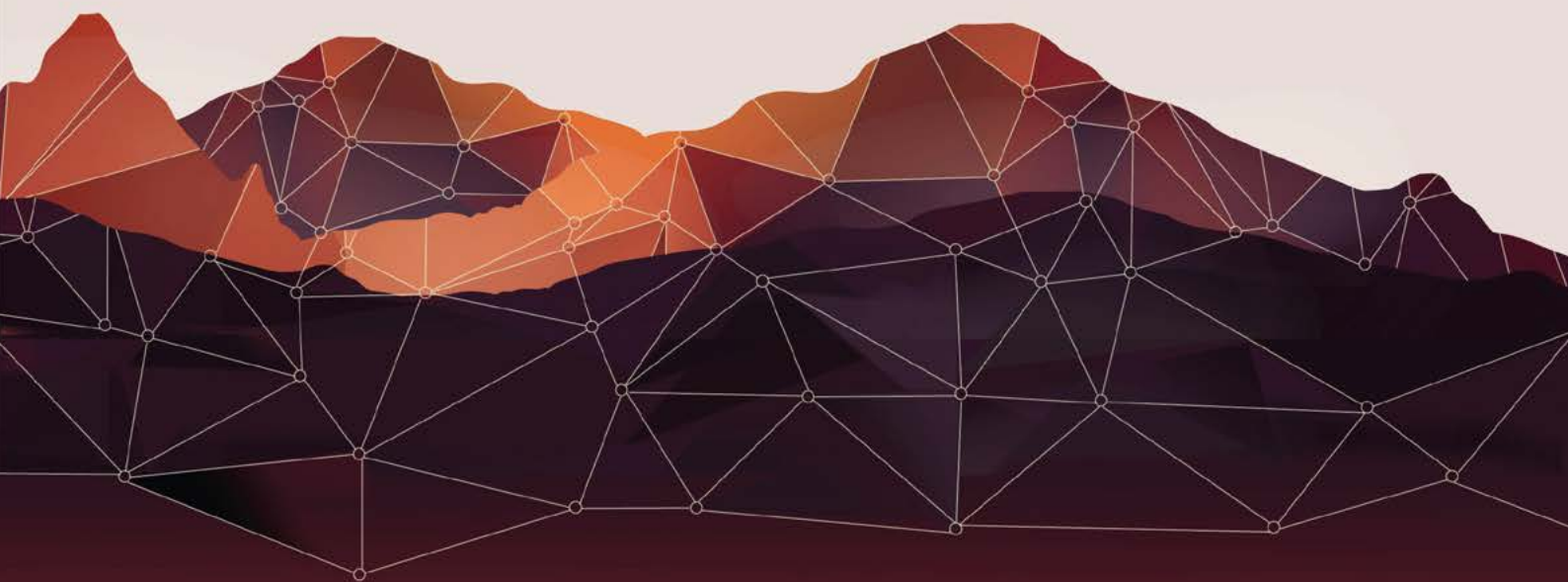


| Revista Eletrônica

# Jurisprudência Mineira

Ano 69 | v. 224 | julho a dezembro de 2018



| 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.<sup>a</sup> Áurea Maria Brasil Santos Perez

## **Superintendente Adjunta**

Des.<sup>a</sup> Maria Luiza de Marilac Alvarenga Araújo

## **Coordenador do Centro de Estudos Jurídicos Juiz Ronaldo Cunha Campos**

Des. Moacyr Lobato de Campos Filho

## **Juiz Auxiliar da 2ª Vice-Presidência**

Juiz de Direito Luís Fernando de Oliveira Benfatti

## **Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas**

Ana Paula Andrade Prosdociami da Silva

## **Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental**

Fernando Rosa de Sousa

## **Gerente de Jurisprudência e Publicações Técnicas**

Thiago Israel Simões Doro Pereira

## **Coordenação de Publicação e Divulgação de Informação Técnica (CODIT)**

Claudiciano dos Santos Pereira

Alexandre Silva Habib

Bernardino Senna de Oliveira

Cecília Maria Alves Costa

Eliana Whately Moreira

Guilherme de Assis Moreira

Guilherme de Macedo Machado

Leda Jussara Barbosa Andrade

Leila El Bizri Grossi Coura

Luciana Lobato Barros

Maria Amélia Ribeiro Kasakoff

Mariana de Souza Sickert Rodrigues

Maurício Tobias de Lacerda

## **Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes**

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

**30190-925 - Belo Horizonte/MG - Brasil**

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

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

Normalização Bibliográfica: EJEF/GEDOC/COBIB

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

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

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Ano 1 nº 1 1950-2018  
Belo Horizonte, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

Semestral.  
ISSN 0447-1768

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

CDU 340.142 (815.1)

ISSN 0447-1768

## **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**

### *Presidente*

Desembargador NELSON MISSIAS DE MORAIS

### *Primeiro Vice-Presidente*

Desembargador JOSÉ AFRÂNIO VILELA

### *Segunda Vice-Presidente*

Desembargadora ÁUREA MARIA BRASIL SANTOS PEREZ

### *Terceira Vice-Presidente*

Desembargadora MARIANGELA MEYER PIRES FALEIRO

### *Corregedor-Geral de Justiça*

Desembargador JOSÉ GERALDO SALDANHA DA FONSECA

## **Tribunal Pleno**

### **Desembargadores**

(por ordem de antiguidade, em 18.07.2018)

**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**

**Evangalina** **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**  
**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** Boccalini  
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 Birchall**  
**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 18.07.2018 - Dias de Sessão

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

\* Presidente da Câmara

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

\* Presidente da Câmara

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

\* Presidente da Câmara

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

\* Presidente da Câmara

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

\* Presidente da Câmara

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

\* Presidente da Câmara

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

\* Presidente da Câmara

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

\* Presidente da Câmara

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

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



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

### Desembargadores

**Nelson Missias de Morais**  
Presidente

**José Afrânio Vilela**  
Primeiro Vice-Presidente

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

**Mariângela Meyer Pires Faleiro**  
Terceira Vice-Presidente

**Otávio de Abreu Portes**

**Hilda Teixeira da Costa**

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

**Estevão Lucchesi de Carvalho**

**Wilson Almeida Benevides**

**Mônica Libânio Rocha Bretas**

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

### Desembargadores

**Nelson Missias de Morais**  
Presidente

**Kildare Gonçalves Carvalho**

**Márcia Maria Milanez**

**Antônio Carlos Cruvinel**

**Wander Paulo Marotta** Moreira

**Geraldo Augusto** de Almeida

**Caetano Levi Lopes**

**Luiz Audebert Delage** Filho

**Belizário Antônio de Lacerda**

**José Edgard Penna Amorim** Pereira

**José Carlos Moreira** Diniz

**Paulo César** Dias

**Edilson Olímpio** Fernandes

**Armando** Freire

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

**José Afrânio Vilela**  
Primeiro Vice-Presidente

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

**Wanderley Salgado de Paiva**

**Mariângela Meyer Pires Faleiro**  
Terceira Vice-Presidente

**Moacyr Lobato** de Campos Filho

**André Luiz Amorim Siqueira**

**Alexandre Quintino** Santiago

**Edison Feital** Leite

**Renato Luís** Dresch

## **Comitê Técnico da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes**

### *Desembargadores*

Áurea Maria Brasil Santos Perez  
Maria Luíza de Marilac Alvarenga Araújo  
Alberto Vilas Boas Vieira de Sousa  
Kárin Liliane de Lima Emmerich e Mendonça  
Moacyr Lobato de Campos Filho

### *Juíza de Direito*

Luís Fernando de Oliveira Benfatti

### *Diretora Executiva de Desenvolvimento de Pessoas*

Ana Paula Andrade Prosdocimi da Silva

### *Diretor Executivo de Gestão da Informação Documental*

Fernando Rosa de Sousa

## **Comissão de Divulgação da Jurisprudência**

### *Desembargadores*

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

# SUMÁRIO

## MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO MINEIRO

Desembargador Affonso Geraldo Soares Ferreira

Nota biográfica ..... 12

30 anos da Memória do Judiciário Mineiro: O Histórico Palácio da Justiça Rodrigues Campos

Nota histórica ..... 15

## DOCTRINA

A Adoção internacional e o acompanhamento pós-adotivo no Estado de Minas Gerais

*Cristiane da Silva Sarmento Moreira* ..... 21

Análise crítica do art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa: da viabilidade jurídica da percepção parcial de salários, remuneração ou subsídio para servidores ocupantes de cargos, empregos ou funções afastados do exercício da função

*Samara Fernandes da Cruz Aguiar* ..... 32

Reflexão analítica sobre o infanticídio indígena

*Laís Pimenta Guimarães* ..... 46

## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Órgão Especial ..... 59

Súmulas ..... 109

Jurisprudência Cível ..... 113

Jurisprudência Criminal ..... 450

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** ..... 596

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** ..... 634

**ÍNDICE NUMÉRICO** ..... 664

**ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO** ..... 669



Desembargador AFFONSO GERALDO SOARES FERREIRA

## NOTA BIOGRÁFICA

### Desembargador Affonso Geraldo Soares Ferreira

O Desembargador Affonso Geraldo Soares Ferreira nasceu no município mineiro de Barbacena em 18 de junho de 1910. Era filho de José Cypriano Soares Ferreira e Affonsina Lopes Soares Ferreira.

Bacharel em Direito, exerceu o cargo de Promotor de Justiça na Comarca de São Gotardo. Foi nomeado Juiz de Direito para a Comarca de Rio Pardo de Minas em 4 de setembro de 1945. Tomou posse em 6 de setembro e assumiu o exercício em 19 de setembro. Em 18 de maio de 1946, permutou com o Juiz de Direito da Comarca de Alto do Rio Doce, assumindo o exercício em 13 de junho. Em 22 de outubro de 1947, permutou com o Juiz de Direito da Comarca de Elói Mendes. Assumiu as funções do cargo em 21 de novembro.

Promovido, por merecimento, para a Comarca de Monte Carmelo em 26 de abril de 1955, assumiu o exercício em 1º de maio. Em 29 de agosto de 1959, foi promovido, por merecimento, para Santos Dumont, assumindo as funções na Comarca em 16 de setembro. Sua promoção, por merecimento, para Belo Horizonte ocorreu em 18 de novembro de 1965. Assumiu o exercício na Vara do Júri e Execuções Criminas da capital em 1º de dezembro. Em 9 de fevereiro de 1972, o magistrado foi removido, por permuta, para a 8ª Vara Criminal. Entrou em exercício em 16 de fevereiro.

Affonso Geraldo Soares Ferreira foi promovido, por antiguidade, para o cargo de Juiz do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais (TAMG) em 1º de abril de 1975. Tomou posse e assumiu o exercício em 10 de abril.

Atingiu o grau máximo da carreira em 22 de dezembro de 1978, ao receber a promoção para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), tomando assento na 4ª Câmara Criminal. Em 11 de junho de 1979, foi efetivada a permuta do magistrado para a 3ª Câmara Criminal.

A aposentadoria do desembargador ocorreu em 26 de setembro de 1979. Affonso Geraldo Soares Ferreira faleceu em 31 de agosto de 2009, em Belo Horizonte, aos 99 anos de idade.

## 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/affonso-geraldo-soares-ferreira-falecimento-em-31-08-2009-1.htm>. Acesso em: 22 ago. 2019.

• • •

NOTA HISTÓRICA

## 30 anos da Memória do Judiciário Mineiro: O Histórico Palácio da Justiça Rodrigues Campos

A noção de patrimônio histórico e cultural, tal como entendemos hoje, emerge ao final do século XVIII, no cerne da Revolução Francesa. Adquire consistência a partir do século seguinte, quando a história, influenciada pelos movimentos positivistas, ganha *status* de ciência. Dessa forma, o conceito de patrimônio é contemporâneo ao de nação e se relaciona ao processo de construção da nacionalidade. Nações do mundo ocidental demandavam, naquele momento, valores que produzissem a união e o reconhecimento mútuo de seus cidadãos. E foram os monumentos, as grandiosas arquiteturas religiosas, civis e militares, os espaços públicos, os documentos, os livros, as artes pictóricas que compõem a memória coletiva o elo necessário para assegurar à unidade política a identidade nacional almejada.

No Brasil, a preservação do patrimônio teve suas primeiras ações de estado na década de 1910, sendo que, entre 1917 e 1935, foram gestados os princípios norteadores dessa política, que viria a culminar na criação do SPHAN em 1937, sob o comando do Ministro da Educação, o mineiro Gustavo Capanema. Desde então ocorreram mudanças significativas, tanto no tocante ao que ser preservado como na forma de sua realização.

Com o advento da Constituição de 1988, promulgada após intensos debates e participações ativas da sociedade brasileira, a questão patrimonial recebeu grande atenção. Nesse momento, foram apresentadas tratativas específicas sobre o patrimônio cultural, sua dimensão imaterial, instrumentos de proteção e salvaguarda - que já estavam em uso - inventários e tombamentos, entre outros. O recurso mais utilizado, o tombamento, sofreu significativas mudanças, perdendo a configuração de proteção de bens monumentais de forma isolada, para ser compreendido como fruto de um conjunto. Essa nova leitura do patrimônio e sua defesa gerou possibilidades múltiplas de proteção e divulgação de vários elementos culturais, constituintes da identidade social, antes relegados ao esquecimento.

O Tribunal de Justiça, atento a esses novos tempos e ciente do seu importante papel na construção da memória não só estadual, mas, também, nacional, criou, através da Resolução 108/88, a Memória do Judiciário Mineiro - MEJUD, na gestão do então Presidente Desembargador José Arthur de Carvalho Pereira, instalada no primeiro pavimento do histórico Palácio da Justiça Rodrigues Campos.

Dessa feita, consolida-se, através da MEJUD, a consciência da necessidade de preservação patrimonial desse respeitável setor da Administração Pública. Como disse o saudoso Desembargador Antônio Pedro Braga, ao assumir a Superintendência da Memória: “a preservação da memória histórica [...] é demonstração de cultura, prova de alto entendimento, sinal evidente de puro civismo”.

Ao comemorar, em novembro de 2018, seus 30 anos de criação, a Memória do Judiciário Mineiro, antes instalada em espaço exíguo, abriu as portas para o público apresentando o novo Museu do Judiciário Mineiro. Conquistadas pouco a pouco pela Mejud, as antigas salas do Palácio da Justiça, que abrigaram durante anos as sessões de julgamentos e trabalhos administrativos, agora são guardiãs do rico acervo histórico da Justiça Mineira.

Construído no início do século XX, o edifício faz parte do conjunto arquitetônico da Avenida Afonso Pena em Belo Horizonte, inserindo-se no rol dos prédios tombados pelo IEPHA/MG. Em toda sua trajetória, sofreu diversas intervenções, sendo a última datada de 1953 até meados da década de 1960. Classificada como a de maior duração, ela produziu modificações significativas, alterando, inclusive, sua estrutura.

Quando, na presidência do Tribunal de Justiça/MG, em 1992, o Des. Fernandes Filho solicitou ao Departamento de Obras da Casa um estudo para a desejada e necessária restauração do prédio em atenção às necessidades de preservação desse patrimônio arquitetônico, a empresa Século 30 Arquitetura foi contratada e ficou a cargo da produção desse estudo.

Como resultado, produziu-se minuciosa pesquisa sobre o histórico do Palácio da Justiça Rodrigues Campos, trazendo luz sobre questões ainda pouco esclarecidas. O estudo apresentou importantes informações sobre as características arquitetônicas originais do edifício que se perderam ao longo das intervenções, além de esclarecer, a partir de fontes históricas, as funcionalidades mais antigas dos espaços do Palácio.

A mudança de governo para a nova capital que se erigia em Minas Gerais promoveu, através de sua Comissão Construtora, um projeto para a construção do Palácio da Justiça direcionado a ser a sede da Casa da Justiça Mineira. Elaborado pelo arquiteto pernambucano José de Magalhães, a tentativa fracassou, e a questão foi adiada sem prazo determinado. Nesse período, em fins do século XIX, o Tribunal de Justiça, à época denominado Tribunal da Relação, funcionou temporariamente em dois endereços. Inicialmente instalou-se na Secretaria do Interior, na Praça da Liberdade – atual Museu das Minas e do Metal – e, mais tarde, na Escola Normal – atual Instituto de Educação.

Em 1909, os trabalhos foram retomados, quando se tem registro do pagamento, pela Secretaria do Interior, de projeto elaborado por Raphael Rebecchi<sup>1</sup>, autorizado por José Dantas. Engenheiro civil, diplomado na Escola de Minas, Dantas assume a coordenação de todas as ações necessárias para a construção do Palácio da Justiça. Em junho desse ano, a construção dos barracões em um terreno defronte ao Parque Municipal dá início às obras.

As obras estiveram, até maio de 1911, a cargo do Cel. Júlio Cesar Pinto Coelho, engenheiro, industrial e construtor que havia trabalhado na construção da capital, desde o seu início. Destinado a abrigar o Tribunal da Relação e o Fórum da nova capital à época, o edifício apresentava partido quadrangular com pátio central,

<sup>1</sup> Raphael Rebecchi, engenheiro arquiteto italiano diplomado na Universidade de Roma. Responsável pela empresa R. Rebecchi & Cia, fundada em 1897, ganhou notoriedade em 1904, quando venceu o concurso internacional da Prefeitura do Rio de Janeiro para modernização e saneamento da capital.



distribuindo-se em dois pavimentos e um porão, resultado do aproveitamento do desnível do terreno que cai da Rua Goiás para a Avenida Afonso Pena.

Quando da visita do Presidente do Estado, Júlio Bueno Brandão, ao Palácio da Justiça, em janeiro de 1912, uma matéria do jornal Minas Gerais descreve o primeiro andar, onde funcionou o Fórum de Belo Horizonte. Na referida matéria, consta que a sala de audiências “fica ao lado direito do edifício e é espaçosa, clara e bem arejada [...]”. Sobre os demais compartimentos do fórum diz que foram reservados para “[...] cartórios, sala destinada às testemunhas, ao Conselho de Sentença [...]”.

Na sala hoje denominada Salão Nobre, funcionou o Salão do Tribunal do Júri. Segundo o jornal acima citado, tratava-se de “um dos melhores compartimentos possíveis, sendo de belíssimo efeito a sua decoração e ornamentação, como também magnífica e iluminação”.

[...] a sala de audiências, que fica ao lado direito do edifício [...] é espaçosa, clara e bem arejada, percorrendo depois aos demais compartimentos do fórum, como cartório, sala destinada às testemunhas, ao Conselho de Sentença, bem como a vasto salão do Tribunal do Jury, ao lado esquerdo do edifício. É esse um dos melhores compartimentos possíveis, sendo de belíssimo efeito a sua decoração e ornamentação, como também magnífica iluminação. (MINAS GERAIS, 1912 )

Em seguida, há uma descrição sucinta do andar superior onde funcionou, inicialmente, o Tribunal da Relação, localizando espacialmente os setores.

[...] o salão das sessões [...] situado ao lado direito, caprichosamente mobiliado, e com esmero ornamentado [...] o gabinete do presidente da Relação, do procurador, subprocurador do Estado, secretário do Tribunal, secretaria, biblioteca, sala de retratos, etc. [...]. (MINAS GERAIS, 1912)

Baseando-se ainda em matéria do referido jornal, nota-se a descaracterização sofrida pelo prédio ao longo das “reformas” efetuadas, bem como uma nova ocupação para os seus espaços.

O agenciamento atual, fruto das reformas de 1958/63 e de outras posteriores, não é o mesmo da época da construção do prédio. ‘No pavimento superior ficam os grandes salões para o Tribuna da Relação, Cartórios e mais dependências da Segunda Instância; no inferior abrindo suas janelas para os lados do leste, há o vasto Salão do Jury, Sala de Jurados, de Testemunhas e do Presidente do Tribunal’ (ANTEPROJETO, 1992 )

A partir do estudo produzido pela Século 30, tem-se o relato da substituição da antiga cúpula de ferro por uma de concreto, sendo que a empresa considera esse “o elemento mais descaracterizante da composição arquitetônica do edifício”. Destaca, também, as várias modificações sofridas pela reforma de 1958/63, a partir das fontes históricas consultadas.

[...] A estrutura da cúpula também é de concreto e veio a substituir, na mesma época, a original, metálica. Feita em forma de uma calota esférica, apoia-se em laje de concreto, sustentada por paredes que se alteiam sobre as platibandas que arrematam o telhado. (ANTEPROJETO,1992)

Na parte posterior do edifício, o trecho da lateral direita, encontramos pavimentos intermediários, criados no período de 1958/63, com a subdivisão dos altos pés-direitos.

Com referência aos elementos decorativos, sabe-se que o friso superior da fachada lateral direita, originalmente “vazado por janelas de madeira de formato quadrado”, encontra-se, hoje, “vazado por janelas basculantes, introduzidas na reforma de 1958/63”.

Entretanto, é observado que a fachada posterior, apesar de “descaracterizada por intervenções desastrosas”, preserva, na ornamentação, “modulações de vãos diferenciadas das laterais: a distância entre as colunas é maior e o número de janelas no ‘corpo central’ fica reduzido de 07 para 05”.

Outra interferência, produzida a partir do estudo, foi observada no nível do térreo, onde óculos circulares, remanescentes nos dois primeiros vãos à esquerda, deram lugar a basculantes sobrepostos às janelas. Também se percebe o desaparecimento da decoração e da ornamentação internas originais.

Segundo a Século 30, “era comum encontrar paredes decoradas com pinturas de molde ou papéis de parede”. Cabe ressaltar que, também, embelezavam-se as paredes através do uso de “[...] tons fortes para as salas mais importantes e tons claros para os demais cômodos e quase nunca se repetia a mesma decoração”.

Pelos jornais da época, sabe-se que a decoração das paredes do Palácio da Justiça “era belíssima e profusa [...]”. Infelizmente, devido à falta de descrições detalhadas, ou mesmo fotografias que façam parte da memória do edifício, é impossível recompor o Palácio exatamente como quando da época de sua inauguração. Conforme destaca o estudo, na realidade, a ornamentação interna atual foi feita “tomando como referência os modelos originais, reproduzidos em gesso, novos moldes foram feitos e através de desenhos criados pelo Sr. Alfredo Morandi, filho de João Morandi<sup>2</sup>, criaram-se os florões e adaptaram-se as cartelas para tamanhos maiores”. Com referência ao forro do *hall*, foi observada “a existência de telas ornamentadas com apliques, porém repintadas e sem vestígios de pinturas decorativas originais”.

Concluiu-se, a partir do estudo produzido pela Século 30, que, comparando-se a planta original com a atual do Palácio da Justiça, constatam-se significativas intervenções e reformas que alteraram todo o edifício, incluindo sua estrutura.

Sobre as intervenções que culminaram na grande reforma de 1958/63, responsável pela maior descaracterização do edifício, sabe-se que as primeiras solicitações de reforma se deram em fins de 1950.

Em 5 de dezembro de 1950, pedia-se à Superintendência do Departamento de Obras Públicas reparos urgentes no telhado. Tais reparos não foram efetivados. Assim, em abril de 1952, o presidente à época, Desembargador Nísio Baptista de Oliveira, encaminhou novo pedido à Secretaria de Viação para execução dos mesmos serviços e, ainda, a construção de uma parede na dependência ocupada pelo arquivo “para se evitar roubo de processos guardados, como já aconteceu”.

Em outubro de 1952, foi designado o engenheiro José de Castro Valério como encarregado das obras de reparos do prédio. No ano de 1959, foi-lhe solicitado um parecer sobre o cumprimento das obras, ao que alegou a impossibilidade da efetivação dos trabalhos “pela falta de suprimento”. Nessa época, as atividades do Tribunal foram transferidas temporariamente para o 8º andar do Banco de Crédito Real. Nesse contexto, “[...] o Governador Magalhães Pinto e o então presidente Desembargador Aprígio Ribeiro chegaram a pensar seriamente em construir outro prédio no lugar do atual, ao fundamento de que já não mais comportava os serviços da Segunda Instância”. (ANTEPROJETO, 1992)

Decorridos dois anos, em dezembro de 1961, foi contratada a empreiteira Carnot Pádua Hermeto para a execução das obras, tendo sido dado o prazo de 360 dias consecutivos para a sua finalização. Entretanto, dois

<sup>2</sup> Escultor ítalo-suíço, João Morandi trabalhou na decoração de diversos prédios históricos de Belo Horizonte, além de ser responsável pela criação da primeira Escola de Arte da nova capital.

meses antes do término, o contrato foi rescindido. Como já abordado acima, foi justamente nesse momento que a cúpula metálica, que pode ser apreciada no arquivo fotográfico do Arquivo Público Mineiro, já não existia, assim como as decorações em “papier maché” (ANTEPROJETO, 1992). Portanto, até o presente momento, não se tem uma data exata do momento da retirada desse elemento arquitetônico do Palácio da Justiça.

Em 1963, finalmente, as obras de recuperação reiniciaram-se, agora sob a responsabilidade do Arquiteto da Secretaria da Viação e Obras Públicas, Prof. Luciano Amédée Péret. Este profissional relata, em correspondência ao Diretor Presidente do IEPHA/MG, datada de 31 de maio de 1977, o que se segue, referindo-se às obras realizadas no Palácio da Justiça Rodrigues Campos: “Alí trabalhamos durante nove meses e conseguimos recuperar uma parte dos valores artísticos lá existentes. Já não possuía, a esta altura, sua cúpula metálica, nem tão pouco as decorações em *papier marché* dali retiradas anteriormente”.

