prejuízo à persecução penal em curso. Alude ao art. 5º da Lei de regência - frisando encontrar-se expressamente referido no art. 7º, § 3º, do mesmo diploma -, o qual dispõe ser direito do colaborador ter o nome, qualificação, imagem e informações pessoais preservados. Articula com a falta de motivos para a imposição de sigilo extraprocessual, uma vez que o nome e imagem do colaborador já foram divulgados, asseverando ser contrassenso falar-se em sigilo para resguardar informação que já é de conhecimento público. Aponta mostrar-se descabido o sigilo extraprocessual no caso concreto, reportando-se à necessidade de realizar a ponderação dos valores em jogo, sendo o conteúdo da colaboração de inequívoco interesse social. Articula com a existência de mecanismos próprios de proteção do colaborador, como a omissão ou a riscagem de dados pessoais na divulgação, a proteção policial, caso sofra alguma ameaça, e a inclusão em programa de proteção de testemunhas. Destaca o conteúdo da cláusula nº 22 do acordo celebrado, no qual o agravante assente com a preservação do sigilo apenas enquanto o Ministério Público Federal entender que a publicidade prejudicará a efetividade das investigações.

Em 17 de maio último, a Presidente, Ministra Cármen Lúcia, determinou a livre redistribuição do inquérito, cuja relatoria ficou a cargo de Vossa Excelência. Os autos vieram conclusos em 25 de maio imediato.

Vossa Excelência, em 23 de junho de 2017, determinou o desmembramento destes autos, com reprodução integral e encaminhamento ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, para sequência quanto a Eduardo Paes, que não

detém prerrogativa de, ajuizada ação penal, vir a ser julgado pelo Supremo. Agravo interno interposto pelo citado investigado encontra-se aparelhado e pendente de julgamento.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente credenciado, foi protocolada no prazo legal. Publicada a decisão de folha 18 a 22, de 4 de abril de 2017, no Diário da Justiça de 17 de abril seguinte (segunda-feira), o agravo foi formalizado no dia 12 imediatamente anterior (quarta-feira). Conheço.

Faz-se em jogo o regime do sigilo imposto pela Lei nº 12.850/2013, ao acordo de colaboração premiada.

A tônica, no âmbito da Administração Pública, é a publicidade, mostrando-se o sigilo exceção. É o que prevê a Constituição Federal - art. 5º, inciso LX. Tem-se restrição à publicidade dos atos processuais, salvo quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

O sigilo do que ajustado - no caso, durante a fase de investigações - é elemento essencial para a efetividade da colaboração firmada, como forma de garantir o êxito das investigações - art. 7º, § 2º -, bem assim para assegurar a proteção da pessoa do colaborador e das pessoas próximas - art. 5º, inciso II.

A Lei, visando a consecução desses objetivos, estabeleceu diversas cautelas a serem adotadas. O art. 7º dispõe que o pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não revelem a identificação do colaborador e do objeto.

O sigilo sobre o conteúdo da colaboração premiada, consoante versa o § 3º do citado artigo, deve permanecer, como regra, até o recebimento da denúncia.

[...]

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º.

[...]

O preceito trata da cessação do sigilo relativamente ao acordo, assentando o direito do investigado de, recebida a denúncia, conhecer aqueles que a subscreveram, viabilizando a ampla defesa e o contraditório. A delação premiada objetiva transparência maior, a elucidação de fato criminoso, e, assim, o teor do que veiculado não pode ficar estranho ao processo criminal.

Cumprе indagar: o parágrafo citado encerra observância absoluta, no que fixado o marco do recebimento da denúncia como aquele em que deve ser afastado o sigilo? A resposta é negativa. Trata-se de termo final máximo. Deve ser mantido até esse ponto apenas se houver necessidade concreta.

Uma vez realizadas as diligências cautelares, cuja indispensabilidade tiver sido demonstrada a partir das declarações do colaborador, ou inexistentes estas, não subsiste razão para o sigilo. Nada impede - ao contrário, o princípio da publicidade aponta nesse sentido - que o sigilo do acordo seja afastado em momento anterior ao recebimento da denúncia, como o foi no caso, possibilitando conhecer aquele que subscrevera o acordo,

bem assim o conteúdo do que declarado. Tem-se a otimização dos princípios da ampla defesa e do contraditório, em favor do investigado ou dos atingidos pela colaboração premiada. Não há direito subjetivo do colaborador a que se mantenha, indefinidamente, a restrição de acesso ao conteúdo do acordo, ao argumento de que o sigilo teria sido elemento constitutivo da avença. Vejam que o art. 19 da Lei de regência, ao prever como crime a conduta de imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou de revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas - a chamada delação caluniosa -, reforça a necessidade de conhecimento do que veiculado no acordo.

O afastamento da restrição, determinado pelo então Relator, Ministro Edson Fachin, foi preconizado pelo próprio Órgão acusador, o qual destacou não haver, no caso, dado a respaldar a manutenção do sigilo, ante a ausência de eventual prejuízo à persecução penal em curso.

O agravante articula com o disposto no art. 5º, inciso II, da Lei nº 11.850/2013, evocando o direito do colaborador de ter o nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados. O inciso IV do art. 5º do diploma prevê ser igualmente direito do colaborador não ter a identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem prévia autorização por escrito.

Está-se diante de sigilo extraprocessual, para fora das partes envolvidas, direcionado ao público em geral. No caso, presente o já conhecido acesso ao conteúdo dos depoimentos gravados por meio audiovisual, sendo estes indissociáveis da figura do colaborador, com ampla divulgação em noticiário nacional, surge inócua a imposição de sigilo neste momento, mostrando-se a medida verdadeiro contrassenso, uma vez que estaria voltada a preservar informação que já é de conhecimento público.

Eventual problemática relacionada à segurança do colaborador resolve-se mediante a adoção de mecanismos próprios de proteção.

Desprovejo o agravo.

Extrato de ata

Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 12/9/2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber e Alexandre de Moraes. Ausente o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso em razão de participação na Reunião de Ministros de Supremas Cortes no Global Constitutionalism Seminar, na Universidade de Yale, nos Estados Unidos.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no *DJe* de 21/9/2017.)



Execução - Empresa pública - Precatórios - Inadequação

- Incabível aplicar à empresa pública a regra excepcional de execução prevista no art. 100 da Carta da República.

Honorários advocatícios

- Descabe a fixação dos honorários recursais previstos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, quando se tratar de recurso formalizado no curso de processo cujo rito os exclua.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Nº 1.080.821-PR –
RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

Agravante: Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina. Advogada: Adrielli Cristina Geraldo Cordeiro - Agravado: Fernando Luiz da Silva - Advogado: Norimar João Hendges.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em desprover o agravo regimental no recurso extraordinário com agravo, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 12 de dezembro de 2017. - *Ministro Marco Aurélio* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Por meio da decisão de 17 de outubro de 2017, desprovi o agravo da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA. Eis o teor:

Recurso Extraordinário. Empresa pública. Execução. Regime de precatórios. Inadequação agravo desprovido. 1. O Tribunal Superior do Trabalho determinou o prosseguimento da execução sem a aplicação do regime de precatórios ressaltando a natureza jurídica de empresa pública da executada. A recorrente aponta a violação dos artigos 21, inciso XII, alínea “f”, e 100 da Constituição Federal. Defende a necessidade de observância ao regime de precatórios, porquanto exerce serviço público. 2. Observem o momento da interposição, para fins de incidência da norma processual. A publicação da decisão mediante a qual inadmitido o recurso é posterior a 18 de março de 2016, data de início da eficácia do Código de Processo Civil, sendo a protocolação do agravo regida por esse diploma legal. Os bens das empresas públicas, porque pessoas jurídicas de direito privado, não podem ser enquadrados como bens públicos. Conclusão diversa implica a incongruência, dando-se ênfase maior ao acessório, em detrimento do principal, e olvidando-se, mais do que isso, o sistema pátrio, no que distingue pessoa jurídica de direito privado das pessoas jurídicas de direito público. Nota-se, portanto, sem mesmo perquirir-se o teor do artigo 100 da Constituição Federal, a impropriedade de reconhecer-se quer às sociedades de economia mista, quer às empresas públicas, ambas pessoas jurídicas de direito privado, a prerrogativa de execução via precatório. A razão maior de contemplar a Carta a adoção de tal sistema de execução está no envolvimento de

bens públicos. Daí o artigo 100 em comento aludir a “[...] pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária...”, não se podendo dizer que débitos de sociedades de economia mista e de empresas públicas, federais, estaduais ou municipais, sejam débitos das respectivas Fazendas. Portanto, ainda que se abandone a interpretação sistemática dos diversos preceitos que compõem o arcabouço normativo constitucional, tomando-se de forma isolada o que se contém nos artigos envolvidos, chega-se, fatalmente, à conclusão de não se aplicar à empresa pública a regra excepcional de execução prevista no artigo 100 da Carta da República. Acresce que este é o entendimento da Primeira Turma, prolatado no exame do agravo interno no recurso extraordinário nº 341.773, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de julho de 2016. Confirmam a síntese do decidido: Execução . Empresa pública. Regime de Precatórios . Inadequação. Incabível aplicar à empresa pública a regra excepcional de execução prevista no artigo 100 da Carta da República. 3. Conheço do agravo e o desprovejo. 4. Publiquem.

Na minuta interposta, a agravante aduz ser empresa pública constituída com capital integralmente pertencente ao Estado do Paraná e responsável pela administração dos Portos de Paranaguá e Antonina. Diz prestar serviço público por definição constitucional. Afirma que os bens integrantes de seu acervo são de natureza pública. Sustenta não atuar em regime concorrencial nem visar o lucro, razões pelas quais teria direito à execução de débitos via precatório, consoante o artigo 100 da Constituição Federal.

O agravado, instado a manifestar-se, deixou de apresentar contraminuta.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Observaram-se os pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogada regularmente constituída, foi protocolada no prazo assinado em lei.

Está em jogo definir se a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA tem jus ao regime previsto no artigo 100 da Constituição Federal para a execução de sentenças judiciais promovidas contra si.

O Tribunal Superior do Trabalho consignou o acerto da execução direta do débito trabalhista. Destacou que a agravante, por exercer atividade econômica, não poderia se beneficiar da prerrogativa de ser executada pela via precatória. Eis a síntese do pronunciamento:

[...]

12. APPA. FORMA DE EXECUÇÃO. A decisão regional, ao determinar que a execução contra a ora recorrente se processe de forma direta, está em plena consonância com o entendimento consagrado pela Orientação Jurisprudencial nº 87 da SBDI-1, a qual foi reafirmada pelo Tribunal Pleno do TST, no julgamento do AgR-ER-RR 148500-29.2004.5.09.0022, realizado em 22/08/2016. Incidência da Súmula nº 333 desta Corte. Recurso de revista não conhecido.

[...]

Mostra-se incongruente considerar bens integrantes do patrimônio de empresas públicas, na condição de pessoas jurídicas de direito privado, bens públicos, gozando das vantagens decorrentes. Tal óptica pretendida

no presente agravo subverte a organicidade do Direito ao implementar ao acessório e ao principal regimes jurídicos diversos.

A par desse aspecto, há de ser observada a determinação do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, a qual submete a empresa pública ao regime jurídico próprio das empresas privadas, no que incluídos os direitos e obrigações civis, comerciais, tributárias e trabalhistas, caso do presente processo.