Explica-nos o estudo que “nesta restauração foram introduzidos vários ornamentos confeccionados por José Morandi, irmão de João Morandi, como cartelas e florões distribuídos pelo saguão, salão nobre e salas localizadas no segundo andar”.

O ex-funcionário do TJMG, Sr. Daniel Franesi, que participou do processo de restauração conduzido por Amédée Péret, relatou que as pastilhas portuguesas do átrio e do saguão foram substituídas por mármore. Também a base das colunas e as paredes na mesma altura, que possuíam o mesmo revestimento de massa encontrado em todo o edifício, receberam um acabamento em mármore. O mesmo Sr. Daniel foi quem fez o barrado que se encontra abaixo da cúpula de cimento que substituiu a de metal. O desenho foi inspirado na pintura original que se encontra entre a laje e o telhado, próximo à sala de máquinas do elevador. Também a cobertura do segundo andar, que era em pinho de riga, foi substituída por laje.

Em 1982, foi elaborado um projeto pela CODEURB, o qual foi apresentado ao IEPHA/MG para aprovação, tendo em vista o tombamento do Palácio da Justiça pelo referido Instituto, em agosto de 1977.

Relata a Século 30 que, de acordo com as plantas, a reforma seria no primeiro pavimento, constando de abertura de vãos, demolição de paredes e reformulação nas instalações sanitárias. Finalmente, em 1988, a antiga sala da biblioteca foi adaptada para um novo Salão Nobre, sob a responsabilidade técnica do IEPHA/MG.

O estudo também concluiu, no que se refere às alterações arquitetônicas sofridas ao longo do tempo, “algumas de caráter irreversível e responsáveis pela sua descaracterização, tanto interna quanto externamente”, não se ter chegado a um resultado satisfatório que permitisse “uma leitura clara do agenciamento e decoração interna originais”.

Testemunho da cultura de uma época, o Palácio, além de contar fragmentos sobre sua história, carrega-as em suas paredes, escadas, obras de arte, luminárias. Portanto, a presença do Museu do Judiciário Mineiro nos espaços do reconhecido Palácio da Justiça Rodrigues Campos legitima os esforços e o compromisso da Justiça Mineira na proteção e preservação contínua deste patrimônio cultural do país.

Autoria: Andréa Vanêssa da Costa Val, Tânia Mara Cunha Caçador e Josiane Gabrielle Gonçalves de Freitas, sob supervisão do Desembargador Lúcio Urbano Silva Martins, Superintendente da Memória do Judiciário Mineiro.

## Referências Bibliográficas

ANTEPROJETO de Restauração Palácio da Justiça Rodrigues Campos. Coord. Maria Carmen Perilo. BH: Século 30 Arquitetura e Restauração, 1992. 5V.

FONSECA, Maria Cecília Londres. *O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; MinC – IPHAN, 2005.

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

PALÁCIO DA JUSTIÇA. Minas Gerais. Belo Horizonte, 17 jan. 1912. p. 5-6

TOMAZ, Paulo Cesar. A preservação do patrimônio cultural e sua trajetória no Brasil. *Fênix: Revista de História e Estudos Cultural*. Uberlândia, v. 7, n. 2, maio/ago. 2010.

• • •



## Adoção internacional e o acompanhamento pós-adoptivo no Estado de Minas Gerais

*Cristiane da Silva Sarmento Moreira<sup>1\*</sup>*

### **Resumo**

O presente trabalho busca refletir sobre a importância do acompanhamento psicossocial realizado após a efetivação da adoção internacional de crianças e adolescentes no Estado de Minas Gerais. Foram apresentados o conceito de adoção internacional e os requisitos para o encaminhamento de crianças e adolescentes para essa modalidade de colocação em família adotiva. Concluiu-se que a realização de um acompanhamento psicossocial adequado após a chegada da família no país de acolhida da/do criança/adolescente é fator imprescindível para que essas adoções sejam bem-sucedidas. Outros fatores intervenientes no êxito das adoções internacionais são a adequada preparação das/dos crianças/adolescentes e dos pretendentes para adoção, além do acompanhamento técnico do estágio de convivência – aspectos também abordados neste artigo.

**Palavras-chave:** Adoção; adoção Internacional; acompanhamento pós-adoptivo.

### **Introdução**

O presente trabalho tem como tema o acompanhamento psicossocial nos processos de adoção internacional, após a chegada das famílias ao país de acolhida da/do criança/adolescente, e aborda as seguintes questões: Como é a avaliação realizada após a chegada da família no país de acolhida da/do criança/adolescente? Quais recursos são oferecidos às famílias para o enfrentamento de dificuldades? Qual é a importância do acompanhamento após a adoção internacional? Que fatores interferem no êxito dessas adoções?

---

<sup>1\*</sup> Psicóloga, especialista em Psicologia Jurídica pelo Conselho Federal de Psicologia, pós-graduanda em Direito da Criança, Juventude e Idosos pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Psicóloga da Comissão Estadual Judiciária de Adoção – CEJA/MG, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O significado da adoção internacional está envolto em falta de conhecimento de suas peculiaridades e preconceitos que se referem a suposições com relação ao destino de crianças/adolescentes brasileiros; à ruptura destes com suas origens e às dificuldades de adaptação que enfrentarão em contexto cultural diverso; ao rompimento dos vínculos afetivos destes com os irmãos que permaneceram no Brasil ou que foram adotados por diferentes famílias residentes no exterior. Desse modo, urge a produção e a disseminação de conhecimento sobre complexo tema.

Neste contexto, o objetivo deste artigo é levar informações relevantes acerca da experiência de acompanhamento psicossocial realizado após a efetivação das adoções internacionais aos profissionais que atuam na área da infância e juventude e aos demais interessados no assunto.

### **Adoção internacional: conceituação e requisitos**

A adoção internacional é um instituto jurídico que visa garantir o direito à convivência familiar, por meio da colocação em família adotiva residente no exterior, de crianças e adolescentes órfãos ou cujos genitores tenham sido destituídos do poder familiar, para os quais não houve a possibilidade de adoção por pretendente(s) habilitado(s) residente(s) no Brasil.

Os pretendentes habilitados residentes no exterior podem ser brasileiros ou estrangeiros. Conforme disposto no § 2º do art. 51 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), “os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro” (BRASIL, 1990).

A adoção internacional somente terá lugar, quando já foram esgotadas as possibilidades de colocação em família adotiva em território nacional, conforme disposto no art. 51, *caput*, e § 1º, inc. I e II, da referida lei:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção: (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017).

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado: (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

I - que a colocação em família adotiva é a solução adequada ao caso concreto; (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros mencionados nesta Lei (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017) (BRASIL, 1990).

Deve haver alguns requisitos para que a/o criança/adolescente seja encaminhada/o para adoção internacional, a saber: 1) situação jurídica definida: criança/adolescente órfão/o ou cujos genitores tenham sido destituídos do poder familiar; 2) inclusão dos dados da/do criança/adolescente no Cadastro Nacional de Adoção

– CNA;<sup>2</sup> 3) inexistência, no CNA, de pretendentes habilitados residentes no Brasil com disponibilidade compatível com o perfil da/do criança/adolescente e que manifeste interesse pelo acolhimento com vistas à adoção.

O encaminhamento de criança/adolescente para adoção internacional, cujos dados serão incluídos no cadastro da CEJA/MG,<sup>3</sup> está previsto em lei e também no Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Conforme disposto no § 10 do art. 50 da Lei 8.069/1990:

Art. 50 [...]

§ 10. Consultados os cadastros e verificada a ausência de pretendentes habilitados residentes no País com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, será realizado o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017) (BRASIL, 1990).

Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais nº 355/2018, de 18 de abril de 2018, dispõe que:

Art. 375 [...]

§ 1º Caso não haja êxito na busca ativa por pretendentes residentes no Brasil para a adoção nacional, o juiz de direito deverá, por ofício, solicitar a inscrição de criança e adolescente na Comissão Estadual Judiciária de Adoção - CEJA, que é a Autoridade Central Administrativa Estadual em Minas Gerais em matéria de adoção internacional (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2018).

### **Características de crianças e adolescentes encaminhados para adoção internacional:**

As/os crianças/adolescentes encaminhados para adoção internacional geralmente têm a partir de 8 (oito) anos de idade. Cerca de 57,35 % foram cadastrados juntamente com seus irmãos, em sua maioria de cor de pele parda ou negra, em número discretamente maior do sexo masculino, e podem apresentar problemas de saúde e/ou deficiências.<sup>4</sup>

Essas/esses crianças/adolescentes permaneceram por período prolongado em acolhimento institucional: o primeiro acolhimento frequentemente ocorreu por motivo de negligência, maus tratos e/ou abandono, e, não raro, passaram por desligamentos e novos acolhimentos em decorrência de tentativas de reintegração familiar e/ou de colocação em família adotiva nacional sem êxito positivo. A maioria dessas/desses crianças/adolescentes vivenciaram rompimentos de vínculos afetivos e perda de referências importantes e são marcados por intenso sofrimento psíquico, fazendo-se imprescindível trabalho adequado de preparação para adoção.

A preparação da/do criança/adolescente para adoção deve compreender uma etapa anterior a qualquer encaminhamento para família adotiva, a saber: da construção de sua história, sobretudo com a elaboração do afastamento de sua família de origem. Somente após esse trabalho inicial deve ser levada em conta a preparação propriamente dita, a fim de propiciar a abertura subjetiva da/do criança/adolescente para a colocação em família adotiva.

<sup>2</sup> Criado pela Resolução nº 54/2008 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de abril de 2008.

<sup>3</sup> A CEJA/MG é a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no Estado de Minas Gerais, conforme previsto no § 3º do art. 51 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Foi criada como órgão permanente pela Resolução nº 239/1992, da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - TJMG.

<sup>4</sup> Dados obtidos do cadastro da CEJA/MG, consulta em setembro de 2018.



## Perfil dos pretendentes habilitados na CEJA/MG

Os pretendentes que requerem habilitação na CEJA/MG são pessoas ou casais, brasileiros ou estrangeiros, residentes no exterior, que se submeteram a avaliação psicossocial e obtiveram autorização para adoção internacional perante a autoridade competente em matéria de adoção internacional no país onde residem.

As características das/dos crianças/adolescentes disponíveis para adoção, mencionadas acima, remetem à importância da preparação dos pretendentes, visto que estes devem estar aptos para acolhê-los, considerando sua história de vida pregressa. A experiência estrangeira de preparação psicossocial dos pretendentes habilitados para adoção internacional é anterior à preparação dos pretendentes habilitados para adoção nacional, haja vista que esta passou a ser exigida pela Lei nº 12.010/2009. No exterior, a preparação de pretendentes é realizada por agências de adoção devidamente autorizadas e/ou pelos organismos credenciados<sup>5</sup> e ocorre durante o processo de autorização e também durante o tempo de espera para a chegada da/do criança/adolescente. A preparação tem um caráter informativo e de sensibilização, levando os pretendentes não somente a conhecer os procedimentos administrativos, legais e jurídicos, mas também os aspectos psicológicos e sociais, inclusive as características de crianças e adolescentes disponíveis para adoção internacional. A preparação – por meio de dinâmicas, conhecimento de famílias que já adotaram crianças estrangeiras, entre outros recursos utilizados – também possibilita um aprofundamento da motivação inicial, resultando muitas vezes em ampliação da disponibilidade dos pretendentes, que passam a se sentir em condições de acolher crianças maiores e grupos de irmãos. Além disso, os pretendentes conscientizam-se da importância da preservação das origens e da abertura ao diálogo sobre a história pregressa da/do criança/adolescente. Em sua maioria, declaram-se disponíveis para manter contato entre seus filhos e irmãos adotados por diferentes famílias estrangeiras ou irmãos que permaneceram no Brasil. Ademais, os pretendentes se mostram dispostos a buscar ajuda profissional especializada, em caso de necessidade.

Pesquisa referente ao Cadastro Nacional de Adoção no ano de 2013 apontou que “a idade da criança e/ou do adolescente apto à adoção é o principal motivo de desencontro entre as preferências do pretendente e as características das crianças e dos adolescentes que aguardam por uma adoção no Brasil” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 19). Conforme consulta ao CNA, realizada em setembro de 2018, de um total de 44.443 pretendentes habilitados para adoção nacional, 22,28% aceitam adotar crianças entre 7 (sete) e 10 (dez) anos de idade e 36,72% aceitam adotar irmãos.

Em consulta ao cadastro da CEJA/MG realizada no mesmo mês/ano, verificou-se que existem 41 pretendentes habilitados para adoção internacional.<sup>6</sup> Do total, 68,29% aceitam adotar crianças entre 7 (sete) e 10 (dez) anos de idade e 56,09% aceitam adotar irmãos. A maioria dos pretendentes habilitados para adoção internacional manifesta não ter preferências com relação ao gênero nem restrições quanto à cor de pele e aceita acolher crianças que apresentem problemas de saúde tratáveis.

Considerando as informações contidas nos relatórios emitidos pela equipe técnica judicial da Vara onde a/o criança/adolescente se encontra acolhida/o e/ou pela equipe técnica do programa de acolhimento, a equipe técnica da CEJA/MG analisa a compatibilidade entre o perfil da/do criança/adolescente e o perfil dos pretendentes habilitados para adoção internacional. Em se tratando de grupo de irmãos, consideram-se as recomendações desses profissionais a

<sup>5</sup> São organismos encarregados de intermediar pedidos de habilitação de pretendentes à adoção internacional, conforme previsto nos §§ 1º a 7º do art. 52 da Lei nº 8.069/1990 (incluídos pela Lei nº 12.010/2009). Esses organismos são credenciados na Autoridade Central Administrativa Federal - ACAF, cadastrados na Polícia Federal e habilitados nas Autoridades Centrais Estaduais - CEJA.

<sup>6</sup> Os dados circunscrevem-se ao âmbito estadual, ou seja, somente pretendentes habilitados para adoção internacional no Estado de Minas Gerais. A consulta em âmbito nacional é inviável, no momento atual, visto que não são todos os Estados da Federação que incluem dados relativos aos pretendentes habilitados para adoção internacional no Cadastro Nacional de Adoção – CNA.



fim de sugerir a indicação para adoção internacional que melhor atenda aos interesses das/dos crianças/adolescentes, visando à preservação dos vínculos afetivos.

### **Estágio de convivência**

Segundo art. 46, §§ 3º a 5º, da Lei 8.069/1990, em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do país, o estágio de convivência será cumprido em território nacional por, no mínimo, trinta dias, e será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar (BRASIL, 1990). Considerando que os pretendentes já foram avaliados por equipes interprofissionais e devidamente autorizados pelas autoridades competentes no país de acolhida, ressalta-se que os profissionais responsáveis pelo acompanhamento do estágio de convivência têm primordialmente uma função de apoio tanto para a/o criança/adolescente quanto para os adotantes, a fim de propiciar o início da constituição dos vínculos afetivos e a elaboração dos conflitos e o enfrentamento das dificuldades inerentes ao processo de filiação e de adaptação.

Destaca-se que a consolidação dos vínculos entre os adotantes e os adotandos será constatada posteriormente, durante o acompanhamento pós-adotivo. Contudo, no estágio de convivência é possível verificar indicadores de que a constituição dos laços afetivos vai se desenvolver, por meio da observação de sinais de que a/o criança/adolescente passa, gradativamente, a se sentir segura/o e estabelecer confiança na relação com os adotantes.

Ao final do estágio de convivência, a equipe interprofissional responsável pelo acompanhamento apresentará laudo fundamentado que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária, conforme § 3º-A do art. 46 da Lei 8.069/1990 (BRASIL, 1990).

### **Acompanhamento pós-adotivo:**

O acompanhamento pós-adotivo diz respeito ao atendimento realizado por profissionais vinculados aos organismos credenciados ou aos serviços sociais e de saúde do local de residência das famílias adotantes. Inicia-se aproximadamente seis meses após a chegada das famílias no país de acolhida e tem duração de dois anos. Os organismos credenciados têm autonomia para adotar a metodologia que avaliam ser a mais adequada. Geralmente, são utilizadas entrevistas, visitas domiciliares, avaliação psicológica, análise de relatórios escolares e médicos, entre outros. O acompanhamento pós-adotivo visa oferecer o apoio necessário para que a constituição da nova família possa ser bem-sucedida.

Segundo Mendes, em sua dissertação de mestrado concluída no ano de 2007, não havia um acompanhamento sistematizado das adoções internacionais:

Sobre o acompanhamento após a adoção internacional, não encontramos muitos estudos científicos ocupando-se do assunto.

Em alguns países, como a Itália, os pais devem participar de um programa de acompanhamento após a adoção, com duração de pelo menos um ano. Em uma adoção para a Alemanha, os pais ficam comprometidos a enviar relatórios periódicos, nos prazos de seis e 12 meses. Segundo depoimentos informais de psicólogas do judiciário, não há um procedimento padrão, no acompanhamento após

a adoção, mas há muitos casos em que os pais mandam boas notícias e fotos, deliberadamente. [...] (MENDES, 2007, p. 54).

Após as modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 12.010/2009, há a obrigatoriedade de envio de relatórios semestrais às autoridades brasileiras, pelo período mínimo de dois anos, conforme disposto no inc. V do § 4º do art. 52 da Lei 8.069/1990:

Art. 52. [...]

§ 4º Os organismos credenciados deverão ainda: [...]

V - enviar relatório pós-adoitivo semestral para a Autoridade Central Estadual, com cópia para a Autoridade Central Federal Brasileira, pelo período mínimo de 2 (dois) anos. O envio do relatório será mantido até a juntada de cópia autenticada do registro civil, estabelecendo a cidadania do país de acolhida para o adotado (Incluída pela Lei nº 12.010, de 2009) (BRASIL, 1990).

A partir das entrevistas e visitas domiciliares, os profissionais elaboram relatório que será enviado à Autoridade Central Administrativa Federal – ACAF e à CEJA. Grupo de trabalho do Conselho das Autoridades Centrais Brasileiras sugeriu Roteiro para Elaboração de Relatório Pós-Adotivo, aprovado em 28 de março de 2014, objetivando a padronização deste (CONSELHO DAS AUTORIDADES CENTRAIS BRASILEIRAS, 2014).

A equipe técnica da CEJA/MG analisa os relatórios semestrais, enviados com a respectiva tradução juramentada, comumente acompanhados de fotografias. Os relatórios apresentam informações, tais como: o processo de constituição de vínculos afetivos entre a/o criança/adolescente e os pais; o relacionamento com a família extensa; a socialização; a adaptação ao contexto sociocultural; a aquisição do idioma; a escolarização; a saúde; o desenvolvimento; a preservação dos vínculos entre irmãos adotados por famílias estrangeiras diferentes, entre outras.

Após a chegada da família ao país de acolhida, primeiramente, prioriza-se a consolidação dos vínculos afetivos no núcleo familiar pais-filho; gradualmente, a/o criança/adolescente é apresentado à família ampliada e, por último, dá-se a inserção escolar.

O processo de consolidação dos vínculos afetivos entre a/o criança/adolescente e os pais é considerado primordial e, sendo satisfatório, suplanta eventuais dificuldades de adaptação. Ao se sentir amado e apoiado pelos pais, o adotado pode encontrar recursos internos para enfrentar eventuais preconceitos no grupo escolar, por exemplo. De modo geral, as/os crianças/adolescentes se adaptam gradativamente aos novos costumes e à alimentação, com o auxílio dos pais e de outras pessoas significativas que participarão de sua vida.

A inserção escolar da/do criança/adolescente ocorre alguns meses após a chegada no país de acolhida. Geralmente, a/o criança/adolescente integra grupo correspondente à faixa etária, mas segue programa educacional individualizado e é acompanhada por auxiliar pedagógico. Os relatórios apontam que o processo de aprendizagem do adotado avança muito nos primeiros dois anos, considerando as potencialidades e os limites que ela/ele apresentava anteriormente.

Na maioria dos casos, a aquisição do idioma não constitui problema e a/o criança/adolescente alcança um desenvolvimento linguístico surpreendente. Embora as famílias se esforcem por preservar a cultura de origem do filho, é comum o esquecimento da língua portuguesa.

Vargas (1998) desenvolveu pesquisa, no âmbito da adoção nacional, com cinco grupos familiares que estavam adotando crianças com idade acima de dois anos e meio, cujos genitores tinham sido destituídos do poder familiar, e que permaneciam em instituições de acolhimento. Embora cada experiência seja singular, a autora encontrou pontos de similaridade em todos os processos de adaptação acompanhados, tais como: a) enfrentamento do preconceito social; b) necessidade de preparação e acompanhamento específico; c) esforço da criança para se identificar com as novas figuras parentais; d) comportamento regressivo; e) agressividade; f) ritmo de desenvolvimento global da criança bastante acelerado se comparado aos padrões considerados normais (VARGAS, 1998). Acerca deste último aspecto, a autora afirmou que:

A cada entrevista, observava-se, além do relato da família a respeito das novidades apresentadas pelos filhos, um vasto repertório de aquisições e de mudanças adaptativas de todas as crianças acompanhadas. As mudanças mais visíveis, que se operavam no aspecto físico, ocorreram num ritmo muito acima da média, o que era constatado no acompanhamento pediátrico realizado por todas as famílias.

Quando a criança alcança, no novo ambiente familiar, a satisfação de suas necessidades fundamentais para reconstruir sua trajetória a partir dos novos modelos, ela, rapidamente, pode evoluir para estágios posteriores. Observamos em todos os casos que realmente acontecia assim. Além do aspecto de estar regredida emocionalmente, havia uma necessidade muito intensa para aprender [...]. (VARGAS, 1998, p. 147).

Nas análises dos relatórios, é possível verificar que o adotado, mesmo que tenha dificuldades e limitações, ao serem atendidas suas necessidades afetivas, materiais e educativas, apresenta progresso notável no desenvolvimento e na aprendizagem, muitas vezes superando as expectativas anteriores à adoção.

Outros aspectos apontados pela autora são o comportamento regressivo e a agressividade comumente apresentados pelas/os crianças/adolescentes durante o período de adaptação. Segundo Vargas (1998):

O comportamento regressivo e a agressividade são amplamente referidos como parte do processo de adaptação, de acordo com o que aponta a literatura, e foram objeto de discussão na orientação aos pais, preparando-os para a possibilidade de os mesmos serem apresentados pela criança ou para trabalharem no momento da ocorrência. [...]. Constatamos que os pais adotivos precisam ser flexíveis para atenderem as necessidades mais regressivas em momentos esperados e, ao mesmo tempo, firmes e refratários o bastante para suportarem os ataques retaliadores da criança, frequentemente dirigidos às figuras que a abandonaram, conforme apontado por vários autores (VARGAS, 1998, p. 146).

A preparação anterior à adoção possibilita que as famílias se sensibilizem com a história pregressa dessas/desses crianças/adolescentes, marcada por experiências traumáticas e prolongada institucionalização. Os pais conseguem identificar mais precocemente dificuldades que os filhos possam apresentar; quando estas emergem, demonstram capacidade de acolhimento e de aceitação e, se preciso, buscam ajuda profissional.

Os profissionais dos organismos credenciados oferecem apoio psicossocial às famílias para que elas possam lidar melhor com os desafios e as dificuldades inerentes ao processo de adaptação e, se necessário, também encaminham para profissionais especializados.

Quando as/os crianças/adolescentes apresentam dificuldades comportamentais, de aprendizagem, ou problemas de saúde, geralmente há o envolvimento de todas as instituições onde foram inseridas/dos (família, escola, etc.), bem como o apoio de profissionais especializados (médicos, psicólogos, fonoaudiólogos, entre outros), de acordo com a necessidade de cada adotado, unindo-se esforços para a superação dos desafios. Com a acolhida, a aceitação e o incentivo dos pais, as/os crianças/adolescentes manifestam o desejo de

superar todas as expectativas negativas e diagnósticos que pesavam sobre seus destinos durante o período de acolhimento.

Quando se identificam problemas relevantes, especialmente no que tange à constituição dos vínculos parentais, a equipe técnica da CEJA-MG sugere a solicitação de informações complementares. Tal solicitação é encaminhada ao organismo credenciado e/ou à autoridade competente do país de acolhida, visando verificar as providências que tenham efetivamente tomado para prestar auxílio à/ao criança/adolescente e à família.

Conforme nos aponta Silva (2017), em sua tese sobre as narrativas dos assistentes sociais judiciais acerca das devoluções nos processos de adoção nacional, os conflitos podem ser reconhecidos, enquanto espaço concreto de possibilidades para o fortalecimento dos vínculos, sendo essencial trabalhar com as famílias os sentimentos trazidos tanto pelos pais quanto pelos filhos.

Na maioria dos casos, as intervenções dos profissionais do país de acolhida da/do criança/adolescente alcançam resultados satisfatórios, pois a abertura de um espaço de escuta muitas vezes permite evitar o rompimento da convivência familiar.

No presente artigo, consideram-se insucesso nas adoções internacionais aqueles casos em que houve a interrupção definitiva da convivência entre a/o criança/adolescente e os pais.

Deve-se destacar que a sentença de adoção é decretada por magistrado da Vara onde a/o criança/adolescente se encontrava acolhida/o, e, uma vez que a família tenha se deslocado para o país onde residem, aquela sentença é transcrita para o registro civil da/do criança/adolescente, conferindo-lhe a cidadania daquele país. Desse modo, caso a adoção seja mal-sucedida, sendo necessária a retirada da/do criança/adolescente da convivência familiar, essa competência é do serviço de proteção à infância do país de acolhida, e a/o criança/adolescente é acompanhada/o até alcançar a maioridade. Além do acompanhamento pela autoridade competente do país de acolhida, os casos são também acompanhados pela Autoridade Central Administrativa Federal – ACAF.