Por ocasião de meu pronunciamento no Recurso Extraordinário nº 580.264, relator o ministro Joaquim Barbosa, no qual compus a corrente minoritária, fiz ver que tanto sociedades de economia mista quanto empresas públicas se submetem ao disposto no artigo 173 da Lei Maior:

O que nos vem quanto às sociedades de economia mista - e não se trata, sequer, de uma sociedade de economia mista formalmente criada -, o que nos vem da Constituição Federal, mais precisamente do artigo 173? As empresas públicas, as sociedades de economia mista ficam sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas. E então tem-se explicitação: “inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

[...]

Dir-se-á: mas, no caso, há prestação de serviço público. Se formos levar essa premissa à última consequência, as concessionárias estarão também alcançadas pelo preceito, pela imunidade.

[...]

O Tribunal de origem assentado que a agravante desenvolve atividade econômica, diversamente do sustentado. A recorribilidade extraordinária é distinta daquela revelada por simples revisão do que decidido. Atua-se em sede excepcional à luz da moldura fática delineada soberanamente pelo Tribunal local, consideradas as premissas constantes do ato impugnado. A jurisprudência sedimentada é pacífica a respeito, devendo-se ter presente o verbete nº 279 da Súmula do Supremo:

Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

As razões do extraordinário partem de pressupostos fáticos estranhos ao acórdão atacado, buscando-se, em última análise, a reapreciação dos elementos probatórios para, com fundamento em quadro diferente, assentar a viabilidade do recurso.

Acresce que esse é o entendimento da Primeira Turma, prolatado no exame do agravo interno no recurso extraordinário nº 341.773, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de julho de 2016. Confirmam a síntese do decidido:

Execução. Empresa pública. Regime de precatórios. Inadequação. - Incabível aplicar à empresa pública a regra excepcional de execução prevista no artigo 100 da Carta da República.

Ante o quadro, desprovejo este agravo. Deixo de fixar a verba prevista no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, por tratar-se de rito que não os comporta.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sr. Presidente, temos aqui, uma vez mais, sob nossa apreciação, cizânia a respeito da aplicabilidade do regime de precatórios à execução contra a parte ora agravante, empresa pública integrante da Administração Indireta do Estado do Paraná.

Recentemente, na sessão de 17/10/2017, V. Exa. submeteu ao juízo deste Colegiado o Agravo Interno no RE 851.711, oportunidade em que pedi vista dos autos. Na sessão do dia 31/10/2017, lancei voto, ousando divergir de Vossa Excelência, nos termos seguintes:

Voto-vista.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Sr. Presidente, temos aqui uma controvérsia a respeito da aplicabilidade do regime de precatórios à execução contra a parte ora agravante, empresa pública integrante da Administração Indireta do Estado do Paraná.

A Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina APPA, no passado, adotava a forma de autarquia. Depois, transmudou-se em empresa pública.

Vossa Excelência negou seguimento ao recurso, sob o fundamento de que a APPA não se beneficia do regime dos precatórios, previsto no art. 100 da Constituição Federal.

Contudo, peço vênia para discordar de Vossa Excelência a fim de acolher as razões da parte agravante.

O Supremo tem orientação no sentido de que essa entidade submete-se à sistemática dos precatórios mesmo sob a forma de empresa pública, por ser prestadora de serviços públicos.

Cito o RE 553.369, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o AI 390.212, de relatoria do Min. Dias Toffoli, e o AI 331.146, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa.

Ademais, ressalte-se o precedente desta Corte, por intermédio desta 1ª Turma, no RE 334.225, que, amparado nas orientações do Pleno da Suprema Corte, consubstanciadas no RE 225.011, assentou que empresas públicas possuem o direito à execução de seus débitos pelo regime de precatórios, quando prestam serviços públicos.

Por fim, penso ser importante registrar que o julgamento do Tema 877 da repercussão geral, no qual se examinou a submissão dos conselhos de fiscalização profissional à execução pelo regime de precatórios, não altera a jurisprudência formada em relação à APPA. Conforme registrei no referido caso, a circunstância de tais Conselhos não receberem subvenções financeiras do Estado é decisiva para que se conclua que a execução de seus orçamentos não está adstrita às regras orçamentárias que disciplinam a receita e gasto públicos, de modo a atrair a incidência do art. 100 da CF, muito embora esteja jungida à observância dos deveres de impessoalidade e moralidade, suscetível, inclusive, de controle externo pela Corte de Contas.

Tendo em vista que as as empresas públicas prestadoras de serviço público são subvencionadas por verbas do Estado, não cabe aplicar a diretriz que se formou no referido precedente.

Vejam-se as considerações do ilustre Min. Roberto Barroso:

‘[...] a jurisprudência desta Corte já reconheceu que o regime de precatório não constitui uma consequência lógica e necessária da natureza jurídica de direito público da entidade, uma vez que determinadas entidades de direito privado são submetidas a esse sistema de pagamento. É o caso, por exemplo, de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviço público essencial, em regime de exclusividade, e com capital majoritariamente formado por verbas públicas. Como o poder público financia diretamente a empresa estatal, e

em virtude da prestação de serviço público essencial, o Supremo Tribunal Federal decidiu por estender o regime de precatório a essas entidades, ainda que tenham natureza privada.

Assim, é o caso de dar provimento tanto ao agravo interno como ao recurso extraordinário.

Ante o exposto, com fulcro nessas mesmas razões, voto no sentido de divergir de Vossa Excelência para prover o Agravo Interno e, desde logo, conhecer do Agravo em Recurso Extraordinário para dar provimento ao Recurso Extraordinário.

Extrato de ata

Decisão: Por maioria de votos, a Turma negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Alexandre de Moraes. Presidência do Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 12/12/2017.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no DJe de 1º.3.2018.)

• • •



Órgão Especial

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.16.084733-1/000	Petição Cível	Belo Horizonte	Caetano Levi Lopes	75
1.0000.17.006774-8/000	Ação Dir.Inconst.	Belo Horizonte	Estêvão Lucchesi	59
1.0000.17.041658-0/000	Mand.Segurança	Belo Horizont	Belizário de Lacerda	69

Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.17.052527-3/001	Ap.Cível	Uberaba	Maurílio Gabriel	376
1.0000.17.059893-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Washington Ferreira	387
1.0000.17.073240-8/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Dárcio Lopardi Mendes	403
1.0024.08.133714-9/003	Ap.Cível	Belo Horizonte	Wilson Benevides	438
1.0024.08.197611-0/004	Ap.Cível	Belo Horizonte	Mariângela Meyer	458
1.0024.12.061330-2/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Newton Teixeira Carvalho	398
1.0024.12.243082-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Carlos Levenhagen	470
1.0024.12.348708-4/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Aparecida Grossi	487
1.0024.13.324467-3/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	José Arthur Filho	482
1.0024.14.003268-1/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Elias Camilo Sobrinho	181
1.0024.14.055431-2/002	Ap.Cível	Belo Horizonte	Moreira Diniz	457
1.0024.14.106035-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Hilda Teixeira da Costa	420
1.0024.14.287575-6/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Pedro Aleixo	476
1.0024.15.136116-9/001	Ap.Cível/Rem.Nec.	Belo Horizonte	Carlos Roberto de Faria	449
1.0024.15.171326-0/001	Ap.Cível	Belo Horizonte	Audebert Delage	454
1.0024.16.043999-8/001	Ap.Cível/rem.Nec.	Belo Horizonte	Edgard Penna Amorim	364
1.0026.15.002087-8/001	Ap.Cível	Andradas	José Flávio de Almeida	157
1.0027.14.044093-7/001	Ap.Cível	Betim	Tiago Pinto	369

1.0056.11.017062-0/002	Ap.Cível	Barbacena	Edilson Fernandes	275
1.0069.14.000371-1/002	Ap.Cível	Bicas	Jair Varão	98
1.0079.14.060957-3/001	Ap.Cível	Contagem	Luiz Carlos Gomes da Mata	394
1.0142.12.001129-1/001	Ap.Cível	Carmo do Cajú	José de Carvalho Barbosa	129
1.0145.13.026975-9/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Roberto Soares de Vasconcellos Paes	331
1.0145.14.027311-4/002	Ap.Cível	Juiz de Fora	Valdez Leite Machado	349
1.0145.15.000288-2/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Mota e Silva	82
1.0145.15.018174-4/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Antônio Bispo	280
1.0145.15.018924-2/001	Ap.Cível	Juiz de Fora	Audebert Delage	290
1.0148.12.000847-6/001	Ap.Cível	Lagoa Santa	Alexandre Santiago	115
1.0220.15.002867-2/001	Ap.Cível	Divino	Claret de Moraes	173
1.0245.12.024713-6/001	Ap.Cível	Santa Luzia	José Arthur Filho	310
1.0271.08.122281-9/002	Ap.Cível/Rem.Nec.	Frutal	Peixoto Henriques	428
1.0280.13.004762-2/001	Ap.Cível	Guanhães	Evandro Lopes da Costa Teixeira	205
1.0287.15.003905-8/002	Ap.Cível	Guaxupé	Belizário de Lacerda	184
1.0313.13.026622-1/001	Ap.Cível	Ipatinga	Márcio Idalmo Santos Miranda	317
1.0313.14.002032-9/001	Ap.Cível	Ipatinga	Tiago Pinto	153
1.0313.14.008402-8/001	Ap.Cível	Ipatinga	Teresa Cristina da Cunha Peixoto	234
1.0319.15.000837-7/001	Ap.Cível	Itabirito	Vicente de Oliveira Silva	106
1.0334.10.001618-0/002	Ap.Cível	Itapajipe	José Marcos Rodrigues Vieira	147
1.0347.16.002255-9/001	Agr.Instr.Cível	Jacinto	Moacyr Lobato	164
1.0394.11.006940-5/001	Ap.Cível	Manhuaçu	Estevão Lucchesi	223
1.0411.15.000341-5/001	Ap.Cível	Matozinhos	Shirley Fenzi Bertão	87
1.0431.15.001557-3/001	Ap.Cív./Rem.Nec.	Monte Carmelo	Bitencourt Marcondes	141
1.0433.16.011755-5/001	Ap.Cív/Rem.Nec.	Montes Claros	Wilson Benevides	247
1.0450.11.001002-9/001	Agr.Instr.Cível	Nova Ponte	Moacyr Lobato	120
1.0452.10.004551-0/001	Ap.Cível	Nova Serrana	Claret de Moraes	193
1.0471.13.010006-1/001	Ap.Cível	Pará de Minas	Adriano de Mesquita Carneiro	243
1.0471.15.012837-2/001	Ap.Cível	Pará de Minas	Marcos Lincoln	252
1.0479.13.019568-4/001	Ap.Cível	Passos	Raimundo Messias Júnior	298
1.0515.15.001105-1/001	Ap.Cível	Piumhi	Marcos Lincoln	126
1.0525.13.013035-0/002	Ap.Cível	Pouso Alegre	Sérgio André da Fonseca Xavier	261
1.0525.15.006486-9/002	Ap.Cível	Pouso Alegre	Alberto Vilas Boas	220
1.0543.08.002795-5/001	Ap.Cível	Resplendor	Otávio de Abreu Portes	167
1.0556.13.000482-4/001	Ap.Cível	Rio Pardo de Minas	Dilson Fernandes	102
1.0598.12.001731-7/002	Ap.Cível	Santa Vitória	Otávio de Abreu Portes	150
1.0604.14.000365-7/001	Ap.Cível	Sto. Antônio do Monte	Vasconcelos Lins	92
1.0607.12.004656-2/001	Ap.Cível	Santos Dumont	Cláudia Maia	197
1.0621.14.003170-2/001	Ap.Cível	São Gotardo	Saldanha da Fonseca	177
1.0625.15.004280-6/001	Ap.Cível	São João del-Rei	Raimundo Messias Júnior	188
1.0637.05.031113-2/004	Agr.Instr.Cível	São Lourenço	Paulo Balbino	354
1.0672.12.019131-3/001	Ap.Cível	Sete Lagoas	Renato Dresch	293
1.0674.11.001197-2/001	Ap.Cível	Silvianópolis	José Augusto Lourenço dos Santos	135