Nos últimos dez anos de análises dos relatórios pós-adoptivos realizadas pela equipe técnica da CEJA/MG, durante o prazo legal, constata-se que houve somente um caso em que uma adolescente foi retirada da família pelo serviço de proteção à infância e encaminhada para instituição de acolhimento como cidadã daquele país. Posteriormente, a adolescente foi colocada em nova família adotiva. A adolescente e a família são acompanhadas pelo Tribunal da Infância do país de acolhida.

Após a conclusão do acompanhamento pós-adoptivo pela equipe técnica da CEJA/MG, sugere-se o encaminhamento de cópias dos relatórios, documentos e fotografias ao Juízo de origem – que procedeu ao encaminhamento da/do criança/adolescente para adoção internacional.

No que diz respeito à manutenção de contato entre irmãos, consideram-se as seguintes situações:

Primeiramente, considera-se a adoção simultânea de irmãos por famílias estrangeiras diferentes. Antes de propor a indicação dos pretendentes para adoção internacional do grupo fraterno, os organismos avaliam o perfil destes para que efetivamente possam ter condições e disponibilidade de incentivar o vínculo entre irmãos. As famílias se comprometem com a manutenção de contatos pelos meios tecnológicos disponíveis e também através de encontros presenciais.

Em segundo lugar, no que diz respeito ao contato com irmãos que permaneceram no Brasil, a situação é avaliada caso a caso, por meio de diálogo entre as equipes profissionais responsáveis pelas/os crianças/adolescentes que foram adotadas/dos e pelas/pelos crianças/adolescentes que permaneceram acolhidos, para estabelecer como se dará o contato, a frequência etc. Há que se considerar também se os irmãos que não foram adotados já alcançaram a maioridade civil. Essa avaliação é necessária, porque a situação do adotado muda muito com relação àqueles que ficaram. Caso os irmãos que permaneceram no Brasil tenham sido adotados, basta que as famílias manifestem interesse e disponibilidade em manter os contatos, conscientes da importância de se preservar os vínculos afetivos entre os irmãos.

Por último, nos casos em que há demanda por adotados maiores de idade para o levantamento da situação atual da família biológica, esse trabalho é realizado pelos organismos credenciados juntamente com a família adotiva. Essa abordagem necessita da participação de psicólogo, tanto para apoio e conscientização do adotado e de sua família, quanto para tratar e discutir a extensão de eventual propósito diante da nova realidade que vier a ser conhecida e a adaptação a essa nova realidade. Há casos em que a busca pela informação não prossegue até o acompanhamento do adotado ao Brasil.

O acompanhamento pós-adotivo é recurso indispensável de apoio às famílias, pois possibilita a identificação de eventuais dificuldades e conflitos e intervenção precoce, visando à busca de soluções e/ou encaminhamentos que correspondam às necessidades da/do criança/adolescente. Mesmo após o término do prazo legal, na maioria dos casos, as famílias consideram os profissionais dos organismos credenciados como referências importantes e mantêm o contato por um período maior que dois anos. Os profissionais, por sua vez, permanecem disponíveis para o acolhimento das famílias a qualquer tempo, de acordo com o surgimento de novas demandas.

## Conclusão

Deve-se envidar esforços para que as/os crianças/adolescentes órfãos ou cujos genitores foram destituídos do poder familiar possam ter garantido o direito à convivência familiar em território nacional, por meio da adoção. Entretanto, diante da constatação de critérios para o encaminhamento para adoção internacional, deve-se providenciar o cadastro na CEJA/MG, conforme previsão legal, a fim de ampliar as chances de que essas/esses crianças/adolescentes possam crescer e se desenvolver em família, ainda que residente no exterior.

O acompanhamento pós-adotivo é obrigatório, por determinação legal, e sistematizado, ocorrendo durante os dois anos posteriores à chegada da família ao país de acolhida. A documentação remetida à CEJA/MG é encaminhada à Vara de origem, para conhecimento da situação do adotado.

O acompanhamento pós-adotivo justifica-se pela complexidade do processo subjetivo de filiação. No caso da adoção internacional, a esse delicado processo soma-se a adaptação ao diferente contexto social e cultural.

As análises realizadas pela equipe técnica da CEJA/MG constataam a importância de que sejam realizadas intervenções precoces a fim de acolher as famílias e buscar soluções e/ou encaminhamentos adequados para as dificuldades e eventuais conflitos que possam emergir na fase de constituição das novas relações.

As famílias recebem apoio de profissionais qualificados, com quem estabelecem relações de confiança e mantêm contato mesmo após o término do prazo legal estipulado para essa finalidade.

Das análises dos relatórios de acompanhamento pós-adoitivo, pode-se depreender que as/os crianças/adolescentes, mesmo que tenham certas dificuldades e limitações, ao serem inseridos em ambientes familiares estáveis, cujos pais se esforçam por atender suas necessidades materiais, afetivas e educativas, apresentam extraordinário desejo de aprender e alcançam grau de desenvolvimento superior ao que era relatado durante o período de institucionalização. Uma vez que a consolidação dos laços parentais progride satisfatoriamente, eventuais dificuldades de adaptação ao contexto sociocultural e de aquisição da língua são superadas sem maiores obstáculos.

Salientou-se que, nos casos em que é inviável a colocação em uma mesma família adotiva, o encaminhamento para adoção internacional visa, sempre que possível, à manutenção dos contatos e, por conseguinte, à preservação dos vínculos afetivos entre os irmãos que foram adotados por famílias diferentes. Nos casos em que há demanda de contato pelo adotado ou por irmãos que permaneceram no Brasil, ou quando o adotado deseja conhecer a situação da família biológica, a intermediação dos organismos credenciados é fundamental.

Das análises técnicas realizadas pelo corpo técnico da CEJA/MG, conclui-se que os casos de insucesso são reportados como raros. Quando ocorrem, há acompanhamento desses casos pelas autoridades, tanto no Brasil quanto no país de acolhida da/do criança/adolescente.

Portanto, o acompanhamento das famílias após a chegada ao país de acolhida é fundamental para que essas adoções possam ser bem-sucedidas. Além do acompanhamento pós-adoitivo, consideram-se a preparação da/do criança/adolescente, a preparação dos pretendentes e o acompanhamento técnico do estágio de convivência como fatores preponderantes para o desfecho positivo das adoções internacionais.

## Referências

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 set. de 2009. Disponível em: <<https://www.google.com/search?q=lei+12010&ie=utf-8&oe=utf-8>> acesso em 28 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 nov. de 2017. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/523593766/lei-13509-17>> acesso em 28 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 jul. de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)> acesso em 28 nov. 2018.

CONSELHO DAS AUTORIDADES CENTRAIS BRASILEIRAS. *Roteiro para elaboração de Relatório Pós-Adotivo*, aprovado pelo Conselho em 28 mar. de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/adocao-internacional/arquivos/modelo-de-relatorio-pos-adoitivo-aprovado-em-28-03-2014.pdf>> acesso em 30 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Encontros e desencontros da adoção no Brasil: uma análise do Cadastro Nacional de Adoção do Conselho Nacional de Justiça*. Brasília, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_adocao\\_brasil.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_adocao_brasil.pdf)> acesso em 29 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 54/2008, 29 abr. de 2008. *Diário do Judiciário*, Brasília, 8 maio de 2008. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_54\\_29042008\\_20102016190300.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_54_29042008_20102016190300.pdf)> acesso em 28 nov. 2018.

SILVA, Angélica Gomes da. *Quando a devolução acontece nos processos de adoção: um estudo a partir das narrativas de assistentes sociais no Tribunal de Justiça de Minas Gerais*. 2017. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual Paulista, Franca. 216 f.

MENDES, Cynthia Lopes Peiter Carballido. *Vínculos e rupturas na adoção: do abrigo para a família adotiva*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 217 f.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Cartilha: Adoção Internacional no Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, mar. de 2018. Disponível em <[http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/adocao.htm#.W\\_nr9PZFxMs](http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/adocao.htm#.W_nr9PZFxMs)> acesso em 24 nov. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça, nº 355/2018. *Diário do Judiciário*, 18 abr. de 2018. Disponível em <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr03552018.pdf>> acesso em 28 nov. 2018.

VARGAS, Marlizete Maldonado. *Adoção tardia: da família sonhada à família possível*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998. 162 p.

• • •



# Análise crítica do art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa: da viabilidade jurídica da percepção parcial de salários, remuneração ou subsídio para servidores ocupantes de cargos, empregos ou funções afastados do exercício da função

Samara Fernandes da Cruz Aguiar<sup>1</sup>

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é demonstrar a viabilidade jurídica de percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço para servidores públicos afastados da função quando a medida se fizer necessária à instrução processual, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992. Para tanto, propõe-se a análise da situação do servidor público posto em disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88), bem como dos efeitos provocados na esfera patrimonial desse. Expõe-se, brevemente, que o instituto da disponibilidade atende ao princípio (ou postulado) da razoabilidade, passando-se ao exame do afastamento cautelar do servidor público para, então, promover o cotejo entre os dois institutos (disponibilidade e afastamento cautelar), demonstrando a necessidade de interpretar o § único do art. 20 em conformidade com a atual arquitetura constitucional.

**Palavras-chave:** Disponibilidade. Princípio da razoabilidade. Afastamento cautelar do servidor público. Art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992. Remuneração parcial. Viabilidade.

*Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamentação. 2.1 Do instituto da disponibilidade: histórico constitucional e breves reflexões críticas. 2.2 Do princípio da razoabilidade. Da razoabilidade no § 3º do art. 41 da CR/88. 2.3 Art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992): da viabilidade jurídica da percepção parcial de salários, remuneração ou subsídio para servidores ocupantes de cargos, empregos ou funções afastados do exercício da função. 3 Considerações finais. 4 Referências.*

## 1 Introdução

O parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 4 de junho de 1992) avaliza a possibilidade de afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

O dispositivo legal, ao permitir o afastamento do servidor público de suas funções, tem por escopo garantir o bom andamento da instrução processual na apuração de eventuais atos ímprobos. Trata-se de instrumento de natureza processual, com nítida feição cautelar, sem qualquer traço sancionatório. De qualquer maneira, a norma deve ser avocada com prudência e somente casos de especial necessidade.

<sup>1</sup> Estagiária de pós-graduação no Ministério Público de Minas Gerais.



De qualquer sorte, a literalidade do dispositivo dá nota de que o afastamento se dá “sem prejuízo da remuneração”, de modo que a interpretação comumente atribuída é que, nas hipóteses de aplicação, os vencimentos auferidos pelo agente público são concedidos em sua integralidade, como se em exercício estivesse.

Ocorre que as mudanças sociais e as alterações no texto constitucional, ao longo dos anos, solapou projeção razoavelmente distinta da literalidade do dispositivo. A bem da verdade, descortinou-se cenário suscetível de afastar a exegese atribuída até então sem questionamentos.

Cumpre-nos aduzir, nesse contexto, a situação do servidor público civil posto em disponibilidade nos termos do art. 41, parágrafo 3º, da Constituição da República de 1988. Um breve cotejo entre essas duas magnitudes, quais sejam o afastamento cautelar (art. 20, § único, da Lei nº 8.429/1992) e a disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88) é um bom começo para introduzir a discussão no meio jurídico.

Registre-se que não há pretensão, neste presente esboço, de esgotar o tema, mas tão somente de provocar a análise crítica do artigo, considerando, sobretudo, a atual performance do Legislativo brasileiro no intento de conferir à Lei nº 8.429/1992 maior contemporaneidade e efetividade (a título de exemplo, vide, entre tantos outros, os Projetos de Lei nº 3.636/2015, 10.887/2018 e 10.106/2018, em trâmite na Câmara dos Deputados, e os Projetos de Lei nº 71/2017, 187/2018 e 380/2018, todos em curso perante o Senado Federal).

É com essa ótica que se passa à análise do tema, estabelecendo-se um breve cotejo entre os institutos da disponibilidade e do afastamento cautelar.

## 2 Fundamentação

### 2.1 Do instituto da disponibilidade: histórico constitucional e breves reflexões críticas

A Constituição da República de 1988 dispõe que “extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor ficará em *disponibilidade*, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o seu adequado aproveitamento em outro cargo” (art. 41, § 3º, CR/88). A disponibilidade é instituto próprio do Direito Administrativo, afeto ao estudo dos direitos e garantias dos agentes públicos, aplicável aos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a disponibilidade é a “situação funcional na qual o servidor passa à inatividade em virtude da extinção de seu cargo ou da declaração de sua desnecessidade” (2013, p. 733). Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, “a disponibilidade é a garantia de inatividade remunerada, assegurada ao servidor estável, em caso de ser extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade” (2013, p. 658).

Com efeito, o instituto da disponibilidade é revestido de envergadura constitucional há muitos anos. Embora omissas as três primeiras Constituições (Constituição do Império de 1824, Constituição da República de 1891 e Constituição da República de 1934), depreende-se que, desde a Carta de 1937, a matéria é expressamente alocada no texto constitucional. Naquela época, era a dicção da lei maior:

Art. 157. Poderá ser posto em *disponibilidade*, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público (destaque nosso).

Constata-se que a disponibilidade, nessa oportunidade, era eivada de caráter eminentemente sancionatório, assim como a exoneração, que igualmente fora empregada para fins de punição administrativa. A Constituição da República de 1946, de outro modo, passou a disciplinar a disponibilidade da seguinte maneira:

Art. 189. Os funcionários públicos perderão o cargo:

I - quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;

II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

*Parágrafo único - Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava (destaque nosso).*

É a partir desse momento que uma concepção garantista do instituto foi instituída em nosso ordenamento jurídico. A índole protetora do preceito foi ratificada pela Constituição de 1967, que dispunha:

Art. 99. São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.

§ 2º - *Extinto o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, até o seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente (grifo nosso).*

Com o advento do Ato Complementar nº 40, de 30 de dezembro de 1968, o parágrafo § 2º do art. 99 da CR/67 foi alterado, passando a prescrever que “extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos proporcionais ao tempo de serviço”. A Emenda Constitucional nº 1/1969 (tida por alguns como “Constituição de 1969”) reproduziu o preceito *ipsis litteris*:

Art. 100. Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.

*Parágrafo único. Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (destacamos).*

Promulgada a Constituição da República de 1988, a disponibilidade passou a ser disciplinada pelo § 3º do art. 41, cuja redação originária era a seguinte:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público. [...].

§ 3º *Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (negritamos).*

Quis a norma constitucional, a exemplo do que fizera o constituinte em 1946, manter-se neutra quanto ao valor dos proventos a serem recebidos pelo servidor estável em casos de extinção ou de declaração de desnecessidade do cargo. Perante a proposital omissão no texto constitucional, bem como diante da notória natureza protetiva do instituto, surgiram vozes defendendo, de um lado, a percepção proporcional dos vencimentos e, de outro, o recebimento integral.

Nesse contexto, em 20 de junho de 1990, dois anos depois de promulgado o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a enfrentar o tema. Isso porque, em 15 de junho de 1990, fora publicado o Decreto nº 99.300, cujo escopo é a regulamentação dos proventos dos servidores postos em disponibilidade. Eis o teor dos artigos inaugurais:

Art. 1º Os proventos dos servidores estáveis, cujos cargos ou empregos forem extintos ou declarados desnecessários, serão calculados *proporcionalmente* ao tempo de serviço público, com base nos registros constantes dos respectivos assentamentos individuais.

Art. 2º No cálculo do valor dos proventos a que têm direito os servidores em disponibilidade serão incluídos exclusivamente:

- a) o vencimento do cargo ou salário do emprego;
- b) o adicional por tempo de serviço;
- c) os quintos previstos no art. 2º da Lei nº 6.732, de 4 de dezembro de 1979;
- d) o salário-família;
- e) as vantagens pessoais nominalmente identificadas.

Parágrafo único. Para efeito de cálculo dos proventos proporcionais serão considerados como base os seguintes limites de tempo de serviço fixados para a aposentadoria voluntária:

- a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher;
- b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora;
- c) nos prazos especiais de proventos integrais regulados em lei (destaque nosso).

O Partido Democrático Trabalhista – PDT recorreu à Corte para pedir a declaração de inconstitucionalidade de todo o Decreto ou, subsidiariamente, do art. 1º e do parágrafo único do art. 2º. Em agosto de 1991, o Tribunal Pleno, por maioria de votos, julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 313/DF, declarando a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º do Decreto nº 99.300, de 15/6/1990.

Assentou, em síntese, que a fixação de vencimentos proporcionais não era compatível com a índole garantista do § 3º do art. 41 da CR/88:

Constitucional. Servidor em disponibilidade. Vencimentos, Súmula 358 STF. - Segundo a Constituição de 1988, também era assim em 46 e 67, disponibilidade não e punição. Disponibilidade e aposentadoria. Vencimentos e proventos. Conceitos distintos:

vencimentos de servidor em atividade, ainda que em disponibilidade, e proventos da inatividade. Linguagem legal e sumular. Irredutibilidade de vencimentos e de proventos. Dec. 99.300/90. Fixação de vencimentos proporcionais ao servidor em disponibilidade. Inconstitucionalidade em face do art. 41, par. 3., CF. Ação julgada procedente (STF. ADI 313. Rel. Min. Paulo Brossard. Tribunal Pleno, j. em 21/8/1991, DJ de 30/4/1992).

Com esse julgamento, a Suprema Corte reafirmou sua jurisprudência consolidada, ratificando o Verbete nº 358, editado nos idos de 1963, segundo o qual “o servidor público em disponibilidade tem direito aos vencimentos integrais do cargo”.

Cumprе aduzir, no entanto, que a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, modificou sensivelmente o tratamento constitucional atribuído ao tema.

Inicialmente, é imperioso recordar que a Emenda Constitucional nº 19/98 pretendeu revigorar a Administração Pública, reestruturando o Estado e redefinindo sua forma de atuação, a fim de superar a crise e a prolongada estagnação econômica que experimentava o Brasil naquela oportunidade. A Emenda pautou-se no fortalecimento da capacidade de gestão e engajou esforços para a retomada do desenvolvimento econômico, com impactos positivos sobre a ação governamental e sobre a sociedade.

De acordo com sua exposição de motivos, “a revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas”. Especificamente quanto à disponibilidade:

Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998 (Exposição de Motivos Interministerial nº 49, de 18 de agosto de 1995)

O instituto da disponibilidade remunerada foi revisto, prevendo-se expressamente a percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o reaproveitamento do servidor em cargo de mesma natureza atributiva. A readequação proposta visa reforçar a sua viabilidade como instrumento destinado a facilitar processos de reorganização administrativa, podendo ser empregado alternativamente ao desligamento do servidor.

Diante disso, a redação conferida pela Emenda (e que permanece em vigor até os dias atuais) ao parágrafo 3º do art. 41 é esta:

Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam esta Emenda ao texto constitucional: [...].

Art. 6º O art. 41 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. [...].

§ 3º *Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo* (grifo nosso).

Nesse aspecto, a Emenda Constitucional nº 19/98 revelou-se numa bem-sucedida investida de *reversão jurisprudencial*, ou, em outras palavras, de *superação legislativa da jurisprudência*. O fato é que, a par de tamanho

revertério no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi compelido a rever seu posicionamento, passando a admitir a percepção de remuneração proporcional:

Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 90, § 3º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponibilidade remunerada dos servidores públicos. Edição da EC nº 19/98. Substancial alteração do parâmetro de controle. Artigo 41, § 3º, da Constituição Federal. Não ocorrência de prejuízo. Fixação de prazo para aproveitamento do servidor. Inconstitucionalidade. Integralidade da remuneração. Não recepção pela EC nº 19/98. - 1. A Emenda Constitucional nº 19/98 alterou substancialmente parte do art. 41, § 3º, da Constituição Federal, o qual figura como paradigma de controle na ação. Necessidade de adoção de dois juízos subsequentes pelo Tribunal. O primeiro entre o preceito impugnado e o texto constitucional vigente na propositura da ação, com o fim de se averiguar a existência de compatibilidade entre ambos (juízo de constitucionalidade). Já o segundo entre o dispositivo questionado e o parâmetro alterado (atualmente em vigor), com o escopo de se atestar sua eventual recepção pelo texto constitucional superveniente. 2. A imposição do prazo de um ano para aproveitamento do servidor em disponibilidade ofende materialmente a Carta Federal, pois consiste em obrigação criada pelo Poder Legislativo que não decorre direta ou indiretamente dos pressupostos essenciais à aplicação do instituto da disponibilidade definidos na Constituição da República (art. 41, § 3º), e, principalmente, porque não condiz com o postulado da independência dos Poderes instituídos, ainda que em sede do primeiro exercício do poder constituinte decorrente. 3. *O art. 41, § 3º, da Constituição Federal, na sua redação originária, era silente em relação ao quantum da remuneração que seria devida ao servidor posto em disponibilidade. Esse vácuo normativo até então existente autorizava os estados a legislar sobre a matéria, assegurando a integralidade remuneratória aos seus servidores. Contudo, a modificação trazida pela EC 19/98 suplantou a previsão contida na Carta estadual, pois passou a determinar, expressamente, que a remuneração do servidor em disponibilidade seria proporcional ao tempo de serviço.* 4. *Ação direta julgada parcialmente procedente* (STF ADI 239, Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, j. em 19/2/2014, p. em 30/10/2014) (destaque nosso).

É a disponibilidade remunerada, a teor da atual Constituição da República, garantia especial do servidor público, corolário da harmoniosa ponderação entre o interesse público e as garantias constitucionais conferidas a esse agente, em face de sua fundamentalidade. Constitui-se em manifesta prerrogativa, conforme lecionam Celso Antônio Bandeira de Mello e Diogenes Gasparini, respectivamente:

A disponibilidade é um *direito* que a Constituição confere ao servidor público civil *estável*, caso seu cargo venha a ser extinto ou declarado *desnecessário* (§ 3º do art. 41), ou ainda quando, em virtude de reintegração de outrem, seja desalojado do cargo que ocupava sem ter um cargo de origem para regressar a ele (art. 41, § 2º, precitado) (MELLO, 2011, p. 292) (destaque no original).

Nesses dois parágrafos está constitucionalmente instituída e regulada a *disponibilidade*, como garantia do servidor estável. Pode ser definida como *a garantia constitucionalmente assegurada ao servidor estável, que impede seu desligamento a Administração Pública quando extinto o cargo, declarada sua desnecessidade ou reintegrado seu titular, percebendo, enquanto durar a disponibilidade, proventos proporcionais ao tempo de serviço.* Não é, assim, pena (embora já tenha sido, na vigência da Carta de 1937 e na do Ato Institucional n. 5/68) aplicável ao servidor, nem tampouco instrumento de perseguição ou favoritismo de integrantes dessa espécie de agente público. Muito menos é modalidade de aposentadoria.

É *direito*, repisa-se, do servidor estável, utilizável em razão do interesse público. (GASPARINI, 2011, p. 276) (destaque no original).

Assim sendo, cumpre registrar que há dois pressupostos elencados pela Constituição Cidadã para o advento da disponibilidade: (i) extinção do cargo público originalmente ocupado pelo servidor, por meio de lei ou, excepcionalmente, por Decreto Autônomo, quando vagos (art. 84, inciso VI, *b*, CR/88); ou (ii) declaração da desnecessidade do cargo, por ato administrativo declaratório. Tais ocorrências podem derivar de eventuais demissões, exonerações ou até mesmo promoções que, desfeitas, implicam o retorno do *status quo ante*.

Examinando sob essa ótica, percebe-se, o servidor público estável é afastado de sua atividade por interesse da Administração Pública. A Constituição não adentra o mérito do bom ou mau desempenho das funções, limitando-se a relacionar como requisitos atos administrativos (declaração da extinção ou desnecessidade do cargo público). Nesse ínterim, até que sobrevenha outra forma de provimento, o agente público será posto em disponibilidade e auferirá a título de vencimentos *quantum* proporcional ao tempo de serviço.

Não custa salientar, novamente, que a hodierna conjuntura da disponibilidade não preserva em si qualquer traço sancionatório. A percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço não significa a aplicação de penalidade, antes, como visto, a disponibilidade é direito do servidor. Bem por isso a modalidade de disponibilidade em testilha se difere da chamada “disponibilidade punitiva”, como bem pontifica José dos Santos Carvalho Filho:

*É oportuno salientar, desde logo, que o instituto em foco não se confunde com a disponibilidade punitiva, que, conforme indica a própria expressão, estampa modalidade de sanção funcional, e nada tem a ver com a extinção ou desnecessidade do cargo. É o caso da disponibilidade punitiva de magistrados, prevista no art. 93, inc. VIII, da CF, pela qual o juiz fica afastado compulsoriamente de seu cargo pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, percebendo subsídios proporcionais ao tempo de serviço. Idêntica sanção, aliás, aplica-se também aos membros do Ministério Público, como prevê o art. 130-A, § 2º, III, da CF introduzido pela EC 45/2004 (CARVALHO FILHO, 2013, p. 733) (destaque no original).*

Por conseguinte, ao contrário do que se imagina, é possível, ainda que hipoteticamente, que o mais eficiente e prestativo servidor seja posto em disponibilidade, pois o que prevalece para esse fim é o *interesse público* quanto à manutenção do cargo. Explico.

Como regra, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, após o decurso do prazo de três anos de efetivo exercício (estágio probatório), tem garantida a estabilidade no serviço público, vindo a perder o cargo somente em virtude de sentença judicial (com trânsito em julgado), de processo administrativo ou ainda por causa de procedimento de avaliação periódica de desempenho (§ 1º do art. 41 da CR/88).

Todavia, embora impeça que o agente seja excluído dos quadros de pessoal da Administração Pública, a estabilidade ventilada pelo art. 41 da CR/88 não tem o condão de tolher alterações na arquitetura organizacional da máquina administrativa.

Ora, os cargos públicos são criados e organizados com a finalidade de atender necessidades específicas da coletividade, tendo por parâmetros o momento histórico, político e social que a permeiam. São, por essa razão, instrumentos para a boa consecução de serviços públicos, conforme desde há muito tempo amestra



José Cretella Júnior: “cargo público consubstancia programas a serem cumpridos pelos agentes para o atendimento do interesse público” (1999, p.155). Porém, no eventual desaparecimento de tais necessidades, o suporte jurídico que amparava a conservação de toda uma categoria de servidores públicos deixará simultaneamente de existir.

A propósito, concludentemente afirma José dos Santos Carvalho Filho que “a estabilidade não protege o servidor contra a extinção do cargo, porque nesta se presume o interesse maior da Administração” (2013, p. 733). Outrossim, na mesma linha de raciocínio, segue o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 22: “O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo” (atente-se para a data de publicação do enunciado: sessão plenária de 13/12/1963).

Dessarte, sobrevindo vicissitudes capazes de esvaziar as atribuições de certos cargos públicos, torna-se necessário equacionar o interesse público, cujo desígnio é a respectiva extinção ou declaração da desnecessidade, e o interesse dos titulares desses cargos, que, com fundamento no art. 41 da CR/88, possuem estabilidade no serviço público.

A solução intermediária providenciada pelo legislador constituinte recaiu sobre o *cálculo dos vencimentos*: para não gerar o enriquecimento sem causa do agente público<sup>2</sup> (uma vez que não há exercício tangível da função pública), a remuneração durante o período da disponibilidade é concedida com suporte no tempo de serviço prestado, ou seja, os vencimentos passam a ser, forçosamente, proporcionais ao tempo de serviço.

Repisa-se, nessa contextura, que a essência da disponibilidade não é de viés sancionatório. Antes, pelo contrário, constitui-se em ato jurídico de justa medida que irradia efeitos na esfera patrimonial do servidor com fundamentação adequada no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Nesse ínterim, a mensagem deôntica extraída do § 3º do art. 41 da Constituição da República tem espeque no princípio (ou postulado) da razoabilidade, norma elementar que reclama o agir coerente, moderado e orientado pelo bom senso. É o que, em seguida, pretende-se demonstrar.

## 2.2 Do princípio da razoabilidade. Da razoabilidade no § 3º do art. 41 da CR/88

O postulado da razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, cujo núcleo axiológico, não obstante variável no tempo e no espaço, baseia-se nos critérios de *justiça, prudência e bom senso* regidos pela razão humana. Na seara do direito administrativo, a razoabilidade é empregada como método para balizar o exercício da competência discricionária na Administração Pública.

Conquanto não se encontre expressamente previsto sob essa epígrafe na Constituição da República de 1988, a doutrina brasileira é cônsona quanto à força normativa desse princípio, que pode ser contemplado implicitamente nas entrelinhas do sistema constitucional pátrio.

De modo geral, a razoabilidade é a magnitude principiológica que determina o agir moderado e sensato, inspirado por critérios oriundos do senso comum, contrapondo-se à arbitrariedade. De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, a razoabilidade tem função negativa, significando a máxima de “não ultrapassar

<sup>2</sup> Recordemo-nos da natureza dúplice do *enriquecimento sem causa*: é todo fato que corresponde a aumento patrimonial sem causa jurídica, e, simultaneamente, *norma*, já que o repúdio ao locupletamento é princípio geral do direito e também regra jurídica positivada nos arts. 884 a 886 do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

o limite do juridicamente aceitável” (2001, p. 69). Celso Antônio Bandeira de Mello comunga do mesmo entendimento, afirmando que:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada (MELLO, 2011, p. 108) (negrito nosso).

Segundo o eminente jurista e professor Humberto Ávila, a razoabilidade é uma máxima plurívoca, destacando-se, em sentido técnico-jurídico, três acepções principais:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (ÁVILA, 2005, p. 103).

Nessa esteira, a razoabilidade pode ser entendida como *dever de equidade* (ou dever de harmonização da norma geral com o caso individual), como *dever de congruência* (ou dever de harmonização do direito com suas condições externas) ou ainda como *dever de equivalência* (ou dever de vinculação entre duas grandezas).

Basicamente, a razoabilidade como dever de equidade provoca duas interferências, quais sejam: (i) a presunção de que as particularidades do caso concreto se enquadram nos padrões de normalidade; e (ii) se tais particularidades se revelam extraordinárias, o aspecto individual suplanta a previsão legal genérica. Em outras palavras, o dever de congruência determina o *ajustamento* do direito abstratamente concebido ao caso concreto.

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. [...]. A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal, nos casos analisados. Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal. [...]. Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para dizer que a incidência da norma é condição necessária,



mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e o art. 3º da Constituição Federal) (ÁVILA, 2005, p. 103-105).

De outra sorte, a razoabilidade enquanto dever de congruência reclama a existência de um liame entre a norma jurídica e a realidade social subjacente, de modo que, para sua escorreita interpretação, é imprescindível a execução de um *confronto* com os parâmetros que lhes são extrínsecos. Ávila explica que, como dever de congruência, a razoabilidade acarreta a necessária existência de vínculo entre a norma jurídica e o mundo ao qual ela faz referência:

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada (ÁVILA, 2005, p. 110).

Por fim, a razoabilidade na qualidade de dever de equivalência demanda a justa simetria entre a providência a ser empregada e o fim que é pretendido. Para Ávila, o dever de equivalência designa a inafastável proporção entre a *medida adotada* e o *critério* que a dimensiona, sendo medida e critério, nessa relação, grandezas necessariamente vinculadas. O exemplo mais comum na literatura para essa tipologia é a dosimetria da pena em relação à culpabilidade do agente: o *quantum* da pena deve corresponder à culpa aferida.

A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessas hipóteses exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim (ÁVILA, 2005, p. 111).

Ainda de acordo com o eminente autor, “a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras” (2005, p. 102).

Nesse contexto, o parágrafo 3º do art. 41 da Constituição da República assenta-se especialmente no dever de congruência e no dever de equivalência. Senão, vejamos.

A remuneração com suporte no tempo de serviço prestado, como visto alhures, não decorre de qualquer punibilidade, antes advém do sopesamento de uma série de fatos que repercutem na situação funcional do servidor em face da Administração Pública. Entre tais fatos, destacam-se: (i) o direito fundamental de estabilidade do servidor (art. 41, *caput*, da CR/88); (ii) a impraticabilidade de prestação de serviços (pois extinto ou declarado desnecessário o cargo); e (iii) vedação ao enriquecimento sem causa (aplicável tanto para o agente público, como para o Estado).

Dessarte, inexistente desconformidade entre a disponibilidade e o vencimento proporcional. Inegável que o Direito, nesse caso, harmonizou-se com suas condições externas de aplicação, mormente considerando a inexequibilidade fática de executar o serviço público e a impossibilidade jurídica de conferir, a quem quer que seja, condições para enriquecer-se sem causa. Atendido, portanto, o dever de congruência.

Ademais, o preceito constitucional também congloba o dever de equivalência, cuja estrutura essencial é a ponderação entre o meio adotado e a finalidade a ser atingida. O meio adotado (remuneração proporcional

ao tempo de serviço) preserva a estabilidade (finalidade da norma estampada no *caput* do art. 41 da CR/88), ao mesmo tempo em que garante o interesse público. Logo, há equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

### **2.3 Art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992): da viabilidade jurídica da percepção parcial de salários, remuneração ou subsídio para servidores ocupantes de cargos, empregos ou funções afastados do exercício da função**

Na atual arquitetura constitucional, principalmente considerando as alterações promovidas no texto pela Emenda Constitucional nº 19/98, o parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa não é razoável, conforme se passa a expor.

Dispõe o art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa que:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (Lei n. 8.429/1992).

O afastamento do agente público, na hipótese, detém natureza processual com nítida feição cautelar, com finalidade precipuamente probatória, cujo deferimento exige a demonstração concomitante da “aparência do direito” (*fumus boni iuris*) e do “perigo na demora” (*periculum in mora*), a partir da exposição de evidências que espelham possível atuação perniciosa do agente público, prejudicando a instrução probatória.

Há certo consenso que a expressão “sem prejuízo da remuneração” determina que, durante o afastamento, os vencimentos sejam *integralmente* pagos, como se em atividade estivesse o servidor público. Todavia, é necessário conferir ao parágrafo único do art. 20 uma releitura baseada no princípio da razoabilidade.

Recordemo-nos que as palavras iniciais desse modesto esboço foram dedicadas a apreciar, ainda que brevemente, a situação jurídica do servidor público posto em disponibilidade, nos termos do art. 41, § 3º, da CR/88. Nesse caso, em que não se vislumbra medida sancionatória, perceberá o agente público remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Por outro lado, ao servidor afastado por decisão cautelar, em prol da instrução processual relacionada a possível prática de ato de improbidade administrativa, é garantida a remuneração integral. Embora, nesse último caso, também não se verifiquem quaisquer objetivos sancionatórios, não se pode negar que sobre a conduta do servidor recaiu *juízo de reprovabilidade*, pelo menos no que diz respeito à potencialidade de causar embaraços à instrução processual, o que inexistia no primeiro caso.

É necessário considerar, ainda, que a possibilidade de afastamento liminar do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, é considerando pelo Superior Tribunal de Justiça como medida extrema, pelo que se exige *prova* de que a permanência do servidor pode ensejar *dano efetivo* à instrução processual. Nesse sentido: Recurso Especial nº 929.483/BA. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. j. em 2/12/2008, DJe de 17/12/2008.

Ora, tendo em vista que o afastamento do servidor público, na condição do parágrafo único do art. 20 da Lei de Improbidade Administrativa, decorre da burla ao dever de lealdade institucional e a observância dos princípios que orientam a Administração Pública (a respeito do qual, reitera-se, impescinde de prova) é correto concluir que houve contribuição contraproducente desse para a razão que motiva o afastamento.

Confrontando o afastamento do servidor público em casos de disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88) e nos casos de afastamento cautelar quando a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992), é possível perceber a falta de razoabilidade nessa disposição.

Na disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88), não paira sobre o servidor nem mesmo a suspeita de prática de atos que, de algum modo, causem prejuízos à Administração Pública. De todo modo, a disponibilidade inegavelmente irradiará efeitos na esfera patrimonial do agente público. Como visto, a fundamentação baseia-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e no princípio da razoabilidade.

O afastamento, que também não se trata de sanção, é uma medida de caráter cautelar, preventiva, sem caráter punitivo e temporária, assemelhando-se, nesses aspectos, à disponibilidade.

Sendo assim, há duas situações similares, com soluções jurídicas opostas: (i) servidor público posto em disponibilidade e com percepção proporcional ao tempo de serviço até o reaproveitamento; e (ii) servidor afastado por decisão judicial, quando imprescindível à instrução processual (art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92), com remuneração integral.

A despeito de em ambos os casos não se vislumbrar quaisquer objetivos sancionatórios – conforme repetidas vezes já dito –, diga-se novamente que sobre a conduta do servidor afastado recaiu juízo de reprovabilidade, o que inexistiu no primeiro caso. Espantosamente, a solução jurídica mais vantajosa (recebimento integral de vencimentos) é deferida ao servidor afastado com fundamento no art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92.

Ora, como admitir que tais situações convivam no mesmo sistema jurídico? No cotejo, percebe-se que a solução jurídica conferida pelo parágrafo único do art. 20 da Lei nº 8.429/92 é flagrantemente desarrazoada, já que não atende nem ao dever de congruência, nem ao dever de equidade, conforme visto outrora.

Não se olvida que, quando do advento da Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, vigorava a redação original do art. 41, § 3º, da CR/88, entendendo-se que, na disponibilidade, se deferia o pagamento integral da remuneração ao posto em disponibilidade. Ocorre que, passados mais de 26 (vinte e seis) anos desde a sua homologação e 25 (vinte e cinco) anos de vigência, alterado o texto constitucional em situações semelhantes, é imperioso que se confira ao dispositivo interpretação conforme a Constituição.

Quando editada a Lei nº 8.429, em 1992, o cenário jurídico, político, social e econômico do país era outro, muito diverso do que atualmente se observa. Se, na época de sua publicação, a interpretação literal se justificava, hoje não é mais possível persistir na defesa de sua autoridade, porque se tornou incompatível com a Constituição com o decorrer do tempo e com as mudanças na sociedade brasileira.

Assim, embora o do art. 20, § único, outrora fosse harmônico com a Constituição da República de 1988, fato é que, com o tempo, tornou-se antagonístico. Desse modo, é imperioso equalizar o comando legal para que, em sintonia com as demais disposições do sistema jurídico, especialmente as determinações constitucionais,

preservem-se simultaneamente o interesse público (e também o patrimônio público) e os direitos e garantias dos servidores públicos civis.

Em arremate, conclui-se que a percepção parcial de remuneração representa, tanto nas hipóteses do art. 41, § 3º, da CR/88, como do art. 20, § único, da Lei nº 8.429/1992, o ponto ótimo entre a supremacia do interesse público (que engloba, *e.g.*, o direito fundamental à boa administração e à moralidade administrativa) e o direito à contraprestação financeira a que faz jus o servidor afastado do cargo.

### 3 Considerações finais

Diante de todo exposto, é possível arrematar que a literalidade do art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/1992 deve ser interpretado não em sua literalidade, mas em conformidade com a atual arquitetura constitucional. É necessário fazer valer, nesse aspecto, o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio* ou, em vernáculo, “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

O instituto da disponibilidade (art. 41, parágrafo 3º, da Constituição da República de 1988) e o afastamento cautelar (art. 20, § único, da Lei nº 8.429/1992) se assemelham por não constituir penalidade administrativa. Todavia, se distanciam quanto à solução jurídica ofertada.

É que, para a promoção do afastamento cautelar, é imprescindível a existência de indícios (ou, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, de provas) da burla ao dever de lealdade institucional do servidor, cuja conduta contraproducente obstaculiza efetivamente a instrução processual. Recai sobre o agente público juízo de reprovabilidade, pelo menos em relação a seu comportamento no decorrer da coleta probatória.

Esse aspecto evidencia a disparidade entre a disponibilidade e o afastamento cautelar. Na disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88), não paira sobre o servidor nem mesmo a suspeita de prática de atos que, de algum modo, causem prejuízos à Administração Pública. Mesmo assim, inegavelmente irradiará efeitos na esfera patrimonial do agente público. Como visto, a fundamentação baseia-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e no princípio da razoabilidade.

Sem embargo, no afastamento cautelar, o servidor não prestará serviços (em razão, repisa-se, de seu comportamento reprovável durante o período de instrução probatória) e receberá a remuneração integral, conforme a interpretação comumente deferida. Ora, não há razoabilidade. Vide que as mesmas justificativas empregadas para respaldar a disponibilidade (quais sejam o direito fundamental de estabilidade do servidor; a impraticabilidade de prestação de serviços; vedação ao enriquecimento sem causa), as quais demonstram sua razoabilidade, podem perfeitamente ser aproveitadas para o afastamento cautelar – o que, diga-se em arremate, apresentaria um teor de justiça maior, haja vista que, nesses casos, o servidor público contribui, negativamente, para a adoção da medida (o que não se vê na disponibilidade).

### 4 Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. *Filosofia do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



# Reflexão analítica sobre o infanticídio indígena

Laís Pimenta Guimarães<sup>1\*</sup>

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O infanticídio indígena no sistema brasileiro. 3 O embate de posicionamentos valorativos. 4 A divergência em uma ponderação solúvel. 5 Conclusão. Referências.

**Resumo:** A morte intencional de infantes, em nome de crenças culturalmente arraigadas em algumas tribos indígenas, revela-se temática ressonante, que comporta dissenso na sociedade nacional. Pondera-se até que ponto o respeito à diversidade cultural legitima a ausência de intervenção nessa prática, quando direitos sopesados mais vitais, como o direito à vida, encontram-se ameaçados. Embora o costume em si não seja condenável, não deve ser considerado como moralmente desejável. Em nenhuma cultura, por mais insólitos que sejam seus valores, a morte pode ser vislumbrada como algo desassociado do sofrimento humano. Identificada a incompatibilidade do infanticídio indígena com a legislação pátria, bem como com tratados internacionais dos quais se é signatário, patente se torna a premente necessidade de uma postura proativa por parte do Estado brasileiro, no intento de sua erradicação. Inexorável reconhecer que a tarefa estatal não aparenta simples, visto ser inadmissível a imposição autoritária de uma nova ideologia à cultura indígena. No entanto, a abertura de um diálogo ético com as comunidades indígenas representa uma alternativa viável à construção de uma solução, que privilegie a preservação da vida das crianças rejeitadas ante o mínimo impacto cultural possível.

**Palavras-chave:** Infanticídio indígena. Diversidade cultural. Direito à vida. Atuação estatal.

## 1 Introdução

O Brasil é considerado um país multicultural, composto, em sua formação, por organizações sociais de etnias variadas, dentre as quais se faz honrosa menção às populações indígenas, que instituíram as comunidades locais em nossas terras, muito antes do processo de ocupação estabelecido pelos exploradores europeus.

Os índios brasileiros - enquanto indivíduos cheios de crenças, mitos e um passado cercado de perseguições - adotam costumes próprios, que destoam da visão padronizada de mundo. Ocorre que, muitas vezes, esses modos singulares de agir acabam por ir de encontro aos valores e direitos consagrados na órbita jurídica, provocando debates acalorados, que refletem de forma impactante sobre a sociedade nacional.

Nessa seara, cumpre trazer à baila o alcunhado “infanticídio indígena”, que é um dos enfoques mais controversos, que clama pela ingerência imediata do Estado brasileiro, no tocante ao desafio de garantir a defe-

---

<sup>1\*</sup>Advogada. Pós-graduada em Direito Processual pela PUC MINAS - Instituto de Educação Continuada (IEC). Graduada em Francês pelo Centro de Extensão da Faculdade de Letras da UFMG.

rência à diversidade cultural, por um lado, e a proteção dos direitos humanos fundamentais, como o direito à vida, por outro.

Registra-se, nesse particular, contudo, reprovável incoerência por parte do poder estatal, que opta apenas por continuar a observar o fenômeno a distância, mesmo ante a existência de instrumentos normativos, assentados na precisa inteligência da inadmissibilidade da cultura de morte.

Fato é que não se pode permitir que a cultura seja utilizada como força argumentativa inquestionável a justificar qualquer ato, sobretudo os atentatórios à dignidade de crianças, que, por natureza, são frágeis, completamente dependentes de cuidados externos para garantir sua sobrevivência.

É preciso se conscientizar de que nenhuma cultura é perfeita, visto que os seres humanos também não o são. Sempre que se perceber que uma prática cultural não seja salutar, naturalmente há que se assumir uma postura operante no intento de seu aprimoramento. Ser omissos, *in casu*, é se tornar cúmplice da morte de crianças inocentes.

## 2 O infanticídio indígena no sistema brasileiro

Incumbe compreender o infanticídio não como um incidente isolado ou um experimento contemporâneo, mas uma prática aparente desde os primórdios dos séculos, dotada de contornos e peculiaridades que variam de acordo com cada povo e região do mundo.

Com origem terminológica no Latim, na fusão dos vocábulos *infans* (criança) e *caedere* (matar), o infanticídio encontra o seu significado no âmago do transcrito “dar a morte a uma criança” (ESTEVEVES, 2012, p. 8).

Malgrado persista absoluta carência de números oficiais alusivos à quantidade de mortes indígenas no sistema de infanticídio brasileiro, traz à tona o emanar dos anos relatos alarmantes de crianças que são sepultadas vivas, asfixiadas, envenenadas, flechadas ou abandonadas para morrer na floresta (SUZUKI, 2007). Os motivos que induzem esses infantes à morte são diversos, mas, para fins objetivos, cabe sintetizá-los nas circunstâncias fáticas doravante aduzidas (ROSA, 2014):

*A impossibilidade de a mãe prover cuidados necessários a mais de um filho:* estar-se-á, nessa hipótese, perante casos em que a mãe não é capaz de dispensar aos bebês nascidos os cuidados que eles carecem e, concomitantemente, cumprir com as suas funções sociais dentro da aldeia (exemplo: nascimento de filhos gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos, entre outros múltiplos).

*A incapacidade da criança de sobreviver no ambiente físico e sociocultural onde nasceu:* o fato está relacionado às características biológicas da criança nascida, que a limitariam ou a inibiriam em sua autonomia, especificamente no que tange ao desenvolvimento e à garantia da própria subsistência. O indivíduo, ante a sua condição deficitária, representa um peso para sua comunidade. Com efeito, configura-se a morte o melhor destino frente a uma vida de dependência (exemplo: crianças portadoras de deficiência física ou mental).

*Gravidez proveniente de relação anômala:* a ausência de um pai legítimo impossibilita o estabelecimento de uma rede de relações com o bebê. Explica-se, em parte, essa valoração da figura paterna pela crença de que a prática de relações sexuais durante a gravidez contribui para a formação e o fortalecimento do feto (exemplo: a gestação de uma criança por uma mãe solteira, separada ou viúva; a gravidez decorrente de relação extraconjugal).



*A primazia pelo sexo masculino*: os homens revestem-se de poderes supremos nas aldeias indígenas, tanto na família quanto nas questões políticas e sociais, o que enseja a preponderância pelo gênero masculino. Pode ser, entretanto, que essa priorização não se atrele tanto ao machismo, mas à noção de serventia (exemplo: a subsistência dos índios depende em maior escala do sexo masculino).

Imprescindível empreender o reconhecimento de que, conquanto haja ensejos sortidos à prática do infanticídio, todos indistintamente se afluam com fulcro em premissa de funcionamento da organização dos povos indígenas, firmada no sentido de que a estrutura social da aldeia possui maior relevância que seus membros tratados em suas particularidades.

Propício acentuar ainda que a decisão de morte do infante não resulta de vontade unilateral da mãe, sendo fruto da pressão psicológica, social e cultural imposta pela coletividade indígena a qual integra.

A coação empregada, por vezes, é tão opressiva, que muitos genitores e familiares se submetem ao suicídio, perante a situação de dissabor entre cometer o infanticídio para honrar o costume tribal e proteger a existência de sua prole.

Para aqueles indígenas que se mostram fortes o bastante, optando por não permitir, expor ou subjugar suas crianças às práticas que coloquem em risco a vida, revela-se a *performance* de organizações não governamentais (ONGs) de suma importância, no afastamento temporário dos indivíduos vulneráveis do grupo de convívio ameaçador, com respectiva colocação em âmbito seguro, que ofereça condições básicas como: moradia, alimentação, vestuário e acompanhamento nas áreas de saúde e educação.

Nessa toada, imperioso enaltecer o nome da Atini - Voz pela vida, que é uma organização sem fins lucrativos, sediada em Brasília - DF, reconhecida internacionalmente por sua atuação pioneira na defesa do direito das crianças indígenas. Em sua composição, podem ser encontrados líderes indígenas, antropólogos, linguistas, advogados, religiosos, políticos e educadores.

A despeito de suas atuações, todavia, não só de elogios louváveis sobrevivem as ONGs, podendo-se constatar objeções manifestas em seu prisma. É de se reavivar que, em audiência pública realizada em 5/9/2007, pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Jacimar de Almeida Gouveia (*apud* BARROS, 2007, p.1), representante, à época, das mulheres indígenas no Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres, criticou a ação das ONGs que retiram crianças das aldeias para levá-las para as cidades, socorrendo-se das subsequentes palavras: “Quando uma família decide eliminar um de seus membros, é feito um ritual, que tem um significado, e o assunto é encerrado. Ao contrário, quando uma criança é retirada da aldeia, a dor não tem fim, pois eles ficam impedidos de saber qual foi o desfecho”.

Decerto que a coabitação dos indígenas em ambiente inapropriado pode vir a fomentar o estresse com experiências negativas, suscitando traumas ainda não dimensionados em análise à extensão de suas consequências. Entrementes, não há como negar que o envolvimento gradativo das ONGs nos processos de formulação e execução das políticas indígenas valora auspiciosamente o precário trabalho de assistencialismo desenvolvido pelo Estado.

Isso posto, convém asseverar que a criança indígena, outrora rejeitada por sua tribo, pode, não mais prosperando o estado de perigo, após a sua introdução em abrigo, assumir desenlaces distintos no encadeamento de sua história, a saber: a) adquirir novo significado para seu povo, caso em que será reinserida no seu *habitat* natural; ou, b) persistindo a aversão do grupo tribal, far-se-á a inserção do infante em família substituta.



Em se tratando do prognóstico derradeiro, cabível frisar que a adoção de crianças indígenas foi disciplinada pela Lei nº 12.010/2009, que veio a acrescentar dispositivos ao Estatuto da Criança e Adolescente. No seu desígnio, priorizou-se resguardar a identidade cultural do menor indígena, ao se estabelecer que a efetivação do ato estaria condicionada à busca inicial de uma família indígena, sendo admitido apenas posteriormente o envolvimento de outros tipos de instituição familiar.

Outro ponto considerável a se assinalar é que a transferência para o novo seio familiar dar-se-á, durante todo o processo, mediante o acompanhamento da Fundação Nacional do Índio (Funai),<sup>2</sup> que é o órgão oficial do Estado brasileiro responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas.