1.0693.12.005171-1/001	Ap.Cív/Rem.Nec.	Três Corações	Albergaria Costa	215
1.0699.14.013216-7/001	Ap.Cível/Rem.Nec.	Ubá	Ângela de Lourdes Rodrigues	266
1.0701.14.026844-5/001	Ap.Cível	Uberaba	Arnaldo Maciel	326
1.0702.10.073826-0/001	Ap.Cível	Uberlândia	Amauri Pinto Ferreira	407
1.0702.13.020253-5/002	Ap.Cível	Uberlândia	José Augusto Lourenço dos Santos	303
1.0702.14.043211-4/002	Ap.Cível	Uberlândia	Luís Carlos Gambogi	360
1.0702.15.085974-3/001	Ap.Cível	Uberlândia	Ana Paula Caixeta	412
1.0702.16.012987-1/001	Ap.Cível	Uberlândia	Caetano Levi Lopes	255
1.0707.12.004832-7/004	Ap.Cível	Varginha	Alberto Henrique	209

Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.17.018711-6/000	Desaf.Julg.	Belo Horizonte	Júlio Cezar Guttierrez	600
1.0024.04.422949-0/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Furtado de Mendonça	683
1.0024.12.039747-6/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Jaubert Carneiro Jaques	690
1.0024.13.188205-2/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Alexandre Victor de Carvalho	674
1.0024.15.116966-1/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Júlio Cezar Guttierrez	639
1.0024.15.166817-5/001	Ap.Criminal	Belo Horizonte	Kárin Emmerich	665
1.0079.07.357151-9/002	Agr.Exec.Penal	Contagem	Beatriz Pinheiro Caires	680
1.0114.13.017565-5/001	Ap.Criminal	Ibirité	Alexandre Victor de Carvalho	597
1.0145.11.063284-4/001	Ap.Criminal	Juiz de Fora	Wanderley Paiva	619
1.0145.16.001144-4/001	Rec.Sent.Estrito	Juiz de Fora	Júlio César Lorens	508
1.0153.14.005084-7/001	Ap.Criminal	Cataguases	Paulo César Dias	548
1.0183.16.014243-0/001	Ap.Criminal	Cons.Lafaiete	Nelson Missias de Moraes	592
1.0223.10.001638-3/001	Ap.Criminal	Divinópolis	Antônio Carlos Cruvinel	516
1.0301.13.005937-3/002	Emb.Infr.Nul.	Igarapé	Paulo Calmon Nogueira da Gama	556
1.0313.15.030128-8/001	Ap.Criminal	Ipatinga	Márcia Milanez	611
1.0334.16.002189-8/001	Ap.Criminal	Itapajipe	Corrêa Camargo	522
1.0362.15.008418-8/001	Ap.Criminal	João Monlevade	Paulo Calmon Nogueira da Gama	574
1.0388.09.023199-3/001	Ap.Criminal	Luz	Paulo Calmon Nogueira da Gama	606
1.0394.17.000884-8/001	Rec.Sent.Estrito	Manhuaçu	Fernando Caldeira Brant	502
1.0486.15.000233-6/001	Ap.Criminal	Peçanha	Maria Luíza de Marilac	491
1.0625.11.012123-7/001	Ap.Criminal	São João del-Rei	Denise Pinho da Costa Val	585
1.0625.13.004548-1/001	Ap.Criminal	São João del-Rei	Júlio César Lorens	542
1.0686.12.008341-1/001	Ap.Criminal	Teófilo Otoni	Agostinho Gomes de Azevedo	563

1.0694.15.004377-6/001	Ap.Criminal	Três Pontas	Catta Preta	533
1.0704.16.008393-4/001	Ap.Criminal	Unaí	Antônio Carlos Cruvinel	570
1.0710.12.002502-2/001	Ap.Criminal	Vazante	Flávio Batista Leite	529
1.0713.08.080544-1/006	Agr.Exec.Penal	Viçosa	Matheus Chaves Jardim	636
1.0713.15.004453-3/003	Agr.Exec.Penal	Viçosa	Edison Feital Leite	538

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
268.217-PE	Ag. Int. no Agravo em Recurso Especial	Gurgel de Faria	716
1.666.637-ES	Recurso Especial	Sebastião Reis Júnior	711

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Número	Espécie	Relator: Min.	Pág.
4.435-DF	Agravo Regimental no Inquérito	Marco Aurélio	721
1.080.821-PR	Agr. Reg. no Rec. Extr. com Agravo	Marco Aurélio	725

- A -

ABANDONO DE INCAPAZ

Filhos menores sob cuidados do genitor - Perigo concreto à incolumidade das crianças - Tipicidade - Dolo - Condenação 585

Filhos menores sob cuidado e a guarda da genitora - Riscos concretos - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação 542

AÇÃO ANULATÓRIA

Negócio jurídico - Promessa de compra e venda - Imóvel - Recusa do promissário vendedor - Vício de consentimento - Ausência de prova - Consignação em pagamento 92

Procedimento administrativo - Procon - Empresa Sky - Forma de pagamento - Preço diferenciado - Cláusula abusiva - Aplicação de multa 420

AÇÃO CAUTELAR

Exibição de documento - Ausência de prova de recusa - Ônus de sucumbência - Princípio da causalidade 394

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Direito ambiental - Reserva legal - Registro no CAR - Desnecessidade de averbação no CRI - Improcedência do pedido 412

Engenho de publicidade em centro histórico em desacordo com a legislação municipal - Inexistência de autorização - Área tombada - Proteção do patrimônio histórico-cultural e do meio ambiente 188

Improbidade administrativa - Cessão temporária do Estádio Mineirão para eventos - Valores inferiores ao previsto em portaria - Inexistência de propostas de valor superior - Ausência de prova de dano ao erário e dolo 438

Improbidade administrativa - Prefeito - Utilização de serviço público para fins particulares - Cumprimento de sentença - Reparação dos danos causados ao erário - Ministério Público - Legitimidade ativa 354

AÇÃO COMINATÓRIA

Obrigação de fazer - Município - Matrícula em UMEI - Acesso à creche e à pré-escola - Criança de zero a cinco anos de idade 364

AÇÃO DE COBRANÇA

Aluguel - Encargos locatícios - Benfeitorias - Renúncia ao direito de indenização 129

Direito autoral - Licenciamento de reprodução de conteúdo fonográfico em máquina digital - Consentimento dos valores cobrados e do uso das máquinas - Ausência de prova - Improcedência do pedido 87

Empreitada - Contrato sinalagmático - Inadimplemento - Ausência de prova - Exceção de contrato não cumprido - Improcedência do pedido..... 126

Hora extra - Servidor público - Agente de segurança penitenciário - Carga horária de oito horas - Folha de frequência sem registro de intervalo para almoço - Jornada de nove horas diárias - Direito ao recebimento das horas extras..... 457

Trabalho extraordinário - Servidor público municipal - Auxiliar de enfermagem - Jornada de trabalho de quarenta horas semanais - Divisor para cálculo de hora extra 290

AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL

Direito autoral - Uso de obra lítero-musical sem autorização - Proibição - Indenização por perdas e danos - *Quantum* indenizatório - Liquidação de sentença..... 428

AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO - Use: REPETIÇÃO DO INDÉBITO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei 10.868/2015 - Município de Belo Horizonte - Plano de saúde para vereadores - Verba pública - Caráter remuneratório - Benefício assistencial a familiares - Violação de interesse público primário 59

AÇÃO ORDINÁRIA

Servidor público estadual - Professor - Adicional noturno - Pagamento de diferenças retroativas - Prescrição quinquenal - Reflexo em férias e décimo terceiro salário - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial..... 387

AÇÃO REVISIONAL

Contrato de arrendamento mercantil - Inadimplemento - Juros compostos - Ausência de previsão de cobrança - Comissão de permanência - Abusividade 310

ACIDENTE DE TRÂNSITO

Falta de habilitação para dirigir veículo automotor - Estado de embriaguez ao volante - Disputa automobilística - Invasão da contramão direcional - Indícios de dolo eventual..... 502

ACORDO JUDICIAL

Doação de imóvel - Homologação - Superveniência de filhos - Retratação unilateral do doador - Inviabilidade 173

AGRAVO REGIMENTAL

Instauração de inquérito - Deferimento - Crimes contra a Administração Pública - Corrupção ativa - Corrupção passiva - Crime contra o sistema financeiro - Operação de câmbio com o fim de evasão de divisas - Levantamento do sigilo..... 721

ALIENAÇÃO JUDICIAL

Extinção de condomínio - Bem imóvel residencial *pro indiviso* - Procedência do pedido..... 261

AMEAÇA

Humilhação de pessoa idosa - Condutas autônomas - Princípio da consunção - Inaplicabilidade - Condenação - Não substituição da pena privativa de liberdade - Regime semiaberto..... 570

Prática contra policiais militares - Intimidação - Prova - Condenação 548

ARRENDAMENTO MERCANTIL

Capitalização de juros - Inexistência de previsão expressa - Comissão de permanência - Abusividade - Tarifa de cadastro nos contratos firmados após 30/4/2008 - Cobrança devida 310

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Justiça gratuita - Indeferimento do pedido - Recurso - Isenção do preparo - Declaração de pobreza - Presunção de veracidade - Ausência de prova em contrário 129

Justiça gratuita - Pessoa física - Declaração de pobreza - Presunção de veracidade 157

- B -

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Pensão por morte - Inclusão de dependente - Requerimento administrativo - Indeferimento - Menor absolutamente incapaz - Imprescritibilidade..... 102

- C -

CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO

Infração de trânsito grave - Não utilização do cinto de segurança - Emissão do documento definitivo - Impossibilidade - Auto de infração - Ausência de irregularidade - Multa 220

CASA DE PROSTITUIÇÃO

Princípio da adequação social - Inaplicabilidade - Tipicidade - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação..... 690

CERCEAMENTO DE DEFESA

Não ocorrência - Carta precatória - Prova testemunhal - Intimação da parte - Realização anterior do interrogatório - Inexistência de nulidade 491

CLÁUSULA ABUSIVA

Cláusula contratual - Tarifa bancária para emissão de boleto - Pagamento direto da conta do cliente - Riscos da atividade econômica - Repasse ao consumidor 420

CÓDIGO CIVIL

Art. 11 - Interpretação doutrinária - Direito da personalidade - Disposição pelos titulares - Possibilidade de utilização de nome e imagem por terceiro de forma limitada..... 153

Arts. 12, parágrafo único, 757, 792 - Direito da personalidade - Pessoa falecida - Exigência de cessação da lesão - Legitimação para requerimento da medida..... 280

Arts. 112, 1.417 - Contrato preliminar de compra e venda - Imóvel - Cláusula contratual - Interpretação - Celebração do pacto por instrumento particular - Admissibilidade..... 92

Art. 186 c/c 927- Responsabilidade civil - Prejuízo ocasionado a outrem - Reparação do dano 458, 482

Art. 206, § 3º, V - Cobrança de direito autoral - Pretensão de reparação civil - Prescrição trienal 303