Precedido também será o acolhimento do ser infantil de perícias e pareceres de antropólogos, que, sobrepondo o direito à cultura, deverão primar pelo bem-estar e integridade física da criança, em observância ao seu direito fundamental à vida.

### 3 O embate de posicionamentos valorativos

O intitulado infanticídio indígena estampa, em sua valoração, um viés contrastante, que incita famigerada polêmica no corpo social brasileiro.

Aos olhos de quem se posiciona contrariamente à cultura infanticida dos índios, reconhecendo a vida como o direito por excelência, tem-se, na conduta, indubitável violação aos direitos humanos, na medida em que o indivíduo é visto como objeto descartável.

Os genitores se voltam contra a sua própria índole de proteção àquele ser por eles concebido, para ultimar a sua existência, em um ato que aniquila não só a vida da criança, mas o existir de todos os partícipes da organização social, que são afetados em sua dignidade.

A cada criança que morre, fenece com ela a crença de alguém que poderia ser benéfico para sua comunidade, hábil a implementar transformações e restaurar a história de seu povo.

Desse modo, não se poderia aceitar o sacrifício de pessoas em nome do congelamento de uma cultura. Aos índios não é dado viver isoladamente, devendo participar da civilização e adquirir preceitos que em nossa sociedade são preciosos, como o que conclama a anormalidade do infanticídio.

Embora a cultura seja uma forma legítima de expressão criativa, tem-se que o seu exercício é limitado, não podendo ultrapassar as fronteiras da identidade que englobam todos os seres humanos.

Valores como moral, dignidade, sobrevivência, morte, dor e sofrimento são universais e, portanto, incutem irrestrita aplicabilidade.

Importa consignar que o Código Civil brasileiro de 2002,<sup>3</sup> em seu artigo 2º, considera que a personalidade civil tem início a partir do nascimento com vida, mas põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>2</sup> Criada por meio da Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça, a Fundação Nacional do Índio (Funai) é a principal executora e coordenadora da política indigenista do Governo Federal.

<sup>3</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Dessume, assim, que a vida é bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, cabendo-lhe subalternidade durante todo o ciclo vital do ser humano.

A Constituição Federal de 1988, enquanto lei suprema e fundamental do país, engendra, de forma categórica, no *caput* do seu artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida. Eleva ainda a magnitude capital deste cânone, quando, em seu artigo [227](#), informa ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurá-lo à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade.

Oportuno notar que o direito de viver é chancelado também em sua proteção pelo Estatuto da Criança e do Adolescente:<sup>4</sup> “Art. 7º. A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

A centralidade do direito à vida na ordem jurídica se faz presente igualmente em tratados internacionais dos quais participa o Brasil, a exemplo da *Convenção Americana de Direitos Humanos — o Pacto de San José da Costa Rica* —, de 1969, que exara, no seu artigo 4º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” e que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

O Brasil, mediante o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, promulgou a *Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU*,<sup>5</sup> que estatui “que toda criança tem o direito inerente à vida” e que os seus signatários devem adotar “todas as medidas eficazes e adequadas” para suprimir práticas prejudiciais à saúde da criança.

Sob essa ótica, desponta o Projeto de Lei nº 1.057, de 2007, como o mecanismo de maior repercussão nacional, não se balizando apenas em coibir o infanticídio indígena, mas também o abuso sexual e os maus-tratos a crianças.

De autoria do ex-deputado Henrique Afonso (PT-AC) e tramitando no Congresso Nacional, foi o projeto nomeado como “Lei Muwaji”, em tributo a uma mãe da tribo dos *Suruwahás*, que se insurgiu contra a tradição de sua comunidade, defendendo a vida da filha Iganani, que nasceu com paralisia cerebral e teria sido condenada à morte por envenenamento.

Sedimentado na proibição das “práticas indígenas tradicionais e nocivas”, que atentarem contra os direitos fundamentais, positivados no ordenamento jurídico brasileiro, e os direitos humanos, aclamados internacionalmente, visa o projeto de lei salvaguardar direitos não apenas das crianças indígenas, mas também de outras oriundas de sociedades ditas “não tradicionais”.

Em seu contexto primitivo, estabelece a aplicação de punição por crime de omissão de socorro a todo e qualquer sujeito que venha a ter conhecimento sobre atitude nociva à vida e à integridade físico-psíquica do infante indígena, mas que não reporte o fato à Funasa,<sup>6</sup> à Funai, ao Conselho Tutelar da respectiva loca-

<sup>4</sup> Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

<sup>5</sup> A Organização das Nações Unidas (ONU) é uma instituição internacional formada por 193 Estados soberanos e fundada após a 2ª Guerra Mundial para manter a paz e a segurança no mundo, fomentar relações amistosas entre as nações, promover o progresso social, melhores padrões de vida e direitos humanos. Os membros são unidos em torno da Carta das Nações Unidas, um tratado internacional que enuncia os direitos e deveres dos membros da comunidade internacional (FERNANDES, Kellen; NETO, Zaiden, 2015, p. 20-21).

<sup>6</sup> A Fundação Nacional de Saúde (Funasa) é uma fundação pública, vinculada ao Ministério da Saúde, que tem por objetivo pro-

lidade, à autoridade judiciária e policial. Ambiciona, em seu teor, por conseguinte, equivalente responsabilização criminal às autoridades competentes, quando do não implemento das medidas legais cabíveis.

Autoriza autoridade judicial a ordenar a retirada provisória da criança, sempre que constatada a disposição dos genitores ou do grupo em persistirem na prática tradicional nociva, encaminhando-a para abrigos mantidos por entidades governamentais e não governamentais, devidamente registradas nos Conselhos Municipais dos Direitos da Criança e do Adolescente.

Não obstante ter sido assentado em Resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas e leis nacionais protetoras das crianças, o Projeto de Lei nº 1.057/07, ao ser submetido às Comissões da Câmara de Deputados, especialmente à Comissão de Direitos Humanos e Minorias, incorreu em alterações quanto ao seu texto original.

Aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados na data de 26 de agosto de 2015, mediante 361 (trezentos e sessenta e um) votos a favor, 84 (oitenta e quatro) contrários e 9 (nove) abstenções, o texto-base do Projeto de Lei nº 1.057/07 encontra-se hoje sob apreciação do Senado Federal.

Alvo de protestos por antropólogos, sociólogos e ativistas em prol das comunidades indígenas, tem sido a proposta de lei veemente repudiada por imputar criminalização aos índios, precipuamente, por tentar infligir valores caracteristicamente ocidentais nessas culturas.

Coerente alhear nesse prospecto que a própria Funai, instituição que zela administrativamente pelas populações indígenas, divulgou nota lastimando a condução das votações no Congresso Nacional, sem a devida percepção da dinâmica de vida dos índios. À ocasião, o então presidente da Funai, João Pedro Gonçalves da Costa (*apud* FUNAI, 2015, p.1), pronunciou-se da seguinte forma: o “Projeto de Lei carece de reparos, mudanças profundas e uma reflexão mais detida sobre uma lei que pune e afeta tradicionalidades milenares de povos legítimos que compõem a sociedade brasileira”.

Forçoso sinalar ainda que os que discursam no mundo a favor do seguimento indígena se apropriam em sua justificativa da teoria (SUZUKI, 2010) de que, em determinadas sociedades, “o ser em construção” não precisa ser enxergado como pessoa humana. Isso porque, para os indígenas, o nascimento não é um ciclo definitivo, em que a vida e a personalidade humana do bebê teriam início, mas tão simplesmente uma etapa dentro de um longo processo, no qual as características humanas são gradativamente incorporadas.

Dessa feita, o ato que colocaria fim à vida de um indivíduo que ainda não passou por certos ritos de socialização não implicaria morte, mas apenas “interdição” do processo de construção de um ser humano, pelo que se refugaria a arrazoada retórica de infanticídio.

Sustentam também, em sua linha defensiva, que o projeto de lei debatido cria um perfil notadamente distorcido da relação de afeto e respeito existente entre os índios e suas crianças, caracterizando-os como bárbaros, selvagens, assassinos. E mais, que a iniciativa de lei, além de ser eivada de julgamentos morais e religiosos, não teria permitido a participação dos seus maiores interessados: os índios.

Esclarecem que ao Estado (tanto o Poder Executivo como o Poder Legislativo) é imposto o dever de consulta prévia, que consiste na obrigação de perguntar, adequadamente, aos povos indígenas sua opinião sobre deci-

---

mover a saúde pública e a inclusão social por meio de ações de saneamento e saúde ambiental.

sões capazes de afetar suas vidas. Sem se esquecerem de mencionar que o referido encargo está consubstanciado no artigo 18 da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, que foi aprovada pela ONU em 2007 e tem o Brasil como signatário.

Exaltam, ademais, uma postura radicalmente não intervencionista, amparada no espectro de uma sociedade indígena atualmente ameaçada, não propriamente de uma extinção populacional, mas, de outra, provida de semelhante severidade, compreendida na supressão de uma língua, história e cultura de um povo.

Nutrem o ideal de que a cultura é fonte de fortalecimento da identidade de um povo e certamente de desenvolvimento humano, pelo que não se pode obrigar quem não faz parte da cultura dominante a agir em sua consonância.

Ressaltam, outrossim, que o hábito dos índios encontra seu viés protecionista em direitos culturais apreçados na nossa Carta Magna:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais:

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

[...]

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Além disso, no múnus de preservação da cultura indígena, que é imposto pelo Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973):

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Alicerçam o proceder indígena similarmente em normatização internacional, a ostentar, nessa oportunidade, dentre tantos outros documentos significativos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos,<sup>7</sup> alinhado ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,<sup>8</sup> ambos referidos como Pactos de Direitos Humanos, aprovados pela ONU, em 1966. Com efeito, pede-se licença para se efetuar a transcrição do seguinte dispositivo:

Art. 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

<sup>7</sup> Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

<sup>8</sup> Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Dada à sua pertinência material, destaca-se nesse escopo ainda a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 5.051/2004), que reconhece as práticas culturais em geral e prioriza os direitos humanos dos povos indígenas. Realçam-se as diretrizes, *in verbis*:

Artigo 2º 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças socioeconômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Artigo 3º 1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos. 2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Subjugando-se de outra propensão, lembram os expoentes do interdito de vida que, em tempos em que a saúde pública se mostra extremamente precária, sobretudo em localidades de acessibilidade complexa, o que aparenta ser atrocidade transforma-se em ato de amor.

Salientam que os índios, na sua singularidade étnica cultural, demandam políticas públicas na área da saúde indígena, que perpassam pelo aparelhamento dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), pelo investimento nas Redes de Serviços de Saúde e pela capacitação dos Agentes de Saúde. No entanto, o que se denota é a existência de uma barreira linguística, acoplada a uma falta de empenho e infraestrutura completa, no tocante à consecução do trabalho.

A fim de retratar a difícil realidade enfrentada pelas nações indígenas, em suas esclarecimentos, invocam os sectários da praxe cultural indagações elucidativas do cotidiano a se razeoar: Como conviver com um filho portador de deficiência mental na floresta? O que fazer diante da falta de medicamentos que evitem as convulsões dessa criança? Como arrastar uma cadeira de rodas em meio à mata?

Arrematam seus dizeres, solicitando que o decesso dos infantes indígenas seja pautado não sob a perspectiva de um “crime” e/ou de “pais assassinos”, mas sim da qualidade de vida dos sobreviventes em meio à sua cultura e costumes. Afinal, o direito à vida não se atém apenas à sobrevivência, mas também a sentir-se bem enquanto permanece vivo.

#### 4 A divergência em uma ponderação solúvel

Depreende-se, após cômputo de ampla divagação explanatória, que não há certo ou errado em absoluto quanto ao indigitado “infanticídio indígena”. Tanto os posicionamentos favoráveis, quanto os avessos aven-

tados ensejam em seu bojo reflexões necessariamente positivas, que não podem ser desconsideradas à luz da solução da problemática.

A princípio, convém deslindar que, em uma acepção jurídica, considerar-se-á equivocado o emprego do termo “infanticídio” à tônica indígena, visto que o Código Penal brasileiro,<sup>9</sup> em seu artigo 123, caracteriza o ato como sendo de uma mãe, que, em estado puerperal, mata o próprio filho, durante o parto ou logo após.

Exame detido do comando normativo permite inferir que o protagonismo da mãe e a influência do estado puerperal (perturbação mental, advinda das dores físicas do parto, capaz de modificar temporariamente o psiquismo da mulher previamente sã, a ponto de levá-la a agir violentamente contra o próprio filho) são condições *sine qua non* para a tipificação jurídica penal do crime.

Nesses termos, cairá por terra, em se tratando dos índios, a configuração do crime supra, por efeito de dois fatores: 1º) Não é exclusivamente materno o ato que retira a vida do filho, podendo ser realizado pelo pai, avós, irmãos, cacique, pajé, entre outros membros da aldeia; 2º) O cessar da vida dar-se-á com motivação não em circunstância pessoal (perturbação psíquica) do praticante da ação, mas em face da conjuntura de sobrevivência sociocultural.

A sensatez remete ainda à inevitável ponderação de que o proceder indígena não está adstrito unicamente ao lapso temporal preconizado pela legislação penal em voga (“durante o parto ou logo após”), podendo vir a se efetivar longo tempo após a parição.

Com fulcro nesse substrato lógico, figura clarividente o entendimento de que o interdito de vida, tradicionalmente realizado por etnias indígenas brasileiras, perfaz, em sua natureza, uma prática cultural, insuscetível de punibilidade.

Sob o limiar dessa prospecção, inconcebível é transformar o índio em um sujeito cruel, simplesmente por não amoldar-se aos padrões de vivência comum. Para Fábio Konder Comparato (2007, p.1), “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”.

É de bom augúrio ressaír que uma das primordiais riquezas humanas reside nas dessemelhanças culturais presentes entre as variadas sociedades que povoam o globo. Ante um Estado multicultural como o nosso, que reconhece e promove a diversidade, considera-se intolerável exigir de membros de grupos culturalmente minoritários que se mostrem diligentes, adequando-se aos valores culturais dominantes.

O insigne doutrinador Paulo Bonavides nos ensina que:

O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças, e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos (BONAVIDES, 1999, p. 488).

Significativo assomar ainda que os índios não matam suas crianças por prazer. Não há nenhum povo que tenha por objetivo a sua autodestruição. O processo que conduz à morte de suas crianças está atrelado a um sentimento de impotência diante das limitações culturais existentes.

<sup>9</sup> Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.



O povo indígena dispõe de leis próprias, constringidas a conceitos particulares acerca da concepção do ser humano, que somente adquire a sua personalidade por meio de diversificados processos de transformação social ao longo do seu ciclo existencial.

Em virtude dessa noção diferenciada de vida, como uma construção social para a qual o “nascimento biológico” simplesmente não satisfaz, é que se acomoda o propósito dos índios de submeter ao término o existir dos seres por eles considerados desprovidos da condição humana.

Quando as crianças nascidas não se ajustam aos arquétipos admissíveis pela coletividade indígena, caso não venham ao óbito, ficam fadadas à exclusão, tendo graves problemas de socialização.

É mister enfatizar ainda que a preservação da conduta indígena não se furta à compreensão, em face da evidenciação de constantes sofrimentos e intervenções de outras sociedades nessas comunidades, desde o princípio da colonização brasileira. Os índios, em numerosa parte, foram extintos de seu próprio solo e submetidos a uma aculturação por parte dos “brancos”, tornando o que remanesce de sua cultura suficientemente estimado para padecer de interferência.

Mas se, por um lado, a cultura se faz importante subsídio de compleição da identidade humana, em vertente oposta, conjuga relevar a vida como corolário basilar de todo e qualquer direito que o ser humano possa vir a ter na ordem jurídica.

Outra não é a convicção do jurista Alexandre de Moraes (2000, p. 61), ao proferir manifestação no senso de que: “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos”.

Para se ter a oportunidade de usufruir uma cultura é preciso viver. Como primado, no operante Estado Democrático de Direito, o direito à vida é um princípio legalmente condicionado e imanente a toda pessoa desde o momento da concepção, impossível de subtração arbitrária.

Embora o vitimar de crianças indígenas encontre sustentáculo cultural, inquestionavelmente conforma ato nocivo à vida, que reverbera sobre direitos humanos protegidos na esfera mundial. Não é plausível conjecturar a morte como algo desvinculado de dor e sofrimento humano.

O direito à diversidade cultural é legítimo, mas diminuto até o ponto em que infringe outro direito humano. Tal postulado está espocado na própria Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural, que foi aprovada em novembro de 2001, com unanimidade, por representantes de 185 países participantes, na Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco):

Artigo 4º A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance.

A interferência avassaladora do corpo governamental na imposição de novos parâmetros nas comunidades indígenas, por sua vez, não conforma mecanismo mais apropriado ao deslinde do mote fático. Não compete ao Estado equiparar os povos de todas as nações, mas, sim, atender às necessidades presentes nas distintas organizações sociais.

A assimilação do outro na extensão máxima de sua integridade, de seus direitos e de seus traços distintivos é primordial para a transição de um mundo ideal de direitos humanos para os fatos sociais concretos, sendo através da comunicação o caminho para se alcançar a plenitude da dignidade humana.

A diversidade, concebida como direito e trabalhada no plano da cultura potencializa o desenvolvimento de sociedades mais complacentes e menos xenófobas, oportunizando o crescimento cultural coletivo e o progresso da experiência democrática.

Faz-se necessário, portanto, encontrar uma “ponte” entre as culturas opostas, por meio de um diálogo franco entre as autoridades públicas e as lideranças indígenas, construído sob o pilar do respeito e da alteridade, abrindo-se espaço para que os próprios grupos tribais demarquem ações estratégicas apropriadas a uma mudança comportamental quanto ao interdito de vida.

Ter-se-á, assim, uma atuação estatal voltada não apenas para a população indígena como um todo, mas também para o indivíduo detentor de direitos individuais, reverenciando o princípio fundamental da dignidade humana.

## 5 Conclusão

O infanticídio indígena, compreendido como morte induzida resultante da falta de perspectiva de qualidade de vida para crianças indígenas nascidas em certas circunstâncias, perpassa pela discussão da garantia de direitos humanos fundamentais e a preservação cultural de etnia.

Normatizações nacionais e internacionais pertinentes à temática, bem como projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional espelham, em sua análise, a iminente necessidade de o Estado brasileiro, até então omissivo, adotar uma postura proativa, no que concerne à consecução de políticas públicas de amparo aos infantes ameaçados em seu viver e às coletividades indígenas.

Precípua aquiescer que a nenhuma cultura é dado em seu exercício atentar contra a vida de um ser humano. Em contrapartida, não se pode compelir quem não faz parte da cultura predominante a operar em sua conformidade.

É sabido que as pessoas só mudam seus costumes a partir da conscientização e do aprendizado. À luz desse raciocínio, qualquer ação a ser tomada no sentido de erradicação da prática de morte infantil controvertida deve partir de um diálogo interétnico e das próprias comunidades indígenas.

Sem embargo, enquanto subsistir a inércia do Estado em relação ao fatídico, continuar-se-á a ver perpetuar o ecoar do grito de socorro dos inúmeros pais e familiares indígenas, que preferem se opor à tradição de vitimar suas crianças, criando-as isoladas do seu convívio natural ou até mesmo a se submeterem ao suicídio, para não terem que sacrificá-las pessoalmente.

## Referências

ATINI - Voz pela vida. Disponível em: <http://www.atini.org.br/quemsomos/>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BARROS, Antônio. *Para debatedores, índios devem decidir sobre infanticídio*. Brasília, 5 set. 2007. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/109435.html>. Acesso em: 28 ago. 2017.



BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 20 out. 2017.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre povos indígenas e tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 9 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio - 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm). Acesso em: 17 out. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm). Acesso em: 7 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 5 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre a adoção. Altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 3 set. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.057, de 2007. Lei Muwaji. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=351362>. Acesso em: 20 set. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos — o Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf). Acesso em: 10 set. 2017.

DECLARAÇÃO das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Disponível em: [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_pt.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf). Acesso em: 28 set. 2017.

DECLARAÇÃO Universal sobre a Diversidade Cultural. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

ESTEVES, Mônica Tatiane Romano. *O infanticídio indígena e a violação dos direitos humanos*. Brasília, 2012. Disponível em: <https://pt.slideshare.net/meilin1393/monografia-infanticidio-indgena>. Acesso em: 12 ago. 2017.

FERNANDES, Kellen; NETO, Zaiden. *Os documentos internacionais na afirmação histórica dos direitos humanos*. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xpl1r1LVlgEJ:https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/278k6xco/s7IZK0O5P2llJ639.pdf+&c-d=8&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 15 set. 2017.

FUNAI. Disponível em: <http://www.funai.gov.br>. Acesso em: 26 set. 2017.

FUNAI. [Presidente da Funai diz que Projeto de Lei que prevê combate ao infanticídio carece de reparos](#). Brasília, 28 ago. 2015. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/3407-presidente-da-funai-diz-que-projeto-de-lei-que-que-preve-combate-ao-infanticidio-carece-de-reparos>. Acesso em: 4 out. 2017.

FUNASA. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br>. Acesso em: 26 set. 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ROSA, Marlise. Nós e os outros: concepções de pessoa no debate sobre infanticídio indígena no Congresso Nacional. *Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 163-193, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/EspaçoAmeríndio/article/view/46403/30058>. Acesso: 13 ago. 2017.

SUZUKI, Márcia. *A estranha teoria do homicídio sem morte*. 24 mar. 2010. Disponível em: <http://www.ultimato.com.br/conteudo/a-estranha-teoria-do-homicidio-sem-morte>. Acesso em: 10 out. 2017.

SUZUKI, Márcia. Quebrando o silêncio: um debate sobre o infanticídio nas comunidades indígenas do Brasil. *ATINI - Voz pela vida*, Brasília, p. 1-28, ago. 2007. Disponível em: <http://www.atini.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Quebrando-o-Sil%C3%AAnccio.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2017.

• • •



Incidente de inconstitucionalidade - Taxa de localização, fiscalização e funcionamento - Município de Caldas - Base de cálculo - Alíquota - Majoração - Ausência justificativa - Princípios do não confisco - Inobservância - Razoabilidade e proporcionalidade - Inconstitucionalidade configurada

- Se o *quantum* da alíquota da Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento foi majorado em 200% (duzentos por cento), pela lei do Município de Caldas, sem que houvesse justificativa para o aumento do custo em relação à atividade estatal vinculada ao fato gerador da taxa, há violação ao princípio do não confisco, nos termos do art. 150, IV, da Constituição da República, o que impõe o reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo municipal.

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0103.14.000742-0/002 - Comarca de Caldas - Requerente: 8ª Câmara Cível - Requerido: Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Interessado: Pedro Lucas Guimarães Lopes, Município de Caldas-MG, Câmara Municipal de Caldas - Relator: DES. KILDARE CARVALHO**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE, VENCIDOS OS DESEMBARGADORES ÁUREA BRASIL E EDGARD PENNA AMORIM.

Belo Horizonte, 21 de setembro de 2018. - *Kildare Carvalho* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. KILDARE CARVALHO - Trato de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 8ª Câmara Cível, nos autos do recurso de Apelação nº 1.0103.14.000742-0/001, interposto, pelo Município de Caldas, contra a sentença prolatada nos autos de uma ação anulatória de lançamento tributário ajuizada por Pedro Lucas Guimarães Rosa.

Por meio do acórdão de f. 103/105-TJ, proferido aos 20/4/2017 e publicado aos 10/5/2017 (f. 106-TJ), aquele órgão fracionário submeteu à apreciação do Órgão Especial a análise da (in)constitucionalidade do disposto

no art. 272, Tabela II, da Lei nº 2.235/2013, do Município de Caldas, que dispõe sobre a base de cálculo e alíquotas descritas, por afronta ao art. 150, IV, da Constituição Federal.

Intimadas as partes a se manifestarem, apenas o Município de Caldas se manifestou (f. 119/133-TJ) pela improcedência do incidente e pela declaração de constitucionalidade do art. 272 da Lei nº 2.235/2013, do Município de Caldas, no que se refere à Tabela II.

A Câmara Municipal de Caldas, nos termos do art. 298, § 2º, do RITJMG, manifestou-se às f. 139/142-TJ, pela manutenção do tributo, nos termos da Lei Municipal 2.235/2013, postulando a improcedência do incidente.

Em parecer ofertado às f. 146/150-TJ, a Procuradoria de Justiça opina pela procedência do incidente.

É o relatório.

Cinge-se, pois, a controvérsia posta em debate a aferir a inconstitucionalidade do art. 272 da Lei nº 2.235/2013, do Município de Caldas, no que se refere à Tabela II.

Como se sabe, no controle de constitucionalidade por via incidental, desempenhado por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos, a inconstitucionalidade, arguida incidentalmente no curso de uma demanda, tem caráter prejudicial, pois se afigura como matéria a ser decidida antes pelo juiz, como condição e antecedente lógico para a solução da pretensão deduzida em juízo, na ação judicial proposta. É premissa para a solução do conflito.

Na espécie em apreço, pretendeu o contribuinte, Pedro Lucas Guimarães Rosa, a suspensão da exigibilidade da Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento, sob o argumento de que a taxa sofreu majoração de 200% de um exercício para o outro, sem que tenha sido comprovado pelo Município de Caldas a efetiva necessidade de majoração da respectiva base de cálculo e alíquota.

Feito esse breve relato, passo ao exame da questão propriamente dita.

A Lei do Município de Caldas nº 2.235/2013, em seu art. 272, estabeleceu “as bases de cálculo das taxas”, constantes da Tabela II, anexa à mencionada norma.

É cediço que a incidência da taxa se deve ao “exercício do poder de polícia” (art. 145 da CF), *in verbis*:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[  
II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.]

No mesmo sentido, dispõe o art. 77 do Código Tributário Nacional:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.

Diante disso, a base de cálculo deve guardar relação com o custo da atividade estatal que deu ensejo à sua instituição, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG, decidiu que a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixada devem observar os princípios do não confisco e da proporcionalidade:

Taxa: Correspondência entre o valor exigido e o custo da atividade estatal. - A taxa, enquanto contra-prestação a uma atividade do Poder Público, não pode superar a relação de razoável equivalência que deve existir entre o custo real da atuação estatal referida ao contribuinte e o valor que o Estado pode exigir de cada contribuinte, considerados, para esse efeito, os elementos pertinentes às alíquotas e à base de cálculo fixadas em lei. - Se o valor da taxa, no entanto, ultrapassar o custo do serviço prestado ou posto à disposição do contribuinte, dando causa, assim, a uma situação de onerosidade excessiva, que descaracterize essa relação de equivalência entre os fatores referidos (o custo real do serviço, de um lado, e o valor exigido do contribuinte, de outro), configurar-se-á, então, quanto a essa modalidade de tributo, hipótese de ofensa à cláusula vedatória inscrita no art. 150, IV, da Constituição da República. Jurisprudência. Doutrina. Tributação e ofensa ao princípio da proporcionalidade. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal se acha essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. - O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. - A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado (Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 20/4/2006).

No caso da lei do Município de Caldas, a base de cálculo foi majorada em 200% (duzentos por cento) sem que houvesse justificativa para o aumento do custo em relação à atividade estatal vinculada ao fato gerador da taxa, o que configura a violação ao art. 150, IV, da Constituição da República:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[ . . . . . ]  
IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

Com efeito, verificada que a Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento do Município de Caldas não pode ter base de cálculo e o quantum da alíquota majorados sem a justificada equivalência razoável entre o custo real dos serviços e a atividade estatal vinculada ao fato gerador da taxa, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 272 da Lei nº 2.235/2013, do Município de Caldas, no que se refere à Tabela II, que determinou a majoração da mencionada taxa, por violação ao art. 150, IV, da Constituição da República.

Frise-se, a propósito, que este Tribunal já reconheceu a inconstitucionalidade de dispositivos de leis municipais que dispõem acerca de valores exorbitantes para a taxa de licença de localização e funcionamento:

Agravo de instrumento. Ação anulatória de débito fiscal. Taxa de licença de localização e funcionamento. Lei complementar municipal. Valor exorbitante. - Se a taxa de licença, localização e funcionamento se mostra excessivamente onerosa e bem mais cara do que cobrada anteriormente, faz-se necessária uma maior dilação probatória do processo, para aferir a legalidade da cobrança, nos moldes previstos na Lei Complementar Municipal. - Recurso desprovido (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0103.14.002493-8/001, Rel. Des. Rogério Coutinho, 8ª Câmara Cível, j. em 26/11/2015, p. em 10/12/2015).

Município de Patos de Minas. Taxa de licença para localização e funcionamento de feira. Ausência da correspondência entre o valor exigido e o custo da atividade estatal. Anulação da cobrança. - A Taxa de Licença para Localização e Funcionamento da feira 'Expogerais', tal como constituída pelo Município de Patos de Minas nos termos da legislação municipal pertinente, afronta os princípios do não confisco, da proporcionalidade e da isonomia tributária, uma vez que o valor cobrado não guarda equivalência com o custo do serviço relativo à fiscalização da atividade, além de onerar excessivamente o comércio realizado em feira, favorecendo o comércio local permanente (TJMG - 6ª Câmara Cível - Apelação Cível 1.0480.05.074071-5/001, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 4/5/2010, p. em 30/7/2010).

Por todo o exposto, acolho o presente incidente para declarar a inconstitucionalidade da norma inserta do art. 272 da Lei nº 2.235/2013, do Município de Caldas, apenas no que se refere à Tabela II, que determinou a majoração da mencionada Taxa de Licença de Localização e Funcionamento.

Façam-se as comunicações necessárias, remetendo cópia do acórdão ao órgão competente, nos termos do art. 301 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Vencidos os Desembargadores Áurea Brasil e Edgard Penna Amorim.

DES.<sup>a</sup> ÁUREA BRASIL:

Incidente de inconstitucionalidade. Lei 2.235/2013 do Município de Caldas. Alteração da base de cálculo da Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento. Utilização da área do imóvel. Possibilidade. Proporcionalidade com o custo da atividade fiscalizatória exercida pelo Estado. Improcedência da arguição. - A base de cálculo das taxas possui caráter sinalagmático, devendo o valor ser proporcional ao custo da atividade fiscalizatória desempenhada pelo Estado no exercício do poder de polícia. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sedimentou-se no sentido de que é constitucional a utilização da área do imóvel fiscalizado como base de cálculo para cobrança de taxa de fiscalização decorrente do poder de polícia. - A Lei 2.235/2013 do Município de Caldas, que alterou a base de cálculo da Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento, passando a adotar como critério a área do imóvel, não padece de vício de inconstitucionalidade, tendo em vista que o novo parâmetro visa compatibilizar o valor do tributo com o custo da atividade. - Arguição julgada improcedente.

Peço vênia ao e. Relator e aos i. Pares que o acompanham para ousar divergir de seu judicioso voto, por não vislumbrar a inconstitucionalidade do art. 272 da Lei 2.235/2013 do Município de Caldas, assim como de sua Tabela II.



A Lei 2.235/2013 introduziu o novo Código Tributário Municipal e determinou que a Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento, no âmbito do Município de Caldas, tivesse como base de cálculo a área do imóvel sobre o qual incide o poder de polícia.

Consoante se observa da justificativa do Projeto de Lei 23/2013, que deu origem à Lei 2.235/2013, o novo Código Tributário Municipal veio substituir a Lei 930/1977, que dispunha sobre as normas gerais de direito tributário em Caldas, tendo em vista que se tratava de norma anterior à Constituição de 1988, cuja desatualização prejudicava a arrecadação e os contribuintes (f. 60/61).

Extrai-se, da manifestação apresentada pelo Município de Caldas neste incidente, que a anterior legislação tributária municipal adotava como base de cálculo para a cobrança da TLFF o número de empregados do estabelecimento e não fazia distinção entre a natureza da atividade desenvolvida (f. 127).

Por sua vez, a Tabela II da Lei 2.235/2013 define como base de cálculo da taxa a área do imóvel onde está localizado o estabelecimento, estabelecendo alíquotas diferentes com base na natureza da atividade comercial (f. 49/52).

Nesse diapasão, percebe-se que o aumento do valor cobrado dos contribuintes a título de TLFF não decorreu da majoração da alíquota, mas sim da introdução de uma nova base de cálculo.

Cediço que a base de cálculo das taxas tem caráter sinalagmático, porquanto o valor deve ser proporcional ao custo da atividade fiscalizatória desempenhada pelo Estado no exercício do poder de polícia.

E, no caso da legislação impugnada, a adoção da nova base de cálculo, considerando o tipo de atividade comercial desempenhada no estabelecimento, bem como a área do imóvel, é apta a refletir, ainda que de forma aproximada, o custo da atividade de fiscalização, o que aparentemente não acontecia na vigência da legislação anterior.

De se destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da adoção da área do imóvel como base de cálculo da taxa de fiscalização. A propósito:

Direito tributário. Agravo regimental em recurso extraordinário. Taxa de licença para localização de estabelecimento. Constitucionalidade. Base de cálculo. Proporcionalidade com o custo da atividade estatal de fiscalização. Precedentes. - Nos termos da jurisprudência da Corte, a taxa de renovação de licença de funcionamento é constitucional, desde que haja o efetivo exercício do poder de polícia, o qual é demonstrado pela mera existência de órgão administrativo que possua estrutura e competência para a realização da atividade de fiscalização. 2. A base de cálculo da taxa de fiscalização e funcionamento fundada na área de fiscalização é constitucional, na medida em que traduz o custo da atividade estatal de fiscalização. Quando a Constituição se refere às taxas, o faz no sentido de que o tributo não incida sobre a prestação, mas em razão da prestação de serviço pelo Estado. A área ocupada pelo estabelecimento comercial revela-se apta a refletir o custo aproximado da atividade estatal de fiscalização. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 856.185 AgR/PR - Paraná, Rel. Min. Roberto Barroso, j. em 4/8/2015, p. em 24/9/2015).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional e tributário. Taxa de localização, funcionamento e fiscalização. Regularidade do exercício do poder de polícia: constitucionalidade. Base de cálculo: área de fiscalização. Agravo regimental ao qual se nega provimento (AI 812.563 AgR/SP - São Paulo, Rel.ª Min. Cármen Lúcia, j. em 17/12/2013, p. em 12/2/2014).

Isso posto, não se verifica inconstitucionalidade no art. 272 e na Tabela II da Lei 2.235/2013, que alterou a base de cálculo da Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento no Município de Caldas.

Com tais considerações, renovadas vênias, julgo improcedente o incidente.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Peço vênias ao em. Relator e aos demais pares que o acompanham para aderir à divergência inaugurada pela em. Des.<sup>a</sup> Áurea Brasil.

DES. AFRÂNIO VILELA - Acompanho o voto sufragado pelo eminente Desembargador Kildare Carvalho para declarar a inconstitucionalidade do art. 272 da Lei nº 2.235/2013, do Município de Caldas, no que se refere à Tabela II, haja vista que, como bem ponderado por S. Exa., a majoração injustificada da Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento, no importe correspondente a 200% (duzentos por cento), traduz clara violação ao princípio do não confisco, preconizado no art. 150, IV, da CR/88.

Isso posto, na esteira do voto firmado pelo eminente Relator, acolho o incidente de inconstitucionalidade.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, SALDANHA DA FONSECA, WANDERLEY PAIVA, MOACYR LOBATO, AMORIM SIQUEIRA, ALEXANDRE SANTIAGO, EDISON FEITAL LEITE, RENATO DRESCH, GILSON SOARES LEMES, DÁRCIO LOPARDI MENDES, ELIAS CAMILO SOBRINHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

*Súmula* - ACOLHERAM O INCIDENTE DE INCONSITUCIONALIDADE.

• • •



## Direito administrativo - Mandado de segurança - Concurso público - Candidato que passa a figurar na lista dos aprovados - Direito subjetivo à nomeação - Concessão da segurança

- O mandado de segurança constitui um remédio constitucional destinado à proteção a direito líquido e certo, contra ato ou omissão de autoridade pública ou agente imbuído de atribuições do Poder Público, nos termos do inciso LXIX do art. 5º da Constituição da República de 1988.

- O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior (STF, ARE 956.521 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 28/10/2016).

- O colendo Superior Tribunal de Justiça manifestou o entendimento de que “os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, sobretudo na hipótese de despesas decorrentes de decisão judicial, excluídas do limite de 60% (sessenta por cento) fixado para os Municípios, por força do disposto no art. 19, § 1º, IV, da Lei Complementar 101/2000” (REsp 1.306.604/AL, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 6/3/2014).

V.v.: Mandado de segurança. Objeto. Nomeação. Candidato classificado fora do número de vagas previsto no edital. Mera expectativa de direito à nomeação. Jurisprudência reiterada dos tribunais superiores. Segurança denegada.

**MANDADO DE SEGURANÇA nº 1.0000.18.052204-7/000 - Comarca de Passos - Impetrante: Vinícius Fidélis Teixeira - Autoridade Coatora: Governador do Estado de Minas Gerais - Interessado: Estado de Minas Gerais - Relator: DES. AUDEBERT DELAGE**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2018. - Audebert Delage - Relator. - Gilson Soares Lemes - Relator para o acórdão.

### Notas taquigráficas

DES. AUDEBERT DELAGE - Vinícius Fidélis Teixeira impetrou este mandado de segurança contra ato atribuído ao Governador do Estado de Minas Gerais, consistente no reconhecimento do direito à nomeação no cargo de Analista de Seguridade Social - Nível I, Grau A - Administração ou Tecnologia em Gestão Pública ou Ciências Contábeis ou Ciências Atuariais ou Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos ou Biblioteconomia do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Regional Sul.

O impetrante sustenta que foi aprovado em 7º lugar no concurso público destinado ao preenchimento de seis vagas, de acordo com as regras previstas no Edital Ipsemg 001/2014. Alega que, conforme informação obtida pelo Sistema de Acesso à Informação, existem 2 (dois) cargos vagos, pois os nomeados não tomaram

posse. Além disso, um terceiro candidato que chegou a assumir a vaga foi exonerado a pedido em 2016, vagando-se, assim, um terceiro cargo.

Concluiu, afirmando fazer jus à nomeação em razão da existência de vagas disponíveis, criadas por lei e previstas no edital do certame.

Pede a concessão de liminar.

Por meio da decisão anexada ao processo eletrônico (evento nº 13), indeferi o pedido de liminar.

A autoridade apontada como coatora prestou as informações (evento nº 17), nas quais sustenta que o candidato classificado fora do número de vagas apenas possui expectativa de direito à nomeação. Alega que a Administração Pública poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, dentro do prazo de validade do concurso.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com vista dos autos, manifestou-se pela concessão da segurança (evento nº 19).

Da nomeação do impetrante.

Extrai-se dos elementos dos autos que o requerente foi aprovado em concurso público destinado ao preenchimento do cargo de Analista de Seguridade Social – Nível, I Grau A - Administração ou Tecnologia em Gestão Pública ou Ciências Contábeis ou Ciências Atuariais ou Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos ou Biblioteconomia do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Regional Sul, e que se classificou em 7º lugar (evento nº 05).

Nos termos do Edital Ipsemg 001/2014, foram previstas seis vagas para o referido cargo público (evento nº 4).

Após maior reflexão sobre o tema e ante a atual orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, passei a entender que a Administração está vinculada ao regulamento do concurso público e não pode se abster, sem justa causa, de preencher as vagas disponibilizadas no edital.

Logo, tenho que, aprovado dentro do número de vagas previsto no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado.

Em contrapartida, o candidato classificado fora do número de vagas previsto no edital possui apenas expectativa de direito em relação à convocação. Esta dependerá da conveniência administrativa, a ser discricionariamente aplicada pelo ente público, que, caso decida pela nomeação, deverá obedecer à ordem classificatória.

In casu, o edital que rege o presente certame prevê seis vagas para o cargo de Analista de Seguridade Social - Nível I, Grau A - Administração ou Tecnologia em Gestão Pública ou Ciências Contábeis ou Ciências Atuariais ou Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos ou Biblioteconomia do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Regional Sul, sendo que o impetrante obteve a 7ª posição, possuindo, assim, mera expectativa de direito à nomeação.

Saliento que o requerente não demonstrou, de plano, que houve contratação imotivada ou ilegal, ao tempo da validade do concurso público regido pelo Edital Ipsemg 001/2014, para o exercício do cargo público a que concorreu, nem que foi preterido na ordem de classificação.

Anoto, ainda, que o momento do provimento do cargo, dentro do prazo de validade do concurso, como ocorre na espécie, fica por conta da discricionariedade do Poder Público.

Em outras palavras:

[...] o direito subjetivo à nomeação não se confunde com o momento em que deve se efetivar durante o prazo de validade do concurso público.

A deliberação sobre o momento da convocação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital é reservada à Administração e deve ocorrer a qualquer tempo no curso do período de validade do certame (trecho do voto proferido pelo em. Des. Almeida Melo, por ocasião do julgamento do Reexame Necessário nº 1.0692.11.001159-4/001, DJe de 14/5/2012).

Diante do exposto, denego a segurança.

Custas, ex lege.

DES. GILSON SOARES LEMES - Data venia, ousou discordar do culto Relator.

O eminente Relator relata que “o requerente foi aprovado em concurso público destinado ao preenchimento do cargo de Analista de Seguridade Social - Nível I, Grau A - Administração ou Tecnologia em Gestão Pública ou Ciências Contábeis ou Ciências Atuariais ou Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos ou Biblioteconomia do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Regional Sul, e que se classificou em 7º lugar (evento nº 05).”

Verifica-se que foram previstas seis vagas para o cargo público em questão.

Pois bem. Extrai-se dos autos que a autoridade impetrada nomeou 6 (seis) candidatos aprovados no referido certamente, contudo, dois deles não assumiram as vagas, conforme print de informações do próprio Estado de Minas Gerais, não refutada pelo ente público em suas informações (doc. ordem 02).

Ademais, um terceiro candidato que chegou a assumir a vaga foi exonerado a pedido em 2016, vagando-se, assim, um terceiro cargo.

Diante disso, o requerente pretende sua nomeação imediata ao cargo, sob a alegação de que dois candidatos aprovados, após nomeação, não tomaram posse.

Cinge-se, portanto, a referida controvérsia a aferir a existência ou não do direito do requerente de ser nomeado e empossado no cargo para o qual foi classificado.

Pois bem. O mandado de segurança está previsto na Constituição Federal, art. 5º, inciso LXIX:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Acerca do mandado de segurança a doutrina especializada leciona:

Mandado de segurança é a ação civil de rito sumaríssimo pela qual qualquer pessoa pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, não amparado por habeas

corpus nem habeas data, em decorrência de ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder. Além dos pressupostos processuais e das condições da ação exigíveis em qualquer procedimento, são pressupostos específicos do mandado de segurança: 1 - ato de autoridade; 2 - ilegalidade ou abuso de poder; 3 - lesão ou ameaça a direito; 4 - direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 660-661).

Assim sendo, verifico que a classificação dentro do número de vagas previstas no edital gera para o candidato o direito subjetivo à nomeação, todavia, este só pode ser requisitado em juízo se, vencido o prazo de validade do concurso, o Poder Público se quedar inerte, o que ocorreu no caso específico dos autos.

Uma vez publicado o edital do concurso com o número específico de vagas, a classificação dos candidatos aprovados no limite de vagas ofertadas cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito subjetivo.

Nas palavras do Min. Marco Aurélio, em recurso extraordinário:

O edital de concurso, desde que consentâneo com a lei de regência em sentido formal e material, obriga candidatos e Administração Pública (RE 480.129/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, DJ de 23/10/2009).

À vista disso, o Poder Público não poderá dispor sobre a própria nomeação; entretanto, consoante os critérios de conveniência e oportunidade, cabe à discricionariedade da Administração Pública, respeitado o limite do prazo de validade do certame, incluindo o prazo de prorrogação, bem como a ordem de classificação, estabelecer o momento da nomeação.

Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Concurso público. Previsão de vagas em edital. Direito à nomeação dos candidatos aprovados. - Direito à nomeação. Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. [...]. (STF, Pleno, RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 3/10/2011).

No mesmo sentido o colendo Tribunal da Cidadania:

Administrativo. Mandado de segurança. Concurso público. Candidato aprovado dentro do número de vagas. Prazo de validade não expirado. Expectativa de direito. - Trata-se de Mandado de Segurança no qual a impetrante alega ter sido aprovada dentro do número de vagas em concurso para provimento de cargo de Assistente Técnico de Gestão em Pesquisa e Investigação Biomédica, sem a respectiva nomeação. - Enquanto não expirado o prazo de validade do concurso público, o candidato aprovado dentro do número de vagas possui mera expectativa de direito à nomeação, a ser concretizado conforme juízo de conveniência e oportunidade. - Segurança denegada (MS 18.717/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. em 22/5/2013, DJe de 5/6/2013).

Insta salientar que apenas circunstâncias excepcionais podem dar ensejo à nomeação imediata, sem observância da discricionariedade da Administração Pública durante o prazo de validade, quais sejam as hipó-

teses de preterição da ordem de classificação do concurso, bem como a contratação temporária irregular, com o preenchimento indevido de vaga prevista no certame.

A prioridade aos candidatos aprovados em concurso possui previsão constitucional, nos seguintes termos:

[...] durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira (art. 37, IV, Constituição Federal de 1988).

O ente estadual nomeou os 6 (seis) primeiros colocados, o que, a princípio, afastaria o direito subjetivo à nomeação do impetrante, já que classificado para além do número de vagas disponibilizadas no certame. Não obstante, dois candidatos não tomaram posse, o que fez nascer o direito subjetivo do impetrante à nomeação, já que o próximo aprovado na lista de classificação.

Sobre o tema, tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

Direito administrativo. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Concurso público. Candidato que passa a figurar dentro do número de vagas previstas no edital. Desistência de candidato classificado em colocação superior. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes. Alegada violação ao art. 2º da CF/88. Improcedência. - O Plenário desta Corte firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público (RE 598.099-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RE 837.311-RG, Rel. Min. Luiz Fux). - O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes. - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não viola o princípio da separação de Poderes o exame, pelo Poder Judiciário, de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo. Precedentes. - Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. - Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015 (ARE 956.521 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 28/10/2016, Processo Eletrônico DJe-243 divulg. 16/11/2016, public. 17/11/2016).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Candidato que passa a figurar dentro do número de vagas previstas no edital. Desistência de candidato classificado em colocação superior. Direito subjetivo à nomeação. Agravo improvido. - O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. - O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior. Precedentes. - Agravo regimental improvido (RE 643.674-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Direito administrativo. Concurso público. Prazo de validade. Existência de vagas. Candidatos aprovados. Direito subjetivo à nomeação. Jurisprudência pacífica. Acórdão recorrido disponibilizado em 28/4/2008. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. Reconhecida pela Corte de origem a existência de

cargos vagos e de candidatos aprovados, surge o direito à nomeação. Agravo regimental conhecido e não provido. (AI 728.699-AgR, Rel.<sup>a</sup> Min. Rosa Weber, Primeira Turma).

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no mesmo sentido:

Processual civil. Agravo interno no recurso especial. Concurso público. Candidato aprovado em cadastro reserva. Desistência de candidatos melhores classificados. Direito à nomeação. - O entendimento do Tribunal de origem não destoia da jurisprudência do STJ firmada de que, 'havendo desistência de candidatos melhor classificados, fazendo com que os seguintes passem a constar dentro do número de vagas, a expectativa de direito se convola em direito líquido e certo, garantindo o direito à vaga disputada' (RMS 55.667/TO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 12/12/2017, DJe de 19/12/2017). - Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.702.352/TO, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 12/6/2018, DJe de 15/6/2018).

Quanto ao argumento da autoridade impetrada de que a diminuição do orçamento impossibilita a nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, sem razão.

O colendo Superior Tribunal manifestou o entendimento de que

os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, sobretudo na hipótese de despesas decorrentes de decisão judicial, excluídas do limite de 60% (sessenta por cento) fixado para os Municípios, por força do disposto no art. 19, § 1º, IV, da Lei Complementar 101/2000 (REsp 1.306.604/AL, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 6/3/2014).

Cito os seguintes precedentes:

Processual civil e administrativo. Agravo interno no agravo em recurso especial. Concurso público. Nomeação. Limite de gastos com pessoal. Lei de responsabilidade fiscal. Decisão judicial. Exceção. Comprovação de violação da LRF. Incidência da Súmula 7/STJ. - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, sobretudo na hipótese de despesas provenientes de decisão judicial. - Não há, no acórdão combatido, informações a respeito da comprovação pelo recorrente da impossibilidade de nomeação da parte agravada em virtude de violação da LRF. Dessa forma, para se aferir tal questão, seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é defeso na via eleita, em razão do óbice da Súmula 7/STJ. - Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1.186.584/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. em 12/6/2018, DJe de 18/6/2018).

Processual civil. Administrativo. Agravo interno no recurso especial. Concurso. Nomeação. Lei de Responsabilidade Fiscal. Direito subjetivo do servidor. Garantia. - A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que os limites orçamentários previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, no que se refere às despesas com pessoal do ente público, não podem servir de fundamento para o não cumprimento de direitos subjetivos do servidor, sobretudo na hipótese de despesas decorrentes de decisão judicial, excluídas do limite de 60% (sessenta por cento) fixado para os Municípios, por força do disposto no art. 19, § 1º, IV, da Lei Complementar 101/2000 (REsp 1.306.604/AL, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 6/3/2014). - Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no REsp 1.678.968/RO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. em 20/3/2018, DJe de 5/4/2018).



O Poder Judiciário não pode compactuar com gestores irresponsáveis, que publicam concursos públicos, geram expectativas nos candidatos, que, muitas das vezes, dedicam suas vidas na busca por uma aprovação, e, ao final, criam justificativas inexistentes para não nomear as pessoas que foram aprovadas.

Ante o exposto, renovando meu pedido de vênias ao eminente relator, concedo a segurança para determinar a nomeação do impetrante no cargo de Analista de Seguridade Social - Nível I, Grau A - Administração ou Tecnologia em Gestão Pública ou Ciências Contábeis ou Ciências Atuariais ou Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos ou Biblioteconomia do Ipsemg.

Custas, pelo impetrado, observada a isenção legal.

Não há condenação em honorários advocatícios na ação de mandado de segurança (art. 25 da Lei federal nº 12.016, de 2009).

É como voto.

DES.<sup>a</sup> MÁRCIA MILANEZ - De acordo com a divergência instaurada, para conceder a segurança.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - De acordo com a divergência para, também, conceder a segurança.

DES. GERALDO AUGUSTO - Coerente ao posicionamento que venho adotando, peço vênias ao eminente Desembargador Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pelo também eminente Desembargador Gilson Soares Lemes.