Art. 393 - Aplicação analógica - Caso fortuito - Dano ao imóvel - Responsabilidade não atribuída ao locador.....	106
Art. 476 - Exceção de contrato não cumprido - Empreitada - Inadimplemento contratual - Ausência de prova.....	126
Art. 544 - Doação de ascendente a descendente - Adiantamento do que é cabível na herança	173
Art. 610, <i>caput</i> e § 1º - Empreiteiro - Contratação do serviço - Fornecimento de materiais - Não presunção	98
Art. 932, III, 944, <i>caput</i> e parágrafo único, <i>c/c</i> 945 - Responsabilidade civil - Empregador ou comitente - Exercício do trabalho por empregado, serviçal ou preposto - Solidariedade.....	135
Art. 944, <i>caput</i> e parágrafo único - Indenização - Extensão do dano - Fixação - Prudente arbítrio do juiz - Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.....	188
Art. 1.240 - Usucapião especial urbana - Prazo de cinco anos com <i>animus domini</i> - Não permanência no imóvel pelo prazo legal	193
Art. 1.322, <i>c/c</i> art. 1.117 do CPC/1973 - Alienação judicial - Extinção do condomínio - Imóvel <i>pro indiviso</i> - Direito potestativo do condômino	261
Art. 1.336, III - Dever do condômino - Não alteração da fachada do edifício	407
Art. 1.864 - Testamento público - Declarações do testador - Leitura pelo tabelião perante o testador e duas testemunhas	403
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	
Lei 8.078/1990, arts. 2º, 3º, 14, § 3º, 18 - CDC - Cadeia de fornecedores - Solidariedade - Não entrega do produto - Intermediador do pagamento - Ausência de notificação - Culpa exclusiva da vítima.....	317
Lei 8.078/1990, arts. 2º, 3º, 18, 32 - CDC - Demora no conserto do bem - Serviço defeituoso - Fabricante - Concessionária de veículos - Responsabilidade solidária.....	147
Lei 8.078/1990, art. 14 - CDC - Inaplicabilidade - Criação de perfil em aplicativo - Informações extraídas do <i>Facebook</i> - Serviço defeituoso imputável ao fornecedor - Não configuração.....	153
Lei 8.078/1990, art. 14, <i>caput</i> - CDC - Fornecedor de serviços - Serviço defeituoso - Dano ao consumidor - Responsabilidade objetiva.....	135, 205, 223
Lei 8.078/1990, art. 14, § 4º - CDC - Responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais - Médico - Obrigação de meio - Necessidade de prova de culpa.....	167
Lei 8.078/1990, art. 18, <i>c/c</i> 25, § 1º; 30; 38 - CDC - Anúncio publicitário - Integrantes da cadeia de prestação de serviços ou da oferta de produto - Legitimidade passiva.....	331
Lei 8.078/1990, art. 57 - CDC - Pena de multa - Critério de fixação - Cláusula abusiva.....	420
Lei 8.078/1990, arts. 97, 100 - CDC - Execução de sentença em ações coletivas - Direitos individuais homogêneos - Ajuizamento pelas vítimas ou sucessores	177

CÓDIGO DE POSTURAS

Município de Belo Horizonte, art. 167 - Participação em feira - Recadastramento - Certidão negativa de débito - Exigência não prevista - Livre exercício da atividade econômica - Violação 181

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Art. 14 - Irretroatividade da lei processual - Aplicação imediata - Respeito às situações jurídicas consolidadas 331, 349

Art. 85, § 2º - Sucumbência - Honorários advocatícios - Critério de fixação 303

Art. 85, §§ 2º, 3º; 932, III - Sucumbência - Honorários advocatícios - Fixação - Recurso - Inexistência de preparo - Porte de remessa e de retorno - Não conhecimento 98

Art. 85, §§ 3º e 11 - Sucumbência - Honorários advocatícios - Percentuais aplicáveis sobre o proveito econômico obtido - Honorários recursais - Majoração 420

Art. 85, § 4º, II - Sucumbência - Honorários advocatícios - Arbitramento quando da liquidação do julgado 387

Art. 85, §§ 4º, II, 11 - Sucumbência - Pessoa jurídica de direito público - Honorários advocatícios - Liquidação de sentença 428

Arts. 86, parágrafo único, 141, 492 - Sucumbência recíproca - Julgamento da lide nos limites do pedido - Proibição de sentenças *citra petita*, *extra petita* ou *ultra petita* 115

Art. 98 - Justiça gratuita - Custas processuais - Hipossuficiência financeira - Suspensão da exigibilidade - Apreciação pelo Juízo da Execução 508, 542, 563

Art. 114 - Litisconsórcio passivo necessário - Citação - Efeitos da sentença condenatória 247

Art. 183, *caput*, § 1º - Administração Pública - Autarquia estadual - Recurso - Prazo em dobro - Termo inicial - Intimação pessoal do representante 293

Arts. 337, III, 1.009, § 1º - Incorreção do valor da causa - Alegação em preliminar da contestação - Questões não sujeitas a agravo de instrumento - Arguição em preliminar de apelação/contrarrazões 252

Arts. 355, I, 785 - Desnecessidade de produção de outras provas - Julgamento antecipado da lide - Título executivo extrajudicial - Contrato de locação - Ação de cobrança para obtenção de título executivo judicial - Interesse de agir 376

Art. 833, IV - Valores em conta corrente oriundos de honorários advocatícios - Natureza alimentar - Impenhorabilidade 209

Art. 833, § 2º - Penhora - Proventos de aposentadoria - Bloqueio judicial - Percentual 354

Art. 1.009, § 1º - Decisões não atacáveis por agravo de instrumento - Impugnação em preliminar de apelação ou em contrarrazões - Extinção do agravo retido 252

Art. 1.013, § 4º - Reconhecimento de prescrição pelo juiz *a quo* - Reforma da sentença - Causa madura - Julgamento do mérito pelo Tribunal 102

Art. 1.021, § 4º - Agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente - Aplicação de multa 716

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Arts. 167, 231 - Desaparecimento de vestígios - Prova testemunhal - Apresentação de documentos em qualquer fase do processo - Oportunidade de manifestação da parte contrária..... 639

Art. 366, 565 - Citação por edital - Suspensão do processo e do prazo prescricional - Desistência de produção de provas pela defesa - Inexistência de nulidade..... 611

Art. 383, § 2º - Desclassificação do crime - Infração penal de menor potencial ofensivo - Remessa dos autos ao Juizado Especial..... 597

Art. 386, VII - Tortura - Declarações da vítima - Depoimento de testemunhas - Contradições - Absolvição 574

Art. 427 - Parcialidade dos jurados - Risco à ordem pública - Desaforamento do julgamento para comarca de região isenta dos motivos da mudança de foro 600

Art. 748 - Reabilitação - Sigilo das informações - Condenação não mencionada na folha de antecedentes criminais e em certidão extraída de livro do juízo - Excepcionalidade - Requisição judicial..... 360

Art. 804 - Custas processuais - Efeito da condenação - Isenção - Não cabimento 542, 585

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Lei 9.503/1997, art. 29, III, *c* - CTB - Trânsito de veículos - Ausência de sinalização em cruzamento - Preferência de passagem..... 234

Lei 9.503/1997, art. 44 - CTB - Aproximação de cruzamento - Prudência na condução de veículo - Velocidade moderada - Respeito ao direito de preferência 298

Lei 9.503/1997, arts. 148, § 3º, 167 - CTB - Infração de trânsito grave - Não uso do cinto de segurança - Multa - Período de permissão para dirigir veículo automotor - CNH definitiva - Inviabilidade..... 220

Lei 9.503/1997, arts. 305, 308 e 309 - CTB - Afastamento do local do acidente para fugir à responsabilidade - Participação em disputa automobilística na via pública - Falta de habilitação para dirigir veículo automotor 502

CÓDIGO FLORESTAL

Lei 12.651/2012, arts. 3º, 12, 18, § 4º - Obrigatoriedade de reserva legal - Percentuais legais - Dispensa de registro imobiliário - Necessidade de registro no CAR..... 412

CÓDIGO PENAL

Arts. 20, § 1º, 121, § 2º, II, IV - Homicídio qualificado - Motivo fútil - Recurso que impossibilitou a defesa da vítima - Discriminante putativa - Ausência de prova..... 508

Arts. 24, 155, § 4º, I - Furto qualificado - Rompimento de obstáculo - Reconhecimento do estado de necessidade - Absolvição 533

Arts. 33, §§ 2º, *a*, *b*, 3º, 43, 107, IV, 109, V, parágrafo único, 110, § 1º - Regime aberto - Penas restritivas de direito - Escolha a critério do julgador - Prescrição da pretensão punitiva 619

Arts. 33, § 2º, *b*, 147, 155, 163, III - Crimes de ameaça, furto, dano qualificado - Réu reincidente - Regime semiaberto 548

Arts; 33, § 2º, c, 133, § 3º, II - Abandono de incapaz - Crime praticado pela genitora - Condenação - Regime prisional aberto.....	542
Arts. 33, § 3º, 65, III, d, 157, § 2ª, I, II - Roubo circunstanciado - Emprego de arma - Concurso de agentes - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Regime prisional fechado	491
Arts. 33, § 3º, 129, §§ 2º, IV, 10, c/c art. 26, parágrafo único - Semi-imputabilidade - Redução da pena - Lesão corporal gravíssima - Mulher grávida - Circunstâncias do crime - Regime semiaberto.....	563
Arts. 64, I, 339 - Denúncia caluniosa - Investigação policial por crimes não praticados por policiais - Condenação - Não configuração de reincidência - Decurso do período de cinco anos entre a data do cumprimento da pena e a infração posterior	606
Arts. 69 286 e 287 - Apologia de crime - Incitação ao crime - Autoria - Materialidade - Pichação - Concurso material - Condenação	639
Arts. 69, 333 - Concurso material entre os crimes de porte ilegal de arma de fogo e caça de animais silvestres - Corrupção ativa - Oferecimento de vantagem indevida a funcionário público.....	522
Arts. 78, §§ 1º, 2º, 79, 129 § 9º - Violência doméstica - Lesão corporal - Condições sursitárias - <i>Sursis</i> simples - <i>Sursis</i> especial - Substituição - Prestação de serviços à comunidade - Exclusão.....	529
Art. 97, § 4º - Medida de segurança - Tratamento ambulatorial - Internação em qualquer fase se necessário	592
Art. 121, § 2º, II, III - Homicídio qualificado - Motivo fútil - Perigo comum - Acidente de trânsito - Pronúncia.....	502
Art. 133, <i>caput</i> - Abandono de incapaz - Crime praticado pelo genitor - Condenação - Regime prisional semiaberto	585
Art. 140, <i>caput</i> e § 3º - Injúria qualificada - Não utilização de termo pejorativo - Desclassificação para injúria simples	597
Art. 147, c/c 61, II, e - Ameaça - Circunstância agravante - Crime contra ascendente	570
Art. 158, <i>caput</i> , c/c 61, I - Extorsão - Circunstância agravante - Reincidência - Regime prisional semiaberto	516
Arts. 228, § 3º; 229, 230 - Favorecimento da prostituição - Casa de prostituição - Rufianismo.....	690
Arts. 288, 299 - Associação criminosa - Falsidade ideológica - Distribuição e comercialização de combustíveis.....	611
CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL	
Art. 138 - CTN - Denúncia espontânea - Dívida fiscal anterior ao procedimento administrativo - Extinção da punibilidade - Necessidade de quitação integral do débito.....	665
Art. 187 - CTN - Cobrança judicial - Crédito tributário - Não sujeição a concurso de credores - Não habilitação em falência, concordata, recuperação judicial	120

COLABORAÇÃO PREMIADA

Declarações em acordo - Delação premiada - Operação Lava Jato - Relator - Determinação de levantamento de sigilo dos autos..... 721

COMPRA E VENDA

Bem imóvel - Atraso na entrega do empreendimento - Culpa exclusiva de terceiro - Ausência de prova - Responsabilidade da construtora 476

Internet - Descumprimento contratual - Fornecedor - Violação ao princípio da boa-fé objetiva - Indenização ao consumidor por danos morais..... 331

CONCURSO DE CRIMES - Use: CONCURSO FORMAL, CONCURSO MATERIAL**CONDOMÍNIO**

Placa publicitária na fachada do edifício - Convenção condominial - Previsão de penalidade - Fixação da multa em assembleia geral - Indenização - Falta de interesse de agir - Extinção do processo 407

CONSÓRCIO

Bem imóvel - Desistência de consorciado - Restituição imediata das quantias pagas - Inexigibilidade - Previsão de sorteio em cláusula contratual - Inexistência de ilegalidade 369

CONSÓRCIO PÚBLICO

Constituição sob forma de associação pública integrada por município - Natureza jurídica - Pessoa jurídica de direito público interno - Execução contra a Fazenda Pública - Isenção de custas 164

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Arts. 13, 24, § 7º, 166, VI, 264 - CEMG - Administração Pública dos Poderes do Estado e de entidade descentralizada - Princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade..... 59

Art. 31, *caput* - CEMG - Servidor público civil da Administração Pública direta, autárquica e fundacional - Direito ao adicional noturno 387

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Arts. 5º, 220 - Liberdade de manifestação do pensamento - Direito de personalidade..... 482

Art. 5º, IV, V, X - Princípios constitucionais - Colisão de direitos fundamentais - Liberdade de manifestação do pensamento - Direito à honra - Ofensa ao direito de personalidade - Direito de resposta..... 458

Arts. 5º, XIII, 170, parágrafo único - Livre exercício da atividade econômica e do trabalho, ofício ou profissão - Exposição em feira de artesanato - Certidão negativa de débito - Inexigibilidade 181

Art. 5º, XXVII - Direito autoral - Direito exclusivo dos autores de utilização, publicação ou reprodução de suas obras transmissíveis aos herdeiros..... 303

Art. 5º, XXVII, XXVIII - Direito autoral - Proteção às participações e à reprodução - Direito de fiscalização do aproveitamento econômico 428

Art. 5º, XXXV - Princípio da inafastabilidade da jurisdição - Desnecessidade de esgotamento da via administrativa pelo consumidor - Indenização securitária - Interesse de agir 280

Arts. 7º, IX, 39, § 3º - Servidor público - Direito ao adicional noturno..... 387

Arts 7º, XVI, c/c 39, § 3º; 37, XIV - Servidor público - Remuneração do serviço extraordinário - Acréscimos pecuniários - Não cômputo para fins de concessão de acréscimos ulteriores.....	290
Art. 15, III - Suspensão dos direitos políticos - Norma autoaplicável - Condenação criminal - Trânsito em julgado - Pena restritiva de direitos - Irrelevância	683
Arts. 30, IX, 216, § 1º, 225, § 3º - Competência do Município - Proteção ao patrimônio histórico-cultural local - Tombamento - Dano ao meio ambiente e à coletividade - Indenização	188
Arts. 30, V, 175 - Competência do Município - Organização dos serviços públicos de interesse local - Prestação do serviço público sob regime de concessão ou permissão - Delegação a particulares	470
Art. 37 - Administração Pública - Princípios da impessoalidade e moralidade administrativas	59
Art. 37, § 4º - Ato de improbidade administrativa - Implicações sem prejuízo da ação penal cabível....	354
Art. 37, § 6º - Responsabilidade objetiva - Empresa concessionária de serviço público - Danos causados a usuário	398
Art. 39, § 3º - Servidor público - Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias - Direito ao adicional de horas extras	457
Arts. 100, 173, § 1º, II - Regime de precatório - Inaplicabilidade às empresas públicas - Regime jurídico próprio das empresas privadas	725
Art. 156, III - Competência do Município para criação do ISSQN - Limitação aos serviços definidos em lei complementar	141
Art. 183 - Usucapião especial urbana - Requisitos legais para aquisição do domínio - Ausência de prova ..	193
Art. 201, V - Previdência social - Pensão por morte do segurado - Beneficiários - Cônjuge ou companheiro e dependentes.....	102
Arts. 205, 208, III, 227 - Direito à educação - Educação básica - Dever do Estado - Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência 449	
Art. 208 - Direito à educação - Dever do Estado - Educação básica obrigatória e gratuita	364
CONTRATO DE EMPREITADA	
Obra não concluída - Inexigibilidade do cumprimento da obrigação pela parte contratante - Cláusula geral - Exceção de contrato não cumprido.....	126
CONTRATO DE TRANSPORTE	
Obrigação de resultado - Dever de zelar pela integridade física dos passageiros - Evento danoso - Reparação de danos.....	398
CONVÊNIO	
38/2012, com as alterações do Convênio 135/2012, cláusula 2ª, § 3º - Conselho Nacional de Política Fazendeira - Isenção do ICMS - Veículos destinados a deficiente físico, visual, mental ou autista - Direção por terceiro	184

CORRUPÇÃO ATIVA

Dolo - Oferecimento de dinheiro a funcionário público para omissão de ato de ofício - Prisão em flagrante - Testemunho de policiais - Credibilidade 522

CRIME AMBIENTAL - Use também: **CRIME CONTRA A FAUNA**

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - Use: **DESMEMBRAMENTO ILEGAL DE SOLO URBANO**

CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - Use: **CASA DE PROSTITUIÇÃO, FAVORECIMENTO DE PROSTITUIÇÃO, RUFIANISMO**

CRIME CONTRA A FAUNA

Caça e abate de animais silvestres no período noturno - Pluralidade de agentes - Prova - Condenação 522

Maus-tratos a animais - Furto de charrete com animal doméstico - Cavalo - Deslocamento para outro Município - Estado do animal - Prescindibilidade da prova pericial - Testemunha - Declaração de policiais - Credibilidade..... 548

CRIME CONTRA A HONRA - Use: **INJÚRIA QUALIFICADA**

CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Aquisição e distribuição irregular de combustível - Dolo - Crime continuado - Associação criminosa - Falsidade ideológica - Concurso material - Condenação 611

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Fraude à fiscalização - Sonegação fiscal - ICMS - Não emissão de notas fiscais - Crime continuado - Dolo - Autodenúncia - Parcelamento do débito tributário - Inadimplemento - Responsabilidade penal 665

CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA - Use: **APOLOGIA DE CRIME, INCITAÇÃO AO CRIME**

CRIME CONTRA A VIDA - Use: **HOMICÍDIO QUALIFICADO**

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Afirmativas falsas - Anúncio publicitário - Crédito imediato - Consórcio contemplado de veículo - Quota de consórcio - Dolo - Condenação..... 683

Construção por administração - Promessa de compra e venda - Bem imóvel - Unidades residenciais - Ausência de dolo - Descumprimento de contrato de execução de obras - Má administração - Absolvição 674

CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE

Pichação em prédio e monumento tombados - Crime qualificado - Dano à propriedade alheia - Delito praticado durante a noite - Pluralidade de agentes - Prova - Condenação..... 639

Use também: **CRIME CONTRA A FAUNA**

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - Use: **DANO QUALIFICADO - EXTORSÃO - FURTO - ROUBO CIRCUNSTANCIADO**

CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL

Ressarcimento de perdas e danos - Cumulação de pedidos - Direito autoral - ECAD - Execução de obra musical em quarto de hotel - Pagamento devido 303

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Sentença coletiva - Direito individual homogêneo - Poupadores ou sucessores - Não associação ao IDEC - Ação civil pública - Legitimidade ativa 177

- D -

DANO ESTÉTICO - Use: **DANOS MORAIS E ESTÉTICOS**

DANO MATERIAL - Use: **DANOS MORAIS E MATERIAIS**

DANO MORAL - Use também: **DANOS MORAIS E MATERIAIS, DANOS MORAIS E ESTÉTICOS**

DANO QUALIFICADO

Dano ao patrimônio público - Viatura da Polícia Militar - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação. 548

Inaplicabilidade do CP - Pichação - Princípio da especialidade - Conduta tipificada no art. 65, § 1º, da Lei 9.605/1998 - Conflito aparente de normas..... 639

DEFICIENTE FÍSICO

Aquisição de veículo automotor - Direção por terceiro - Isenção de ICMS - Ação ordinária - Procedência do pedido 184

DENÚNCIA

Requisitos - Inépcia - Não configuração - Crime societário - Inexigibilidade de descrição individualizada da conduta 665

DENUNCIÇÃO CALUNIOSA

Imputação dos crimes de lesão corporal e furto a policiais militares - Ciência da inocência - Instauração de inquérito policial - Autoria - Materialidade - Dolo - Prova - Condenação 606

DESAFORAMENTO

Homicídio qualificado - Repercussão e comoção social - Tribunal do Júri - Forte influência dos réus na comarca - Dúvida quanto à imparcialidade dos jurados - Deferimento do pedido..... 600

DESMEMBRAMENTO ILEGAL DE SOLO URBANO

Loteamento irregular - Crime qualificado - Venda de lotes - Sócio administrador - Condenação - Correú - Dúvida quanto à autoria delitiva - Absolvição 619

DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO

Cobrança de aluguéis - Cumulação de pedidos - Separação judicial - Permanência do cônjuge não locatário no imóvel - Ausência de comunicação ao locador - Responsabilidade do locatário 376

DIREITO AMBIENTAL

Reserva legal - Registro no CAR - Cadastro Ambiental Rural - Desnecessidade de averbação no Cartório de Registro de Imóveis 412

DIREITO AUTORAL

ECAD - Execução de obra musical em quarto de hotel - Pagamento devido 303

Obra musical - Utilização sem pagamento prévio - Juros de mora - Correção monetária - Evento sem fins lucrativos - Cobrança Possibilidade..... 428

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direito à informação - Liberdade de expressão - Direito à honra, imagem e privacidade - Colisão - Ponderação de circunstâncias - Consideração dos elementos jurídicos fáticos..... 197

DOAÇÃO

Bem imóvel - Partilha de bens em ação de divórcio - Homologação judicial - Eficácia equivalente à escritura pública - Inexistência de registro - Irrelevância 173

- E -

EMBARGOS À EXECUÇÃO

Execução fiscal - Multas de trânsito - BHTrans - Sanção - Vedação - Certidão de dívida ativa - Nulidade - Procedência do pedido 470

Use também: **EMBARGOS DO DEVEDOR**

EMBARGOS DE TERCEIRO

Penhora - Bem adquirido na constância da união estável - Dívida contraída anteriormente - Constrição incidente sobre a meação do devedor..... 209

EMBARGOS DO DEVEDOR

Execução por título extrajudicial - Duplicata mercantil sem aceite - Comprovante de entrega de mercadoria - Protesto de título - Improcedência do pedido 82

ENSINO FUNDAMENTAL

Menor com Síndrome de Down - Necessidade de permanência por mais um ano na educação infantil - Negativa da Secretaria Municipal de Educação - Interesse do infante - Limite etário afastado 449

ENUNCIADO DE SÚMULA

Súmula 26 do Órgão Especial do TJMG - Cancelamento - Agravo retido - Extinção pela nova ordem jurídico-processual..... 75

Súmula 42 do Grupo de Câmaras Criminais do TJMG - Circunstância atenuante - Redução da pena aquém do mínimo legal - Impossibilidade 522 -