DES. CAETANO LEVI LOPES - Peço vênias ao Relator, eminente Desembargador Audebert Delage, para acompanhar a divergência inaugurada pelo também eminente Desembargador Gilson Soares Lemes.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Rogando vênias ao eminente Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo i. Des. Gilson Soares Lemes para conceder a segurança, aderindo *in totum* aos termos de seu judicioso voto.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Com a devida vênias do culto Relator, acompanho a divergência e também concedo a segurança, nos termos do voto proferido pelo em. Des. Gilson Soares Lemes.

DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES - Com a devida vênias, acompanho a divergência instaurada pelo eminente Desembargador Gilson Soares Lemes e concedo a segurança.

DES. ARMANDO FREIRE - Com a vênias devida, ponho-me de acordo com a divergência para conceder a segurança, lembrando que há precedentes neste Órgão Especial no mesmo sentido, porquanto evidenciado na espécie o alegado direito líquido e certo.

DES. OTÁVIO DE ABREU PORTES - Com a devida vênias, ousou divergir do eminente Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Desembargador Gilson Soares Lemes.

DES. AMORIM SIQUEIRA - Peço licença ao eminente Des. Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pelo não menos eminente Desembargador Gilson Soares Lemes, tendo em vista a inequívoca necessidade da Administração em prover o cargo apontado nos autos, e concedo a segurança, para que seja nomeada a impetrante.

DES. EDISON FEITAL LEITE - Pedindo vênias ao e. Relator, acompanho a divergência instaurada pelo i. Des. Gilson Soares Lemes.

Também concedo a segurança.

DES. RENATO DRESCH - Peço vênua ao e. Relator, Des. Audebert Delage, para acompanhar a divergência apresentada pelo e. Vogal Des. Gilson Soares Lemes.

Isso porque entendo que, quanto ao direito à nomeação dos aprovados em concurso público, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, em sede de repercussão geral, de que somente o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital tem direito à nomeação, assim como que o surgimento de novas vagas não gera, de forma automática, o direito à nomeação do candidato aprovado fora do número de vagas.

O direito subjetivo à nomeação decorre da preterição na observância da ordem classificatória ou quando a Administração preterir, de maneira arbitrária e imotivada, os candidatos, desde que não haja comprovada situação excepcional (RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, *DJe* de 18/4/2016; RE 598.099-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, *DJe* de 3/10/2011).

Outrossim, a nomeação de forma eventual de precários para suprir necessidade momentânea de serviço não constitui, por si só, o direito público subjetivo à nomeação.

Ademais, demandaria dilação probatória, o que não é possível em sede de mandado de segurança.

Neste caso, o impetrante foi aprovado na 7ª colocação (JPe nº 5, f. 25), ou seja, fora do número de vagas para o cargo de Analista de Seguridade Social - Nível I, Grau A - Administração ou Tecnologia em Gestão Pública ou Ciências Contábeis ou Ciências Atuariais ou Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos ou Biblioteconomia do Ipsemg - Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, Regional Sul, tendo em vista que o Edital Ipsemg 001/2014 previa 7 vagas, sendo 6 de ampla concorrência e 1 para candidatos com deficiência.

O concurso permaneceu vigente até 4/7/2018 (JPe nº 6).

Ocorre que o impetrante comprovou, por meio de informações prestadas pelo Ipsemg, que, embora tenham sido nomeados os 6 primeiros aprovados (JPe nº 7), 2 deles desistiram de tomar posse (JPe nº 8, nº 9 e nº 10), razão pela qual as desistências alcançaram a classificação do impetrante.

Desse modo, o impetrante comprovou a necessidade do serviço público, bem como a existência de vaga.

Portanto, considerando as particularidades do caso em comento, acompanho a divergência feita pelo e. Des. Gilson Soares Lemes.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES EDGARD PENNA AMORIM, MOREIRA DINIZ, WANDERLEY PAIVA, MOACYR LOBATO, ALEXANDRE SANTIAGO e WANDER MAROTTA.

*Súmula* - CONCEDERAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

• • •



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

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

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

- Hipótese na qual a segurança deve ser concedida para que seja declarada nula a decisão administrativa que cassou a aposentadoria do impetrante.

- Havendo ocorrido a contribuição para a aposentadoria, a retribuição que se espera que o Estado de Minas Gerais faça é pagar-lhe a aposentadoria, sem prejuízo de apurar sua conduta na esfera criminal.

V.v. Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Cassação de aposentadoria. Ofensa a direito adquirido. Não ocorrência.

- Tratando-se de conduta ilícita praticada pelo servidor público ainda em atividade, é perfeitamente aplicável a pena de cassação de aposentadoria, não se tratando de violação a direito adquirido.

- As normas insertas nos arts. 154, inciso VI, e 160, inciso I, da Lei nº 5.406/69, que contém a Lei Orgânica da Polícia Civil, preveem a aplicação da pena de cassação da aposentadoria na hipótese em que ficar comprovado que o servidor inativo praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada pena de demissão.

- Conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, a pena de cassação de aposentadoria pode ser aplicada mesmo se a falta grave do servidor for cometida após a implementação dos requisitos para aposentadoria.

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº 1.0000.17.071766-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: J.M.F.M.- Impetrado: Governador do Estado de Minas Gerais - Interessado: Estado de Minas Gerais - 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, por maioria, em CONCEDER A SEGURANÇA.

Belo Horizonte, 23 de julho de 2018. - *Estevão Lucchesi* - Relator. - *Alberto Vilas Boas* - Relator para o acórdão.

## Notas taquigráficas

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por J.M.F.M., contra ato do Governador do Estado de Minas Gerais.

Em sua inicial, o impetrante informa que teve sua aposentadoria cassada administrativamente por ato do Governador, expedido no dia 5 de maio de 2017, em decorrência de processo administrativo disciplinar.

Teceu argumentação quanto à impossibilidade de cassação de aposentadoria, porquanto contribuiu para a previdência durante toda a sua carreira no serviço público, por mais de 30 (trinta) anos. Assevera que a cassação da aposentadoria do servidor fere o preceito da isonomia, pois o empregado demitido por justa causa não fica impedido de se aposentar no Regime Geral. Alega que a decisão impugnada fere o direito adquirido, pois já havia preenchido os requisitos e gozava da aposentadoria. Afirma que o ato impetrado constitui enriquecimento ilícito da Administração, porquanto contribuiu para o erário durante décadas, sendo a aposentadoria benefício de caráter social e assistencial.

Busca, assim:

- a) a concessão da medida liminar para determinar à entidade coatora para incluir o impetrante na relação dos servidores inativos e imediato pagamento de seus benefícios advindos da aposentadoria;
- b) seja intimada a autoridade coatora, nos moldes da lei, para prestar informações e, querendo, oferecer defesa, sob pena de confissão e revelia;
- c) seja intimado o membro do Ministério Público;
- d) seja concedida a segurança, declarando nula e/ou anulada a decisão que cassou a aposentadoria e respectivos vencimentos com a inclusão do nome do impetrante na relação de servidores estaduais aposentados com a consequente manutenção e pagamentos dos vencimentos dele advindos;
- e) seja condenada a impetrada ao pagamento dos vencimentos da aposentadoria referentes aos meses de junho/2017, julho/2017 e agosto/2017, bem como todos os que vencerem após o mês de agosto/2017, até a concessão da liminar e respectivo cumprimento dos pagamentos pela Administração Pública;
- f) seja confirmada a liminar concedida;
- g) seja concedido o benefício de assistência judiciária gratuita, em face da situação econômica o impetrante.

A tutela de urgência foi indeferida (decisão de ordem 17).

Em suas informações, a autoridade reputada coatora defendeu a ausência de direito líquido e certo. Sustenta que a pena de cassação de aposentadoria está prevista em lei. Afirma que o impetrante não apontou qualquer irregularidade no processo administrativo. Assevera que a constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Bate-se pela ausência de enriquecimento ilícito da Administração, porquanto as contribuições previdenciárias vertidas pelo servidor não podem ser remanejadas para outras áreas. Busca, assim, a denegação da ordem.

Parecer da Procuradoria de Justiça, opinando pela denegação da segurança.

É o relatório.

Conforme dicção do inciso LXIX do art. 5º da CF/88:

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; [...].

A seu turno, Hely Lopes Meirelles, em clássica obra, define o mandado de segurança como sendo:

[...] o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21).

No caso em comento, da leitura criteriosa dos autos, pode-se concluir que não assiste razão ao impetrante.

Cuida o ato da autoridade coatora de cassação de aposentadoria de servidor público, integrante dos quadros da Polícia Civil de Minas Gerais, precedido de processo administrativo, em decorrência de falta grave cometida pelo servidor no exercício da função pública.

Com efeito, não se está em discussão qualquer vício na condução do processo administrativo disciplinar, vale dizer, o impetrante não defende a ocorrência de violação ao devido processo legal, bem como aos preceitos do contraditório e da ampla defesa em âmbito administrativo.

O cerne da questão é se persiste em nosso ordenamento a juridicidade da pena de cassação de aposentadoria.

Pois bem.

A aplicação da pena de cassação da aposentadoria, na hipótese em que ficar comprovado que o servidor inativo praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada pena de demissão, está prevista nos arts. 154, inciso VI, e 160, inciso I, da Lei nº 5.406/69, que contém a Lei Orgânica da Polícia Civil, *verbis*:

Art. 154 - São penas disciplinares:

I - repreensão;

II - suspensão;

III - multa;

IV - demissão;

V - demissão a bem do serviço público; e

VI - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

[...]

Art. 160 - Será aplicada a pena de cassação de aposentadoria ou disponibilidade se ficar provado que o servidor policial inativo:

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

II - aceitou ilegalmente cargo ou função pública;

III - aceitou representação de Estado estrangeiro, sem prévia autorização do Presidente da República; e

IV - praticou, quando convocado para o exercício efetivo de funções policiais, nos termos legais e regulamentares, quaisquer transgressões puníveis com demissão a bem do serviço público.

No caso dos autos, o impetrado respondeu à ação penal que culminou em sua condenação como incurso nas sanções do art. 158, § 1º, do Código Penal, às penas de: 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, condenação essa mantida por este egrégio Tribunal, em acórdão assim ementado:

Apelação criminal. Crime contra o patrimônio. Extorsão (art. 158, § 1º do Código Penal). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas pelos elementos dos autos. Desclassificação para a modalidade tentada. Inadmissibilidade. Delito formal. Perda do cargo. Possibilidade. Cassação da aposentadoria. Inviabilidade. Recurso provido parcialmente. Estando devidamente comprovadas nos autos a autoria e materialidade delitivas, patente a condenação do acusado pela prática do crime previsto no *caput* do art. 158 do Código Penal. A desinteressada palavra da vítima em crimes contra o patrimônio, que, geralmente, acontece às ocultas, é de suma valia para a apuração dos fatos, mormente quando se mostra serena, coerente, segura e afinada com as demais provas do processo. A simples negativa de autoria, desprovida de qualquer elemento de cognição, não gera dúvida apta a ensejar a absolvição. Para a consumação do crime de extorsão, não se faz necessária a obtenção da vantagem ilícita pelo agente, a qual constitui pós-fato impunível, um mero exaurimento do delito, consoante dispõe a Súmula 96 do STJ. Encontra-se em conformidade com a lei a condenação à perda do cargo público exercido pelo denunciado, pois atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos para a aplicação do art. 92, inciso I, alínea *a*, do Código Penal. Não se mostra possível aplicar pena de cassação de aposentadoria para servidor público que a adquiriu, no curso da ação penal, sem prejuízo de análise da questão em sede administrativa (TJMG - Apelação Criminal 1.0086.14.002942-1/001, Rel. Des. Wanderley Pais, 1ª Câmara Criminal, j. em 13/9/2016, p. em 23/9/2016).

A tese do impetrante é de que o ato administrativo violaria seu direito adquirido e seria uma afronta ao preceito constitucional da isonomia, bem como constituiria um enriquecimento ilícito da Administração Pública.

Restou evidenciado que o servidor impetrante, quando exercia o cargo de investigador de polícia, cometeu falta grave (crime de extorsão) cuja penalidade prevista na Lei Orgânica da Polícia Civil é a demissão dos quadros da Administração, vejamos:

Art. 159 - Será aplicada a pena de demissão a bem do serviço público ao servidor policial que:

I - for dado à incontinência pública e escandalosa, ao vício de jogos proibidos, à embriaguez habitual, bem como ao uso de substâncias entorpecentes que determine dependência física ou psíquica;

II - praticar crime contra a boa ordem, a Administração Pública e a Fazenda Estadual, ou previstos nas leis relativas à segurança e à defesa nacional;

III - revelar segredos de que tenha conhecimento em razão do cargo, desde que o faça dolosamente e com prejuízo para o Estado ou particulares;

IV - praticar insubordinação grave;

V - praticar, em serviço ou em decorrência deste, ofensas físicas contra funcionários ou particulares, salvo em legítima defesa;

VI - lesar os cofres públicos ou dilapidar o patrimônio do Estado;

VII - receber ou solicitar propinas, comissões, presentes ou vantagens de qualquer espécie, direta ou indiretamente, em razão de cumprimento de missão policial;

VIII - pedir, por empréstimo, dinheiro ou quaisquer valores a pessoas que tratem de interesse ou os tenham na repartição do servidor, ou estejam sujeitos à sua fiscalização;

IX - praticar qualquer crime que, pela sua natureza e configuração, seja considerado infamante, de modo a incompatibilizar o servidor para o exercício da função policial;

X - exercer advocacia administrativa;

XI - for contumaz na prática de transgressões disciplinares;

XII - praticar a usura em qualquer de suas formas;

XIII - incitar greves ou a elas aderir, ou praticar atos de sabotagem contra o regime ou o serviço público; e

XIV - apresentar, com dolo, declaração falsa em matéria de abono familiar ou de outro qualquer benefício, sem prejuízo da responsabilidade civil e do procedimento criminal, que no caso couber.

A constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, bem como a ausência de ofensa a direito adquirido, não são matérias novas e já foram reconhecidas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e reiteradas em diversas oportunidades pelo guardião do texto constitucional, vejamos:

Agravo regimental. Suspensão de tutela antecipada. Servidor público estadual. Cassação de aposentadoria. Constitucionalidade. Decisão agravada que deferiu a suspensão de tutela antecipada. Agravo regimental improvido. - A natureza excepcional da contra cautela permite tão somente juízo mínimo de delibação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Controvérsia sobre matéria constitucional evidenciada e risco de lesão à ordem e à economia públicas verificado. - O Plenário Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da cassação da aposentadoria, inobstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. Precedentes: MS 21.948/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, MS 23.299/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e MS 23.219-AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau. - Impõe-se a suspensão das decisões como forma de evitar o efeito multiplicador, que se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando ao mesmo escopo. Precedentes. - Agravo regimental a que se nega provimento (STA 729 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, j. em 28/5/2015, processo eletrônico DJe-121, divulg 22/6/2015, public 23/6/2015).

Mandado de segurança. Demissão. Procurador autárquico. - Alegação de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 127 da Lei nº 8.112/1990, ao estabelecerem entre as penalidades disciplinares a

demissão e a cassação de aposentadoria ou disponibilidade. Sua improcedência. A ruptura do vínculo funcional e prevista no art. 41, par. 1 da Constituição. Houve, no caso, processo administrativo, em que assegurada ao impetrante ampla defesa. A demissão decretou-se por valer-se o impetrante do cargo, em detrimento da dignidade da função pública e desídia. Lei nº 8.112/1990, art. 117, incisos IX e XI. - Não cabe, em mandado de segurança, penetrar na intimidade das provas e fatos de que resultou o processo disciplinar. - Não pode prosperar, aqui, contra a demissão, a alegação de possuir o servidor mais de trinta e sete anos de serviço público. A demissão, no caso, decorre da apuração de ilícito disciplinar perpetrado pelo funcionário público, no exercício de suas funções. Não é, em consequência, invocável o fato de já possuir tempo de serviço público suficiente à aposentadoria. A lei prevê, inclusive, a pena de cassação da aposentadoria, aplicável ao servidor já inativo, se resultar apurado que praticou ilícito disciplinar grave, em atividade. - Autonomia das instâncias disciplinar e penal. - Mandado de segurança indeferido (MS 21.948, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, j em 29/9/1994, *DJ* de 7/12/1995 pp-42640 ement vol-01812-01 pp-00091).

Agravo regimental. Mandado de segurança. Administrativo. Infração disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Art. 142, I e § 2º, da Lei nº 8.112/90. Instauração de processo administrativo após a inatividade. Possibilidade. Competência disciplinar. Presidente da República. Cassação de aposentadoria. Aplicabilidade. Infrações praticadas de forma culposa. Dilação probatória. Impossibilidade. - O direito da Administração Pública Federal de punir seus servidores prescreve em cinco anos quanto às infrações passíveis de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, contados a partir da data em que o fato se tornou conhecido (art. 142, I e § 2º, da Lei nº 8.112/90). - O fato de o servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedente (MS nº 21.948, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* 07.12.95). - O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente (MS nº 20.882, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23/9/1994). - Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedente [MS nº 23.299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12/4/2002]. - A alegação de que os atos administrativos teriam sido praticados de forma culposa reclama dilação probatória incompatível com o mandado de segurança. - Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 23.219 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 30/6/2005, *DJ* de 19/8/2005 pp-00004 ement vol-02201-1 pp-00111 LEXSTF v. 27, nº 321, 2005, p. 169-173 RTJ vol-00195-01 pp-00038 RNDJ v. 6, nº 72, 2005, p. 55-57).

Em igual sentido, já decidiram o Superior Tribunal de Justiça e o Órgão Especial deste egrégio Sodalício, vejamos:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Cassação de aposentadoria. Ofensa a direito adquirido. Não ocorrência. Prescrição afastada. Inexistência de vícios formais. Desproporcionalidade não configurada. Autoria e materialidade da conduta comprovadas. Segurança denegada. - Desde que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade, é plenamente aplicável a pena de cassação de aposentadoria, não se podendo falar em ato jurídico perfeito, tampouco em ofensa a direito adquirido. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. - O anterior arquivamento equivocado de sindicância, procedimento de natureza inquisitorial destinada à apuração preliminar de eventual ilícito funcional, não impede a instauração de Processo Administrativo Disciplinar versando sobre os mesmos fatos, desde que respeitado o prazo de prescrição. - O excesso de prazo para conclusão do processo administrativo disciplinar só pode ser causa de nulidade se demonstrado prejuízo à defesa. Precedentes. - 'Não há falar em prescrição da pretensão punitiva estatal se observado o prazo prescricional de cinco anos entre a ciência dos fatos pela autoridade competente



e a instauração do processo disciplinar, bem como entre os 140 (cento e quarenta) dias da aludida instauração e a aplicação da penalidade disciplinar' (MS 13.958/DF, Rel.<sup>a</sup> Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, j. em 22/6/2011, *DJe* de 1º/8/2011). - Admite-se a intimação do acusado por edital, desde que esgotados os meios de intimação pessoal, com a consequente nomeação de defensor dativo. Convalidação do ato pelo posterior comparecimento espontâneo do acusado, constituindo advogados para sua defesa. - Autoria e materialidade da conduta comprovadas, em perfeita subsunção dos fatos às normas proibitivas (arts. 43, XLVIII, da Lei 4.878/65 - 'prevalecer-se, abusivamente, da condição de funcionário policial' - e 132, IV, da Lei 8.112/90 - 'improbidade administrativa'), aplicando-se a pena prevista para a hipótese, sem chance de discricionariedade. - Em mandado de segurança sendo a prova pré-constituída, não se admite dilação probatória. - Segurança denegada. Agravo regimental prejudicado (STJ - MS 19.572/DF, Rel.<sup>a</sup> Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, j. em 11/12/2013, *DJe* de 17/12/2013).

Mandado de segurança. Governador do Estado. Ilegitimidade passiva. Inadequação típica. Cassação da aposentadoria. Policial civil. Sanção prevista em lei. Processo administrativo disciplinar. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Aplicação da penalidade. Razoabilidade e proporcionalidade. Ausência de direito adquirido. Segurança denegada. - O Governador do Estado é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado contra ato administrativo consubstanciado na aplicação da pena de cassação da aposentadoria de servidor público estadual. - Não há falar-se em ausência de interesse processual, por inadequação típica da ação mandamental, quando a solução da lide prescinde de dilação probatória. - As normas insertas nos artigos 154, inciso VI, e 160, inciso I, da Lei nº 5.406/69, que contém a Lei Orgânica da Polícia Civil, preveem a aplicação da pena de cassação da aposentadoria na hipótese em que ficar comprovado que o servidor inativo praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada pena de demissão. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da possibilidade de aplicação da sanção de cassação da aposentadoria, mesmo nas hipóteses em que a falta é cometida pelo servidor em momento posterior à implementação dos requisitos necessários à aquisição do direito à aposentadoria. - Vislumbra-se a legitimidade do ato administrativo que cassou a aposentadoria concedida ao impetrante, seja porque fora praticado após instauração e trâmite de regular procedimento administrativo, no âmbito do qual lhe foram assegurados o exercício da ampla defesa e do contraditório; seja em razão da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da pena, tendo em vista a gravidade das condutas imputadas ao servidor. - Não há falar-se em ofensa a direito adquirido à aposentadoria, quando a falta tenha sido cometida pelo servidor ainda na atividade, notadamente no presente caso, em que as infrações disciplinares foram praticadas e o processo administrativo disciplinar instaurado antes do afastamento do servidor em razão da constatação de sua incapacidade laborativa (TJMG - Mandado de Segurança 1.0000.13.071120-3/000, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, Órgão Especial, j. em 16/6/2014, p. em 18/6/2014).

Diante desses elementos, não vislumbro ilegalidade no ato administrativo em apreço, porquanto a penalidade foi aplicada após instauração e trâmite de regular procedimento administrativo, no âmbito do qual foram assegurados ao servidor o exercício da ampla defesa e do contraditório, cuja regularidade nem sequer foi infirmada pelo impetrante em suas razões iniciais.

Ademais, como visto, a penalidade foi aplicada dentro dos preceitos da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista a gravidade das condutas imputadas ao servidor, condenado criminalmente pelo crime de extorsão.

Outrossim, não há falar-se em ofensa a direito adquirido. Consoante entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, já citado anteriormente, a punição do servidor com a cassação de sua aposentadoria é possível, ainda que a falta tenha sido cometida quando já implementados os requisitos necessários à aquisição do direito à aposentação.



Doutro norte, no caso em apreço, as infrações disciplinares foram praticadas e o processo administrativo disciplinar instaurado antes do afastamento do impetrante em razão da aposentadoria.

A tese do impetrante de que o ato da autoridade coatora feriria o preceito da isonomia não merece prosperar. A bem da verdade, feriria a isonomia se penalidade alguma pudesse ser aplicada ao servidor público que praticou falta grave no exercício de sua função, pelo simples fato de a aposentadoria ter se implementado no decorrer do processo administrativo disciplinar.

Ora, qualquer servidor público que houvesse praticado, no exercício da função, a mesma falta grave imputada ao impetrante - e comprovada no âmbito administrativo e criminal -, teria sofrido a pena de demissão a bem do serviço público, conforme previsto na lei de regência. Vale dizer, se, hipoteticamente, o impetrante não tivesse se aposentado no curso do processo administrativo, ter-lhe-ia sido aplicada a pena de demissão.

Diante deste contexto, a cassação de aposentadoria é uma medida não só de justiça e isonomia, mas que atende ao preceito da primazia do interesse público.

Por fim, não há que se cogitar enriquecimento ilícito da Administração Pública. As contribuições previdenciárias vertidas pelo impetrante, ao longo de sua carreira na Polícia Civil do Estado de Minas Gerais, não poderão ser revertidas em favor da Administração para outra destinação.

Com efeito, a contribuição previdenciária cuida de verba com destinação específica, de forma que a Administração Pública não pode dispor do montante pago pelo servidor para finalidade outra que não o pagamento dos benefícios previdenciários previstos em lei, é o que se extrai do disposto no art. 35 da LC 64/2002, que institui o Regime Próprio de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais, *verbis*:

Art. 35 - Os recursos provenientes das contribuições dos segurados serão utilizados exclusivamente para o pagamento de benefícios previdenciários, ressalvada taxa de administração estabelecida em lei.

Dessarte, por qualquer ângulo que se analise a questão controvertida, não há nos autos elemento algum a amparar o alegado direito líquido e certo, impondo-se, via de consequência, a denegação da ordem.

Por todo o exposto, denego a segurança.

Custas, pelo impetrante.

A espécie não comporta condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

DES. ALBERTO VILAS BOAS - Esclareço, inicialmente, que esta causa é similar àquela julgada na sessão de 14/3/2018, na qual este Órgão Especial, em acórdão da relatoria do Des. Dárcio Lopardi Mendes, reconheceu a incompatibilidade da pena de cassação da aposentadoria com o regime contributivo aplicável ao servidor público (MS nº 1.0000.16.064723-6/000).

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

Nesse particular, a pretensão do autor fundamenta-se no fato de que a instituição, a partir da EC nº 20/98, da contribuição obrigatória ao regime de previdência para fins de aposentadoria faria com que a cassação da

aposentadoria não mais fosse possível na medida em que o servidor contribuiu para o custeio e pagamento deste benefício após seu afastamento definitivo do serviço público.

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

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

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

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

[...] - O fato de o servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedente (MS nº 21.948, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 7/12/95). - O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente MS nº 20.882, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23/9/94]. - Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedente (MS nº 23.299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12/4/2002).

No âmbito deste acórdão, tal qual naquele mencionado na ementa, o Tribunal não enfrentou a questão com a profundidade devida, sendo certo que o relator limitou-se a reproduzir o julgado relativo ao MS nº 23.299, sem examinar as mudanças operadas a partir da EC nº 20/98 no que concerne ao regime contributivo da aposentadoria.