Use também: **SÚMULA**

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Lei 8.069/1990, art. 53 - ECA - Direito à educação - Pleno desenvolvimento da criança e do adolescente .. 449

Lei 8.069/1990, art. 142, parágrafo único - ECA - Menor - Representação legal - Representante ou assistente - Interesses colidentes - Curador especial 247

ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Lei 10.826/2003, art. 14 - Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Espingarda - Utilização na caça de animais silvestres - Condenação 522

ESTATUTO DO IDOSO

Lei 10.741/2003, art. 96, § 1º - Humilhação de pessoa idosa - Crime praticado contra genitora - Condenação..... 570

ESTATUTO DO ÍNDIO

Lei 6.001/1973, art. 56 - Fixação da pena - Silvícola parcialmente adaptado à sociedade não indígena - Circunstância atenuante..... 563

EXCLUDENTE DE ILICITUDE - Use: ESTADO DE NECESSIDADE**EXECUÇÃO**

Empresa pública - Natureza jurídica - Pessoa jurídica de direito privado - Regime de precatório - Inadequação - Prosseguimento do processo executivo 725

EXECUÇÃO DA PENA

Remição da pena - Trabalho no interior do estabelecimento penal - Carga horária inferior à legal - Consideração do total de horas trabalhadas - Conversão em dias - Excepcionalidade 680

Remição da pena - Participação do preso em coral - Interpretação extensiva do art. 126 da LEP - Aprimoramento cultural - Promoção de formação profissional no âmbito cultural e artístico 711

Trabalho externo - Atividade desenvolvida como microempresário individual - Possibilidade - Ausência de vedação legal - Remição da pena pelo trabalho - Benefício já concedido ao apenado..... 636

Trabalho externo - Preenchimento dos requisitos - Estabelecimento comercial irregular - Alvará de funcionamento - Morosidade da Administração Pública municipal - Concessão do benefício 538

Visita a preso - Tentativa de entrega de aparelho de telefonia celular - Falta grave na forma tentada - Reconhecimento..... 556

EXECUÇÃO FISCAL

Crédito tributário de pequeno valor - Existência de meios diversos de cobrança - Juízo de conveniência e oportunidade - Interesse de agir..... 275

Recuperação judicial - Sociedade empresária - Bem nomeado à penhora - Recusa do exequente - Penhora *on line* - Prejuízo à empresa executada - Suspensão de atos expropriatórios..... 120

EXECUÇÃO POR TÍTULO JUDICIAL

Obrigação de fazer - Doação de imóvel - Acordo judicial - Partilha de bens em ação de divórcio dos pais do donatário - Interesse de agir - Embargos à execução - Improcedência..... 173

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

Condenação em segunda instância - Expedição do mandado de prisão e da guia de execução - Necessidade de esgotamento das vias recursais ordinárias 585, 611, 690, 683

EXTINÇÃO DO PROCESSO

Extinção de ofício - Inviabilidade - Execução fiscal - Dívida de pequeno valor - Definição da modalidade de cobrança pelo ente tributante 275

EXTORSÃO

Autoria - Materialidade - Prova - Crime formal - Resistência da vítima - *Iter criminis* percorrido - Tentativa - Condenação 516

FALÊNCIA

Serviços advocatícios prestados à massa falida - Contratação posterior à quebra - Crédito extraconcursal - Pagamento antecipado..... 454

FALSIDADE IDEOLÓGICA

Inserção de declaração falsa em boletim e notas fiscais - Revenda de álcool etílico hidratado em desacordo com as normas legais 611

FALTA GRAVE

Aparelho telefônico em poder de visitante - Tentativa de entrega a preso em regime fechado - Perda de parte dos dias remidos - Novo marco temporal para futuros benefícios..... 556

FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO

Rufianismo - Princípio da consunção - Agenciamento de garotas de programa pela internet - Casa de prostituição - Condenação..... 690

FIXAÇÃO DA PENA

Abandono de incapaz - Circunstâncias judiciais favoráveis - Redução da pena-base - Causa especial de aumento de pena - Regime aberto - Substituição da pena privativa de liberdade..... 542

Circunstância atenuante - Redução da pena aquém do mínimo legal - Impossibilidade - Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Circunstância agravante - Reincidência - Regime semiaberto. 522

Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Circunstância agravante - Reincidência - Causa geral de diminuição da pena - Tentativa - Regime semiaberto - Não substituição da pena privativa de liberdade 516

Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Circunstância agravante - Reincidência - Exclusão - Transcurso do prazo de cinco anos da condenação anterior - Redução da pena - Regime aberto 606

Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Circunstância agravante - Reincidência - Regime semiaberto - Corrêu - Primariedade - Regime aberto 639

Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Circunstância agravante - Reincidência - Regime semiaberto - Não substituição da pena privativa de liberdade 585

Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Pena-base acima do mínimo legal - Circunstância agravante - Reincidência - Regime semiaberto 548

Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Circunstância agravante - Crime contra mulher grávida - Compensação - Não substituição da pena..... 563

Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Circunstâncias e conseqüências do crime - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - *Quantum* da pena - Regime fechado - Não substituição da pena privativa de liberdade 491

Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Circunstâncias e conseqüências do crime - Fixação da pena-base acima do mínimo legal - Circunstância atenuante prevista no art. 65, I, do CP - Redução da pena..... 619

Crime contra as relações de consumo - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Pena-base acima do mínimo legal - Não substituição da pena privativa de liberdade - Corréus - Regime aberto - Penas restritivas de direitos - Prestação pecuniária - Redução 683

FURTO FAMÉLICO

Produtos alimentícios - Situação de penúria - Estado de necessidade - Reconhecimento 533

- H -

HOMICÍDIO QUALIFICADO

Acidente de trânsito - Indícios de dolo eventual - Pronúncia - Princípio *in dubio pro societate* 502

Policial militar no exercício das funções - Grupo de extermínio - Pronúncia - Forte influência na comarca - Dúvida quanto à imparcialidade do júri - Manifestação favorável do juiz - Desaforamento do julgamento 600

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido - Princípio da consunção - Legítima defesa putativa - Ausência de prova - Pronúncia..... 508

HONORÁRIOS DE ADVOGADO - Use: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Honorários recursais - Honorários advocatícios - Não cabimento - Verba não contemplada no respectivo processo 725

HORA EXTRA

Adicional noturno e adicional de penosidade - Verbas de caráter eventual - Não integração à remuneração para fins de base de cálculo 290

- I -

IMPOSTO

ICMS - Isenção - Aquisição de veículo por portador de deficiência física severa - Condução por terceiro - Função social do benefício - Procedência do pedido 184

ICMS - Não incidência - Saída de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular - Industrialização por encomenda..... 266

IPVA - Portador de necessidades especiais - Deferimento do pedido de isenção após pagamento - Ato administrativo de natureza declaratória - Restituição dos valores pagos 243

ISSQN - Base de cálculo - Dedução dos valores relativos a materiais utilizados na obra - STF - Repercussão geral reconhecida..... 141

INDENIZAÇÃO

Dano material - Acidente de trânsito - Ausência de sinalização em cruzamento - Insuficiência para responsabilização do Município - Dever de cuidado - Respeito à preferência de passagem 234

Dano material - TV por assinatura - Instalação de novo canal - Ausência de prova da contratação - Cobrança indevida - Serviço defeituoso - Dano moral - Ônus da prova do autor..... 349

Dano moral - Acidente de trânsito - Queda de passageiro no interior de ônibus - Empresa de transporte coletivo - Dever de indenizar - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação.....	398
Dano moral - Atraso na entrega do imóvel - Expedição de “habite-se” - Risco da atividade - <i>Quantum</i> indenizatório - Cláusula penal - Multa contratual	476
Dano moral - Compra e venda - Vício oculto - Demora no conserto do veículo - Serviço defeituoso - Substituição do bem - Procedência do pedido	147
Dano moral - Computador - Assistência técnica - Divulgação de imagens íntimas extraídas do dispositivo - Lesão ao direito de imagem - Dever de indenizar - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação	157
Dano moral - Contratação de cruzeiro marítimo - Oferecimento de pacote turístico diverso - Serviço defeituoso - Dever de indenizar - <i>Quantum</i> indenizatório - Redução	487
Dano moral - Criação de perfil vinculado ao nome e à imagem em aplicativo - Utilização de dados extraídos do <i>Facebook</i> - Responsabilidade civil - Não configuração	153
Dano moral - Discurso na ALMG - Transmissão pela TV - Ofensa à honra de dirigente de universidade - Dano à imagem da instituição de ensino superior - Dever de indenizar.....	458
Dano moral - Exame laboratorial - Equívoco no resultado - Desídia - Doença grave - Transmissão vertical - Dever de indenizar	255
Dano moral - <i>Facebook</i> - Criação de perfil falso - Notificação extrajudicial - Não atendimento - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação	482
Dano moral - Matéria jornalística - Insinuação de desvio de verba pública ou obtenção ilegal de recursos - Conjecturas - Lesão a direito da personalidade - Ofensa à honra e imagem	197
Dano moral - Teoria da asserção - Empresa de eventos - Imóvel locado - Disparo de arma de fogo nos limites da vigilância - Cadeia de fornecedores - Solidariedade - Dever de indenizar	326
Dano moral - Viagem de lua de mel - Cancelamento - Serviço defeituoso - Lesão ao direito de personalidade - Dever de indenizar.....	223
Dano moral reflexo - Cadastro de inadimplentes - Inscrição de nome de pessoa falecida - Necessidade de prova - Seguro prestamista - Cobrança indevida - Direito da personalidade - Herdeiro - Legitimidade ativa	280
Danos morais e estéticos - Amputação de membro - Demora na transferência de nosocômio e cirurgia de urgência - Hospital público - Culpa - Dever de indenizar.....	215
Danos morais e materiais - Acidente de trânsito - Batida em cruzamento - Inobservância do dever de cuidado - Culpa exclusiva do condutor do automóvel - Dever de indenizar - Não caracterização.....	298
Danos morais e materiais - Compra e venda pela internet - Mercadoria não entregue - Veiculação por emissora de TV e apresentador de programa - Ilegitimidade passiva - Anunciante - Responsabilização - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação	331
Danos morais e materiais - Contrato de locação residencial - Defeito posterior na caixa d'água - Caso for-	

tuito - Infiltração no imóvel - Responsabilidade do locatário - Reconvenção - Custeio do reparo do imóvel
106

Danos morais e materiais - Erro médico - Aplicação de medicamento e punção lombar - Paralisia de membro decorrente do quadro infeccioso do paciente - Ausência de prova de culpa 167

Danos morais e materiais - Erro médico - Hospital - Responsabilidade solidária..... 135

Danos morais e materiais - Instituição de ensino descredenciada - Serviço defeituoso - Dever de indenizar
205

Danos morais e materiais - Pirâmide financeira - Negócio jurídico nulo - Rescisão contratual - Dano moral - Não configuração - Mero aborrecimento - Restituição de valores - Julgamento *ultra petita*..... 115

Poluição visual - Fixação de anúncios em bens tombados ou em seu entorno - Centro histórico - Dano ao meio ambiente - Prejuízo à coletividade - Irregularidade sanada antes da audiência - Dever de indenizar .
188

INJÚRIA QUALIFICADA

Injúria racial - Menção à cor do indivíduo - Termo ofensivo - *Animus injuriandi* - Desclassificação do crime para injúria simples - Remessa dos autos ao Juizado Especial 597

INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA

Menor - Adolescente - Dependência química - Submissão a tratamento médico - Integração à lide - Litisconsórcio passivo necessário..... 247

INTERNET

Processo penal - Prova extraída de páginas do *Facebook* - Rede social - Não infringência à intimidade e privacidade 639

INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Oposição - Manutenção de posse - Substituição do polo ativo - Via inadequada - Extinção do processo sem resolução do mérito..... 150

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Polícia militar - Possibilidade - Busca da verdade real - Validade da prova produzida..... 639

- L -

LAVAGEM DE DINHEIRO

Autoria - Materialidade - Prova - Pluralidade de agentes - Condenação - Causa de aumento da pena - Reiteração da prática delituosa..... 690

LEASING - Use: ARRENDAMENTO MERCANTIL

LEGISLAÇÃO

Decreto estadual 44.786/2008, art. 13, IX, *b* - Pregão eletrônico no âmbito do Estado - Declaração de preenchimento dos requisitos de habilitação - Exigência legal..... 69

Decreto estadual 45.759/2011 - Instituição do sistema público do prêmio Torpedo Minas Legal - TML - Resolução Conjunta SEF/LEMG 4.414/2012 - Incentivo à exigência de cupom fiscal.....
293

Decreto municipal 4.762/2011 - Município de São João del-Rei - Combate à poluição visual - Engenhos de publicidade no centro histórico tombado pela Lei Municipal 3.531/2000	188
Decreto-Lei 25/1937, art. 18 - Proteção do patrimônio histórico e artístico - Coisa tombada - Impedimento de construção ou colocação de anúncios ou cartazes sem prévia autorização - Destruição ou retirada do objeto e multa	188
Decreto-Lei 58/1937, art. 11 - Promessa de compra e venda de imóvel - Pacto firmado mediante instrumento particular - Admissibilidade	92
Decreto-Lei 406/1968, art. 9º, <i>caput</i> , § 2º, <i>a</i> , com a redação dada pelo Decreto-Lei 834/1969 - ISS - Base de cálculo - Preço do serviço - Dedução do valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços ...	141
Estatuto dos Servidores do Município de Juiz de Fora, art. 76 - Serviço extraordinário - Remuneração superior em cinquenta por cento à do serviço normal	290
Lei 4.591/1964, art. 10, I - Alteração da fachada do prédio - Vedação ao condômino	407
Lei 5.474/1968, art. 15, II, <i>a, b, c</i> - Cobrança judicial de duplicata sem aceite - Comprovante de entrega e recebimento de mercadoria - Protesto do título	82
Lei 6.766/1979, art. 50, I, <i>c/c</i> parágrafo único, I, II e art. 51 - Crime contra a Administração Pública - Desmembramento ou loteamento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão competente	619
Lei 6.830/1980, art. 2º, § 1º - Dívida ativa da Fazenda Pública - Qualquer valor - Cobrança atribuída por lei	275
Lei 6.830/1980, art. 29 - Cobrança judicial - Dívida ativa da Fazenda Pública - Não sujeição a concurso de credores - Não habilitação em falência, concordata, liquidação	120
Lei 7.853/1989, art. 2º - Apoio às pessoas portadoras de deficiência - Integração social - Direito à educação	449
Lei 8.137/1990, art. 1º, II, V - Crime contra a ordem tributária - Suprimir ou reduzir tributo - Fraude à fiscalização tributária - Saída de mercadoria sem nota fiscal	665
Lei 8.137/1990, art. 7º, VII - Crime contra as relações de consumo - Propaganda enganosa - Publicidade em jornal - Condenação	683
Lei 8.137/90, art. 7º, VII - Crime contra as relações de consumo - Propaganda enganosa - Não configuração ...	674
Lei 8.176/1991, art. 1º, I - Crime contra a ordem econômica - Aquisição e revenda de combustível em desacordo com as normas legais	611
Lei 8.429/1992, art. 7º - Improbidade administrativa - Lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito - Representação ao Ministério Público - Indisponibilidade dos bens - Penhora <i>on line</i> - Sistema BACENJUD	354
Lei 8.429/1992, arts. 10, 11 - Ato de improbidade administrativa - Necessidade de ocorrência de efetivo prejuízo e dolo do agente	438
Lei 9.455/97, art. 1º, I, <i>a</i> , e §§ 4º, 5º e 7º - Tortura - Abordagem policial - Finalidade de obtenção de informação - Depoimentos contraditórios - Dúvida quanto ao delito - Absolvição.....	574

Lei 9.605/1998, arts. 3º, 48, 60 - Dano ao meio ambiente - Loteamento clandestino - Supressão de vegetação - Área de preservação permanente - Sociedade Limitada - Administrador.....	619
Lei 9.605/1998, art. 6º - Lei do meio ambiente - Dano ambiental - Critérios para fixação do <i>quantum</i> indenizatório	188
Lei 9.605/1998, arts. 15, II, <i>d e i</i> , 20, parágrafo único, 65, § 1º - Pichação em prédio e monumento tombados - Crime qualificado - Fixação da indenização pelos danos causados.....	639
Lei 9.605/1998, art. 29, § 4º, III - Caça a espécimes nativos da fauna silvestre - Causa especial de aumento da pena - Crime praticado durante a noite	522
Lei 9.605/1998, art. 32 - Crime contra a fauna - Maus tratos a animais - Prova - Condenação	548
Lei 9.610/1998, arts. 7º, 29, 68 - Exibição de obras protegidas pelos direitos autorais - Locais de frequência coletiva - Hotéis - Obra musical e fonográfica - Necessidade de prévia autorização	303
Lei 9.610/1998, arts. 22, 28, 29, 68 - Direitos morais e patrimoniais do autor sobre a obra - Direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra - Necessidade de autorização prévia para utilização por qualquer modalidade, representação e execução pública	428
Lei 9.610/1998, art. 30 - Direito autoral - Disponibilização ao público de reprodução do conteúdo musical - Faculdade do titular da obra	87
Lei 9.613/1998, art. 1º, § 4º - Lavagem de dinheiro - Causa de aumento de pena - Reiteração da conduta delituosa ou por organização criminosa	690
Lei 10.216/2001, art. 6º - Pessoa portadora de transtorno mental - Internação psiquiátrica - Laudo médico circunstanciado - Necessidade	592
Lei 10.868/2015 - Município de Belo Horizonte - Instituição de plano de saúde para vereadores e familiares custeado pelo erário - Declaração de inconstitucionalidade	59
Lei 11.101/2005, art. 6º, § 7º - Deferimento do processamento da recuperação judicial - Não suspensão da execução fiscal	120
Lei 11.101/2005, art. 150 - Prestação de serviços de advogado à massa falida - Quitação antecipada pelo administrador judicial - Despesa indispensável - Alvará judicial	454
Lei 11.107/2005, arts. 1º, § 1º; 6º, I, II - Consórcio público - Aquisição de personalidade jurídica - Pessoa jurídica de direito público ou privado - Associação pública	164
Lei 12.527/2011, art. 31 - Lei de acesso a informações - Tratamento das informações pessoais - Acesso restrito a pessoas autorizadas e à própria pessoa interessada	360
Lei 12.850/2013, art. 7º, § 3º - Instauração de inquérito - Acordo de colaboração premiada - Sigilo - Afastamento - Conhecimento público	721

Lei 12.965/2014, art. 19, *caput* - Provedor de aplicações de internet - Danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros - Manutenção do conteúdo falso - Responsabilidade civil 482

Lei Complementar 64/2002, arts. 4º, 22, 43 - Morte do segurado - Não prescrição de benefício previdenciário - Prescrição quinquenal dos pagamentos não reclamados, excepcionado direito de menor absolutamente incapaz 102

Lei Complementar 87/1996, art. 11, § 3º - Lei Kandir - Empresas do mesmo titular - Estabelecimentos autônomos 266

Lei Complementar 116/2003, art. 7º, § 2º - ISS - Base de cálculo - Preço do serviço - STF - Repercussão geral - Dedução do montante relativo aos materiais empregados na obra 141

Lei estadual 869/1952, arts. 143, 148 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Minas Gerais - Gratificação pelo serviço extraordinário 457

Lei estadual 6.763/1975 - Estabelecimentos autônomos - Estabelecimento permanente ou temporário do contribuinte 266

Lei estadual 10.363/1990, art. 9º, com redação dada pelo art. 11 da Lei estadual 10.745/1992 - Gratificação pelo serviço extraordinário 457

Lei estadual 10.745/1992, art. 12 - Servidor público do Poder Executivo - Adicional noturno - Percentual de acréscimo incidente sobre a hora normal 387

Lei estadual 14.695/2003 - Criação da carreira de agente de segurança penitenciário - Período de deslocamento - Hora extra *in itinere* - Inexistência de dispositivo legal 457

Lei estadual 14.937/2003, art. 3º, III - IPVA - Pessoa portadora de deficiência - Interpretação à luz dos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana 243

Lei estadual 14.939/2003, art. 10, I - Isenção de custas - Entes federados, fundações e autarquias municipais - Interpretação extensiva - Consórcios públicos constituídos na forma de pessoa jurídica de direito público interno 164

Lei estadual 15.757/2005, art. 1º - Compra de automóvel - Isenção de ICMS - Pessoa portadora de deficiência física - Direção por terceiro 184

Lei estadual 18.975/2010, art. 3º, V - Remuneração por subsídio - Cômputo do adicional noturno 387

Use também: **CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, CÓDIGO DE POSTURAS, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, CÓDIGO FLORESTAL, CÓDIGO PENAL, ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ESTATUTO DO IDOSO, ESTATUTO DO ÍNDIO, LEI DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL, LEI DE EXECUÇÃO PENAL, LEI DE LICITAÇÃO**

LEGITIMATIO AD CAUSAM - Use: **LEGITIMIDADE PASSIVA**

LEGITIMIDADE DE PARTE - Use: **LEGITIMIDADE PASSIVA**

LEGITIMIDADE PASSIVA

Ação indenizatória - Erro médico - Atendimento pelo SUS - Hospital e médico - Mesma cadeia de fornecimento do serviço - Vinculação jurídica 135

LEI DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA

Lei 1.060/1950, arts, 2º, 4º, § 2º - Declaração de miserabilidade - Presunção *juris tantum* de veracidade 129

LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL

Lei 9.394/1996, arts, 4º, 29 - LDB - Educação escolar - Obrigação básica obrigatória e gratuita - Educação infantil - Desenvolvimento integral da criança 364

Lei 9.394/1996, art. 58, § 2º - LDB - Educação escolar pública e gratuita - Educação infantil especial - Portador de deficiência - Serviço de apoio para adaptação 449

LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Lei 7.210/1984, arts. 1º, 126 - Remição penal - Integração social do apenado - Interpretação extensiva *in bonam partem* 711

Lei 7.210/1984, art. 33, parágrafo único - Serviços de manutenção e conservação do presídio - Horário especial de trabalho 680

Lei 7.210/1984, art. 37 - Trabalho externo - Irregularidade administrativa da empresa - Requisitos subjetivos e objetivos preenchidos - Concessão do benefício 538

Lei 7.210/1984, arts. 49, parágrafo único, 50, VII, 127 - Falta grave - Posse de aparelho de telefonia - Tentativa - Perda dos dias remidos na fração máxima 556

Lei 7.210/1984, art. 126 - Remição penal - Dias trabalhados e dias remidos - Inexistência de restrição ao trabalho externo 636

Lei 7.210/1984, art.176 - Medida de segurança - Realização de exame a qualquer tempo - Aferição da periculosidade 592

LEI DE LICITAÇÃO

Lei 8.666/1993, art. 87, III - Inexecução do contrato - Impedimento de contratar temporariamente com o Poder Público - Alcance da sanção a toda a Administração Pública 69

LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

Deformidade permanente - Violência doméstica - Integrante de comunidade indígena - Ciência da ilicitude da conduta - Condenação 563

LICITAÇÃO

Obra pública - Contratação de mão-de-obra - Material fornecido pela municipalidade - Má qualidade da obra - Município - Responsabilidade técnica - Dever de fiscalização 98

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

Sentença coletiva - Tutela de direito individual homogêneo - Processamento de forma individual ou coletiva - Inexigibilidade de vínculo associativo com o ente coletivo 177

LOCAÇÃO RESIDENCIAL

Contrato por prazo indeterminado - Sub-rogação da locação - Ausência de notificação do locador - Responsabilidade do locatário pelo pagamento dos aluguéis 376

Defeito na caixa d'água - Infiltração no imóvel - Conservação do imóvel - Obrigação do locatário - Rescisão contratual antecipada - Locador - Multa - Não cabimento 106

- M -

MANDADO DE SEGURANÇA

Expositor em feira de artesanato - Recadastramento - Certidão negativa de débito - Edital - Ilegalidade - Código de Posturas do Município - Ausência de previsão legal - Concessão da segurança 181

Liminar - Suspensão temporária de participação em licitação - Pregão eletrônico - Sociedade empresária impedida de licitar - Desclassificação - Concessão da segurança 69

Município - Fazenda Pública municipal - ISS - Abstenção de cobrança do valor total da nota fiscal - Exclusão do valor dos materiais empregados na construção civil - Concessão da segurança 141

Suspensão da cobrança de ICMS - Industrialização por encomenda entre matriz e filial - Estabelecimentos autônomos - Não transmissão de titularidade - Concessão da segurança 266

Testamento - Testador vivo - Acesso por terceiros às informações - Impossibilidade - Privacidade do testador - Provimento 260/2013 da CGJ - Denegação da segurança 403

MAUS-TRATOS

Não configuração - Inexistência de fim específico de educação, ensino tratamento ou custódia - Absolvição 542

MEDIDA CAUTELAR - Use: AÇÃO CAUTELAR

MEDIDA DE SEGURANÇA

Crime apenado com reclusão - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico - Substituição por tratamento ambulatorial - Realização de exame - Aferição da periculosidade do agente 592

MULTA

Infração de trânsito - Lavratura do auto de infração - Ausência de prova de irregularidade 220

Litigância de má-fé - Embargos de declaração - Caráter protelatório 82

Utilização de obra lítero-musical sem pagamento de direitos autorais - Ausência de previsão legal - Cobrança indevida 428

- O -

OBRIGAÇÃO DE FAZER

Exclusão de informações de inquérito policial arquivado - Sistema de dados da Polícia Civil - Registro essencial - Preservação de ato da Administração - Indeferimento do pedido 360

Pagamento do prêmio - Loteria - Participação via SMS - Validação dos dados enviados - Erro de digitação do CNPJ - Consumidor sorteado - Negativa de pagamento - Ofensa à boa-fé objetiva 293

- P -

PRESCRIÇÃO

Adicional noturno - Parcelas de trato sucessivo anteriores a cinco anos - Decreto 20.910/1932 387

Fazenda Pública - Prazo quinquenal - Decreto 20.910/1932 - Princípio da especialidade 255

Prescrição retroativa - Desmembramento ilegal de solo urbano - Extinção da punibilidade 619

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Bem imóvel - Natureza jurídica do contrato preliminar de compra e venda 92

PROPAGANDA ENGANOSA

Indução do consumidor em erro - Ausência de prova do elemento subjetivo - Inadimplemento contratual - Má administração - Absolvição 674

Indução do consumidor em erro - Dolo - Pluralidade de réus - Defensor único quando da oitiva da vítima - Inexistência de conflito de interesse até a prática do ato - Não ocorrência de cerceamento de defesa . 683

PROVA PERÍCIAL

Perícia de engenharia e de contabilidade - Indeferimento do pedido - Decisão fundamentada - Cerceamento de defesa - Não ocorrência 674

- R -

RECURSO

Apelação cível - Reprodução das razões deduzidas na contestação - Conhecimento do recurso 209

Inovação recursal - Não ocorrência - Condição de procedibilidade do *mandamus* - Necessidade de dilação probatória - Não manifestação pelo indeferimento da petição inicial - Matéria arguível de ofício pelo juiz 266

REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA - Use: REGIME ABERTO, REGIME FECHADO, REGIME SEMIABERTO

REPETIÇÃO DO INDÉBITO

Compra e venda pela internet - Sistema “Pague seguro” - Intermediação de pagamento - Não entrega do produto - Ausência de notificação - Improcedência do pedido em relação ao intermediador 317

Isenção de imposto - Deficiente físico - Pagamento de IPVA - Restituição 243

RESPONSABILIDADE CIVIL

Concessionária de serviço público - Transporte coletivo - Dano decorrente de queda de usuário no interior de ônibus - Responsabilidade objetiva 398

Construção de ponte - Contratação de mão-de-obra - Vícios e defeitos - Má qualidade do material fornecido pela municipalidade - Ausência de dolo ou culpa da contratada 98

Dano ao meio ambiente - Degradação do ecossistema e de recursos naturais - Proprietário do bem imóvel - Obrigação *propter rem* - Dever de recuperação - Responsabilização do proprietário atual 716

Empresa de cobrança - Fornecedor do produto - Mercadoria vendida pela internet - Entrega não realizada - Responsabilidade solidária	331
Empresa jornalística - Responsabilidade subjetiva - Ônus da prova da ilicitude da publicação - Delimitação do direito de liberdade de expressão	197
Ente público - Omissão na prestação do serviço - Culpa presumida - Teoria da culpa do serviço público - Responsabilidade subjetiva	234
Ente público - Omissão na prestação do serviço - Semáforo com luzes apagadas - Ausência de prova de culpa - Dever de cuidado do condutor do veículo automotor	298
Ente público - Risco administrativo - Exame laboratorial - Resultado equivocado - Gestante - Transmissão do vírus HIV - Responsabilidade objetiva	255
Erro médico - Ausência de prova de culpa e nexos causal - Procedimento médico adequado - Obrigação de meio - Paralisia de membro decorrente do quadro infeccioso do paciente	167
Erro médico - Culpa - Nexos causal - Hospital - Médico - Solidariedade - Concausa - Dever de indenizar	135
Fornecedor de serviço - Defeito ou falha na prestação do serviço - Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro - Não ocorrência - Responsabilidade objetiva	223
Hospital municipal - Culpa - Negligência - Prova - Responsabilidade subjetiva	215
Locação residencial - Defeito na caixa d'água - Dano ao imóvel - Ausência do locatário - Locador - Inexistência de nexos causal	106
Relação de consumo - Falha do prestador de serviço - Descrédito de instituição de ensino - Cancelamento das atividades escolares - Prejuízo aos alunos - Responsabilidade objetiva	205
ROUBO CIRCUNSTANCIADO	
Assalto a ônibus - Autoria - Materialidade - Prova - Inimputabilidade - Absolvição imprópria - Imposição de medida de segurança	592
Emprego de arma de fogo - Concurso de agentes - Pluralidade de vítimas - Concurso formal - Condenação	491

- S -

SEMI-IMPUTABILIDADE

Alcoolismo - Consideração na terceira fase de fixação da pena - Inaplicabilidade da circunstância atenuante inominada do art. 66 do CP	563
--	-----

SENTENÇA

Inexistência de nulidade - Ausência de alegações finais - Não ocorrência de prejuízo - Não configuração de cerceamento de defesa	293
--	-----

SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

BHTrans - Fins empresariais - Poder de polícia - Fiscalização do trânsito - Imposição de penalidades - Ato contrário ao interesse público 470

SUCUMBÊNCIA

Reintegração de posse - Retirada da publicidade pelo réu - Perda superveniente do objeto - Extinção do processo - Custas processuais - Honorários advocatícios - Princípio da causalidade 407

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enunciado Administrativo 2 - Interposição de recurso com fundamento no CPC/1973 - Decisões publicadas até 17/3/2016 - Requisitos de admissibilidade nele previstos 716

Enunciado Administrativo 3 - Recursos de decisões publicadas a partir de 18/3/2016 - Requisitos de admissibilidade recursal na forma do CPC/2015 331, 349

Súmula 187 - Acidente com passageiro - Fato de terceiro - Não exclusão da responsabilidade contratual do transportador 398

Súmula 221 - Empresa jornalística - Jornalista - Publicação ofensiva à honra e imagem - Responsabilidade solidária 197

Súmula 231 - Fixação da pena-base no mínimo legal - Circunstância atenuante - Impossibilidade de redução da pena-base aquém do patamar mínimo 522, 690

Súmula 269 - Réu reincidente - Pena igual ou inferior a quatro anos - Circunstâncias judiciais favoráveis - Regime prisional semiaberto 548

Súmula 297 - Arrendamento mercantil - Relação de consumo - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras 310

Súmula 326 - Indenização por dano moral - Redução do valor - Sucumbência recíproca - Não ocorrência 135

Súmula 335 - Locação - Cláusula contratual - Renúncia à indenização por benfeitorias e ao direito de retenção - Validade 129

Súmula 443 - Roubo circunstanciado - Fração de aumento da pena - Necessidade de fundamentação - Insuficiência de indicação do número de majorantes 491

Súmula 472 - Comissão de permanência - Limitação do valor - Exclusão dos juros remuneratórios e moratórios e da multa contratual 310

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Súmula 305 - Acordo judicial homologado - Irretratabilidade 173

Súmula Vinculante 85 - Honorários de sucumbência - Natureza alimentar 209

SURSIS ESPECIAL

Circunstâncias judiciais favoráveis - Impossibilidade de reparação do dano - Condições sursitárias cumulativas 529

- T -**TAXA DE ADMINISTRAÇÃO**

Consórcio - Contrato de adesão - Estipulação em percentual superior a dez por cento - Não configuração de abusividade 369

TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Duplicata mercantil sem aceite - Prova de recebimento da mercadoria - Título protestado 82

TORTURA

Agente público - Policial militar - Dúvida relevante quanto à conduta delituosa - Absolvição - Princípio *in dubio pro reo* 574

TRIBUNAL DO JÚRI

Homicídio qualificado - Qualificadoras não manifestamente improcedentes - Submissão ao Conselho de Sentença 502, 508

TRIBUTO - Use: IMPOSTO**TV A CABO**

Serviço defeituoso - Disponibilização de canal de conteúdo pornográfico - Acesso por parentes menores na residência - Dano moral - Ônus da prova 349

- U -**USUCAPIÃO ESPECIAL**

Imóvel urbano - Ausência de requisitos - Inexistência de contagem de prazo entre cônjuges - Contrato de locação - Ausência de *animus domini* 193

- V -**VALOR DA CAUSA**

Impugnação - Decisão proferida na vigência do CPC - Não cabimento de recurso autônomo - Arguição em preliminar de apelação ou contrarrazões 252

VALOR DA INDENIZAÇÃO - Use também: QUANTUM INDENIZATÓRIO**VÍCIO OCULTO**

Não configuração - Imóvel locado - Quebra da boia da caixa d'água - Vazamento - Caso fortuito - Locatário - Custeio dos reparos no imóvel 106

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Lesão corporal - Agressões mútuas - Companheiros - Condenação - Regime aberto - Aplicabilidade do *sur-sis especial* 529

Lesão corporal de natureza grave - Afastamento das atividades por mais de trinta dias - Deformidade permanente - Prática por silvícola - Condenação 563

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - Use: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR