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

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

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

Por certo, é preciso considerar que esta modalidade de sanção administrativa sempre existiu no ordenamento jurídico dos Estados-membros - ao menos, é da tradição do Estado de Minas Gerais, como se vê

do art. 257 da Lei estadual nº 869/52 - e inclusive é prevista no contexto do regime jurídico dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/90, art. 134).

A razão dessa previsão normativa talvez esteja vinculada ao fato de que nunca existiu, até a entrada em vigor da EC nº 20/98, regra constitucional a estabelecer o regime contributivo para as aposentadorias no serviço público. Daí, ter razão Maria Sylvia Zanella di Pietro ao asseverar que

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

Mas essa realidade tornou-se distinta a partir da promulgação da EC nº 41/2003, porquanto a contribuição previdenciária recolhida pelo Estado se destina ao custeio da aposentadoria e é feita de forma compulsória. Não se deve esquecer que a contributividade foi imposta aos servidores federais a partir da EC nº 3/93 e facultada, por meio da EC nº 20/98 aos servidores estaduais e municipais.

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

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

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

Sobre o tema, é preciso destacar a doutrina da Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando enfatiza que:

Antes da instituição do Regime Próprio do Servidor, a aposentadoria era um direito decorrente do exercício do cargo, financiado inteiramente pelos cofres públicos, sem contribuição do servidor, da mesma forma que outros direitos previstos na legislação constitucional e estatutária, como a estabilidade, a remuneração, as vantagens pecuniárias, as férias remuneradas. Note-se que a pensão, ao contrário dos outros direitos ligados ao cargo, já tinha natureza previdenciária contributiva, desde longa data.

Ocorre que houve declarada intenção do governo de aproximar o regime de aposentadoria do servidor público e o do empregado do setor privado. Tanto assim que o art. 40, parágrafo 12, da Constituição manda aplicar ao Regime Próprio, no que couber, os 'requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social'.

Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse 'comprando' o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que

o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.

Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, se a demissão não pode ter o condão de impedir o servidor de usufruir o benefício previdenciário para o qual contribuiu nos termos da lei (da mesma forma que ocorre com os vinculados ao Regime Geral), por força de consequência, também não pode subsistir a pena de cassação de aposentadoria, que substitui, para o servidor inativo, a pena de demissão.

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

Não se pode invocar, para afastar essa conclusão, o caráter solidário do regime previdenciário. Não há dúvida de que a solidariedade é uma das características da previdência social, quando comparada com a previdência privada. Podemos apontar as seguintes características do seguro social e que o distinguem do seguro privado: a) obrigatoriedade, pois protege as pessoas independentemente de sua concordância, assegurando benefícios irrenunciáveis; b) pluralidade das fontes de receita, tendo em vista a impossibilidade dos segurados manterem, por si, o sistema e cobrirem todos os benefícios; daí a ideia de solidariedade, que dá fundamento à participação de terceiros que não os beneficiários no custeio do sistema; c) desproporção entre a contribuição e o benefício, exatamente como decorrência da pluralidade das fontes de receita; d) ausência de lucro, já que é organizada pelo Estado.

O fato de ser a solidariedade uma das características do seguro social não significa que os beneficiários não tenham direito de receber o benefício. Eu diria que a solidariedade até reforça o direito, porque ela foi idealizada exatamente para garantir o direito dos segurados ao benefício. De outro modo, não haveria recursos suficientes para manter os benefícios da previdência social. A solidariedade significa que pessoas que não vão usufruir do benefício contribuem para a formação dos recursos necessários à manutenção do sistema de previdência social; é o caso dos inativos e pensionistas e também dos servidores que não possuem dependentes, mas têm que contribuir necessariamente para a manutenção do benefício; são as hipóteses em que à contribuição não corresponde qualquer benefício. Mas para os servidores assegurados, à contribuição tem necessariamente que corresponder um benefício, desde que preenchidos os requisitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional. A regra da solidariedade convive (e não exclui) o direito individual ao benefício para o qual o servidor contribuiu.

A solidariedade não afasta o direito individual dos beneficiários, já que o art. 40 da Constituição define critérios para cálculo dos benefícios, a saber, dos proventos de aposentadoria e da pensão, nos parágrafos 1º, 2º e 3º. Não há dúvida de que a contribuição do servidor, quando somada aos demais requisitos constitucionais, dá direito ao recebimento dos benefícios.

Por isso, é que em regime previdenciário próprio, no qual a solidariedade e a contributividade são as diretrizes essenciais, o fato de o servidor ter cometido um ilícito administrativo e haver conseguido se aposentar não pode gerar a perda da aposentadoria, na medida em que a contribuição tem como consequência a obrigação do Poder Público de prover os meios pecuniários indispensáveis à sobrevivência do servidor.

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

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

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

Da mesma forma, entendo não existir vício material no diploma impugnado.

Com efeito, diversamente do sustentado pelo recorrente, não se trata de um benefício gratuito concedido aos dependentes do policial militar, porém, de uma contraprestação às contribuições previdenciárias por ele pagas durante o período efetivamente trabalhado.

Dessa forma, sua exclusão da corporação não pode repercutir nos benefícios previdenciários para os quais efetivamente contribuiu.

Entender de forma diversa seria placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação em troca.

Percebe-se, portanto, que, quer quanto à pensão por morte, quer quanto à aposentadoria, o critério interpretativo deve ser o mesmo, na medida em que, se existir prova da contribuição do servidor para a obtenção futura de um determinado benefício previdenciário, a cassação da aposentadoria ou a exclusão da corporação militar, como no caso paradigma, constituiriam forma de o Estado enriquecer-se após anos e anos de contínua contribuição.

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

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

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

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

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

E, por fim, na espécie em exame, o impetrante é servidor do Estado de Minas Gerais por mais de 30 anos e por 20 anos atuou como servidor da Polícia Civil, sendo certo que foi aposentado por invalidez, com proventos proporcionais.

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

Fundado nessas razões, concedo a segurança requerida na inicial.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Coerente com o que decidi quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.16.064723-6/000, peço vênia ao douto Relator para acompanhar a divergência e conceder a segurança.

DES. KILDARE CARVALHO - Peço vênia ao eminente Desembargador Estevão Lucchesi para acompanhar a divergência inaugurada pelo ilustre Des. Dárcio Lopardi, a quem já acompanhei, em caso similar, no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.16.064723-6/000.

DES.<sup>a</sup> MÁRCIA MILANEZ - De acordo com a divergência instaurada, para conceder parcialmente a segurança.

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Pedi vista para melhor examinar a matéria posta no *mandamus*. Após percuciente estudo e coerente com os votos anteriores por mim proferidos, cheguei à mesma conclusão à qual chego o em. Des. Dárcio Lopardi Mendes.

Acontece que, a partir da Emenda constitucional nº 20, a Previdência Social passou a atender o contributivo, deixando de lado o caráter premial de antanho.

Se se cassar a aposentadoria do impetrante, que implementou no tempo as suas contribuições, como pena por infração disciplinar no exercício da função pública que exercia, estar-se-ia varrendo do ordenamento jurídico nacional o princípio da segurança jurídica e do não enriquecimento sem causa, no caso, pelo Estado de Minas Gerais, que arrecadou as contribuições do impetrante,

Pelo visto, a lei utilizada para a cassação da aposentadoria, em face da Emenda Constitucional nº 20, não foi recepcionada a dar guarida ao ato administrativo injusto - cassação da aposentadoria.

Com referência aos valores de aposentadoria anteriores à impetração, entendo que deverá o impetrante utilizar-se da competente ação ordinária de cobrança.

Finalmente, peço vênia ao Des. Dárcio Lopardi Mendes para incorporar ao meu voto, como fundamentos, todos aqueles que S.Exa. trouxe em substancioso e justo voto.

Também concedo a segurança para anular o ato administrativo de cassação da aposentadoria do impetrante; data vênua do em. Des. Relator.

DES. AUDEBERT DELAGE - Com a devida vênua, acompanho a divergência instaurada pelo Des. Alberto Vilas Boas, coerente com o posicionamento adotado por mim no julgamento do processo nº 1.0000.16.064723-6/000, citado em seu voto.

DES. PAULO CÉZAR DIAS - Com a devida vênua do culto Relator, acompanho a divergência nos termos do voto proferido pelo em. Des. Dárcio Lopardi Mendes.

DES. ARMANDO FREIRE - Peço vênua ao culto Relator para divergir, reportando-me ao precedente no julgamento do MS nº 1.0000.16.064723-6/000, oportunidade em que assumi entendimento que se ajusta aos fundamentos e razões de decidir contidos nos votos divergentes de agora, notadamente os votos dos eminentes Des. Dárcio L. Mendes e Des. Alberto V. Boas.

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - O douto Relator está denegando a segurança.

Peço respeitosa vênua ao ilustre colega para dissentir de seu posicionamento.

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 de autoridade pública, ou agente de pessoa jurídica, no exercício de atribuições do poder público, nos termos do art. 5º, LXIX, da CF/88.

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.

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 do mandado de segurança somente é possível, nos termos do texto constitucional, para proteger direito líquido e certo, sendo que, ausente um destes requisitos, não caberá a concessão da segurança.

Nesse sentido, explícita a lição de Hely Lopes Meirelles (*Mandado de segurança*, 26. ed., Editora Malheiros, p. 36-37):

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

E, mais adiante, ensina que:

As provas tendentes a demonstrar a liquidez e certeza do direito podem ser de todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial, salvo no caso de documento em poder do impetrado (art. 6º, parágrafo único) ou superveniente às informações.



Assim, a existência de direito líquido e certo é condição para a ação constitucional. Nesse sentido, escreve Humberto Theodoro Junior (*Curso de direito processual civil*, 36. ed, Ed. Forense, v. III, p. 512):

Quando a Constituição endereça o mandado de segurança à defesa do direito líquido e certo, 'está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano'.

O que importa não é a maior ou menor complexidade da tese jurídica, mas a prova pré-constituída (documental) do seu suporte fático. Se a demonstração do direito do impetrante estiver na dependência de investigação probatória, ainda a ser feita em juízo, o caso não é de mandado de segurança. Terá que ser resolvido pelas vias ordinárias. O procedimento do *mandamus* é sumário e não contém fase para a coleta de outras provas que não as documentais, imediatamente exibíveis. Enfim, 'o que se exige é prova pré-constituída das situações e fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante'.

No caso em apreço, o impetrante informa que teve sua aposentadoria cassada administrativamente por ato do Governador, expedido no dia 5 de maio de 2017, em decorrência de processo administrativo disciplinar.

Como consta do voto condutor, o impetrante respondeu à ação penal que culminou em sua condenação como incurso nas sanções do art. 158, § 1º, do Código Penal, às penas de: 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, condenação essa mantida por este egrégio Tribunal.

Confira-se o julgado:

Apelação criminal. Crime contra o patrimônio. Extorsão (art. 158, § 1º, do Código Penal). Sentença condenatória. Recurso da defesa. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade devidamente comprovadas pelos elementos dos autos. Desclassificação para a modalidade tentada. Inadmissibilidade. Delito formal. Perda do cargo. Possibilidade. Cassação da aposentadoria. Inviabilidade. Recurso provido parcialmente. Estando devidamente comprovadas nos autos a autoria e materialidade delitivas, patente a condenação do acusado pela prática do crime previsto no *caput* do art. 158 do Código Penal. A desinteressada palavra da vítima em crimes contra o patrimônio que, geralmente, acontece às ocultas é de suma valia para a apuração dos fatos, mormente quando se mostra serena, coerente, segura e afinada com as demais provas do processo. A simples negativa de autoria, desprovida de qualquer elemento de cognição, não gera dúvida apta a ensejar a absolvição. Para a consumação do crime de extorsão, não se faz necessária a obtenção da vantagem ilícita pelo agente, a qual constitui pós-fato impunível, um mero exaurimento do delito, consoante dispõe a Súmula 96 do STJ. Encontra-se em conformidade com a lei a condenação à perda do cargo público exercido pelo denunciado, pois atendidos os pressupostos objetivos e subjetivos para a aplicação do art. 92, inciso I, alínea *a*, do Código Penal. Não se mostra possível aplicar pena de cassação de aposentadoria para servidor público que adquiriu no curso da ação penal, sem prejuízo de análise da questão em sede administrativa (TJMG - Apelação Criminal 1.0086.14.002942-1/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, j. em 13/9/2016, p. em 23/9/2016).

De acordo com os autos, o servidor impetrante, quando exercia o cargo de investigador de polícia, cometeu falta grave (crime de extorsão) cuja penalidade prevista na Lei Orgânica da Polícia Civil é a demissão dos quadros da administração,

De ressaltar que a concessão de benefício previdenciário só é possível porque houve, anteriormente, o pagamento de contribuições previdenciárias regulares pelo segurado, uma vez que o sistema previdenciário do servidor público possui caráter contributivo.

Em outros termos, a Previdência Social brasileira baseia-se em sistema contributivo, contraprestativo, no qual os segurados, mediante o pagamento de contribuições pecuniárias e o preenchimento de certos requisitos temporais ou de saúde, dentre outros específicos, adquirem o direito ao recebimento do benefício previsto.

Com efeito, com a promulgação da EC nº 20/98, o constituinte inseriu preceito transformando o tempo de serviço em tempo de contribuição, mudando, assim, o conceito de aposentadoria “premiada” para aposentadoria “contributiva”, o que leva ao questionamento da recepção da norma que prevê a cassação de aposentadoria como penalidade disciplinar (Lei 5.406/69) pela norma constitucional vigente na esfera previdenciária, no âmbito federal, estadual e municipal.

Assim, a meu juízo, desproporcional, desarrazoada e injusta a cassação da aposentadoria por invalidez como medida sancionatória decorrente de processo administrativo disciplinar, importando, verdadeira violação ao princípio da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com a instituição do regime previdenciário contributivo, surgiu a tese de que não mais é possível a aplicação dessa penalidade, tendo em vista que o servidor paga uma contribuição, que é obrigatória, para garantir o direito à aposentadoria [...] sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse ‘comprando’ o seu direito à aposentadoria; ele pago por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício. Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, se a demissão não pode ter o condão de impedir o servidor de usufruir o benefício previdenciário para o qual contribuiu nos termos da lei (da mesma forma que ocorre com os vinculados ao Regime Geral), por força de consequência, também não pode subsistir a pena de cassação de aposentadoria, que substitui, para o servidor inativo, a pena de demissão (Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário de servidores? *Revista Consultor Jurídico*, 16 de abril de 2015).

A essa conclusão também chegou o ex-Presidente deste Sodalício, Desembargador Pedro Bitencourt, em artigo publicado na *Revista do Conselho dos Tribunais de Justiça*, em setembro de 2016, denominado “Reflexões acerca da não recepção das normas legais anteriores ao advento da EC nº 20/98, que preveem sanção de cassação de aposentadoria do servidor público em sede de processo administrativo disciplinar”:

Desse modo, retirar da aposentadoria do servidor, cujo direito foi incorporado ao seu patrimônio jurídico, se me apresenta ofensivo ao princípio da segurança jurídica, notadamente ao ato jurídico perfeito.

Há que se ver também o caráter assistencial e social do referido benefício, não se podendo apenas encarar a possibilidade de sua cassação para efeitos disciplinares.

Além disso, a cassação representaria verdadeiro enriquecimento sem causa da Administração Pública, uma vez que as contribuições previdenciárias já foram pagas pelo servidor, ora impetrante, e a Administração tomará para si todas as contribuições, sem que haja a contraprestação.

Dessa forma, entendo que deve ser concedida a segurança, para que seja declarada nula a decisão que cassou a aposentadoria.

O impetrante pretende ainda seja condenada a parte impetrada aos pagamentos dos vencimentos da aposentadoria referentes aos meses de junho/2017, julho/2017 e agosto/2017, bem como todos os que vencerem após o mês de agosto/2017 até a concessão da liminar e respectivo cumprimento dos pagamentos pela Administração Pública.

Quanto aos proventos dos meses de junho/2017, julho/2017 e agosto/2017, não há como determinar seu pagamento neste *mandamus*, tendo em vista que nos termos do art. 14, § 4º, da Lei 12.016/09, o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas por decisão judicial somente serão efetuados em relação às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial, que, *in casu*, se deu em 25 de agosto de 2017.

O § 4º do art. 14 da Lei 12.016/09 preceitua que “o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”.

Os Tribunais pátrios já têm o entendimento consolidado no sentido de que o mandado de segurança é via inadequada para o recebimento de verbas pretéritas.

A Súmula 269 do egrégio STF estabelece que “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança”.

A Súmula 271 do mesmo Tribunal preceitua que “concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

Portanto, sem razão o impetrante nesse ponto.

Dessa forma, manifestei-me no julgamento do Mandado de Segurança nº 1.0000.16.064723-6/000, em que atuei como Relator.

Naquela oportunidade, votaram pela concessão da ordem os Desembargadores: Luiz Carlos Gomes da Mata, Sandra Fonseca, Wanderley Paiva, Luiz Artur Hilário, Kildare Carvalho, Márcia Milanez, Antônio Carlos Cruvinel, Wander Marotta, Belizário de Lacerda, Audebert Delage, Armando Freire, Paulo César Dias, Edison Feital Leite e Alexandre Santiago.

Em razão dos mesmos argumentos, com relação aos valores que deveriam ser pagos durante o processo, entendo que o autor faz jus ao seu recebimento.

No tocante à sistemática de correção e compensação da mora, incidentes sobre o valor devido, cumpre observar que, a partir da vigência da Lei nº 11.960/2009, em todas as condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, a correção monetária e os juros de mora incidirão uma única

vez, até o efetivo pagamento, segundo os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

Entretanto, o STF, na ADI 4.425/DF, declarou a inconstitucionalidade (por arrastamento) de parte do art. 5º da Lei 11.960/09, por entender que os índices da caderneta de poupança não corrigem a inflação, não podendo ser utilizados para correção monetária.

Em votos recentes, vinha mantendo a aplicação do artigo citado para efeitos de correção monetária, pois o Min. Luiz Fux, monocraticamente, proferiu decisão determinando que os Tribunais continuassem a adotar o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, enquanto se aguardava a decisão do Plenário do STF sobre a modulação dos efeitos da referida ADI.

Nesse sentido, inclusive, decidiu o Ministro Teori Zavascki ao julgar a Reclamação nº 16.745/SC, ajuizada contra o Superior Tribunal de Justiça, que vinha aplicando o IPCA como índice de correção enquanto pendente a decisão do STF sobre qual índice a ser utilizado.

Em 25/3/2015, finalmente, foi proferida a decisão que modulou os efeitos da ADI 4.425, sendo que, no tocante à correção monetária, ficou definido o seguinte: “fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25/3/2015, data após a qual os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E)”

Dessa feita, a correção monetária deve incidir desde a data em que o pagamento deveria ter sido feito pelo IPCA-E, nos termos da decisão do STF. Os juros de mora incidem a partir da citação, nos termos conforme art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/09 até 25/3/2015.

Pelo exposto, concedo parcialmente a segurança para determinar que seja anulado o ato que cassou a aposentadoria por invalidez do impetrante, determinando o pagamento dos benefícios desde setembro de 2017, atualizados da forma acima determinada.

Sem honorários, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/09.

DES. SALDANHA DA FONSECA - Estou acompanhando, *data venia*, a divergência, nos termos do voto do em. Desembargador Dárcio Lopardi Mendes.

DES.<sup>a</sup> SANDRA FONSECA - Peço vênias ao eminente Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo em. Des. Dárcio Lopardi por seus judiciosos fundamentos, com os acréscimos do voto do em. Des. Alexandre Santiago.

Assim, concedo a segurança.

É como voto.

DES. WANDERLEY PAIVA - Não obstante o judicioso voto proferido pelo i. Desembargador Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo i. Desembargador Dárcio Lopardi Mendes.

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - Consoante posicionamento já manifestado (processo nº 1.0000.16.064723-6/000), e a fim de cumprir o disposto no art. 926 do CPC/15 e uniformizar a jurisprudência desta Corte,

peço vênia ao eminente Desembargador Relator para acompanhar a divergência instaurada pelo Desembargador Dárcio Lopardi Mendes e conceder parcialmente a segurança.

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - No caso em comento, com a devida vênia, acompanho a divergência instaurada pelo eminente Desembargador Dárcio Lopardi Mendes por entender que a cassação da aposentadoria do servidor, cujo direito foi incorporado ao seu patrimônio jurídico, revela ofensa ao princípio da segurança jurídica, notadamente ao ato jurídico perfeito.

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

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

DES. EDGARD PENNA AMORIM - *Data venia* da divergência, acompanho o em. Relator.

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

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

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

Mandado de segurança. Servidor público. Penalidade de cassação da aposentadoria por improbidade administrativa e por aplicação irregular de dinheiros públicos. - Inexistência de nulidade do processo dirigido pela nova comissão processante, porquanto, além de não haver ofensa ao art. 169 da Lei 8.112/90, não houve prejuízo para a impetrante. - Improcedência da alegação de ocorrência de prescrição. Interpretação da fluência do prazo de prescrição na hipótese de ser interrompido o seu curso (art. 142, I e §§ 3º e 4º, da Lei 8.112/90). - Falta de demonstração da alegação vaga de cerceamento de defesa. - A alegação de que as imputações à impetrante são inconsistentes e não foram provadas, demanda reexame de elementos probatórios, o que não pode ser feito no âmbito estreito do mandado de segurança. - Inexistência do *bis in idem* pela circunstância de, pelos mesmos fatos, terem sido aplicadas a pena de multa pelo Tribunal de Contas da União e a pena de cassação da aposentadoria pela Administração. Independência das instâncias. Não aplicação ao caso da Súmula 19 desta Corte. - Improcedência da alegação de que a pena de cassação da aposentadoria é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito. - Improcedência da alegação de incompetência do Ministro de Estado da Educação e do Desporto. Mandado de segurança denegado (STF, MS nº 22.728, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, j. em 22/1/1998, DJ de 13/11/1998 pp-00005 ement vol-01931-01 pp-00150).

Cassação de aposentadoria pela prática, na atividade, de falta disciplinar punível com demissão (L. 8.112/90, art. 134): constitucionalidade, sendo irrelevante que não a preveja a Constituição e improce-

dente a alegação de ofensa do ato jurídico perfeito. Presidente da República: competência para a demissão de servidor de autarquia federal ou a cassação de sua aposentadoria. [...] (STF, MS nº 23.299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 6/3/2002, *DJ* de 12/4/2002 pp-00055 ement vol-02064-02 pp-00302; sublinhas deste voto).

Constitucional. Administrativo. Servidor público. Processo administrativo disciplinar. Cassação de aposentadoria. Cerceamento de defesa. Alegação de inconstitucionalidade da cassação de aposentadoria: impropriedade. Lei 8.112/90. - Processo administrativo disciplinar: o quadro orgânico da legalidade no que toca à apuração de faltas disciplinares dos servidores públicos, na forma da Lei 8.112/90. - Servidor público submetido a processo administrativo de forma regular, no qual lhe foi assegurado o direito de defesa. Inocorrência de cerceamento de defesa. - O Supremo Tribunal Federal assentou que não é inconstitucional a penalidade de cassação de aposentadoria: Lei 8.112/90, art. 127, IV: MS 21.948/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, 29/9/94, *DJ* de 07/12/95. - Inocorrência de violação ao princípio da proporcionalidade na aplicação da penalidade. - R.M.S. não provido (STF, RMS nº 24.557, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 2/9/2003, *DJ* de 26/9/2003 pp-00025 ement vol-02125-02 pp-00227).

Agravo regimental. Mandado de segurança. Administrativo. Infração disciplinar. Prescrição. Inocorrência. Art. 142, I e § 2º, da Lei nº 8.112/90. Instauração de processo administrativo após a inatividade. Possibilidade. Competência disciplinar. Presidente da República. Cassação de aposentadoria. Aplicabilidade. Infrações praticadas de forma culposa. Dilação probatória. Impossibilidade. - O direito da Administração Pública Federal de punir seus servidores prescreve em cinco anos quanto às infrações passíveis de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão, contados a partir da data em que o fato tornou-se conhecido (art. 142, I e § 2º, da Lei nº 8.112/90). - O fato de o servidor público ter atendido aos requisitos para a concessão de aposentadoria não impede a instauração de processo administrativo para apurar a existência de falta eventualmente praticada no exercício do cargo. Precedente (MS nº 21.948, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 7/12/95). - O Presidente da República prescinde do assentimento do Tribunal de Contas da União para exercer sua competência disciplinar. Precedente (MS nº 20.882, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23/9/94). - Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria. Precedente (MS nº 23.299, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 12/4/2002). - A alegação de que os atos administrativos teriam sido praticados de forma culposa reclama dilação probatória incompatível com o mandado de segurança. - Agravo regimental a que se nega provimento (STF, MS nº 23.219 AgR, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. em 30/6/2005, *DJ* de 19/8/2005 pp-00004 ement vol-02201-1 pp-00111 LEXSTF v. 27, nº 321, 2005, p. 169-173 RTJ vol-00195-01 pp-00038 RNDJ v. 6, nº 72, 2005, p. 55-57).

Agravo regimental. Suspensão de tutela antecipada. Servidor público estadual. Cassação de aposentadoria. Constitucionalidade. Decisão agravada que deferiu a suspensão de tutela antecipada. Agravo regimental improvido. - A natureza excepcional da contracautela permite tão somente juízo mínimo de deliberação sobre a matéria de fundo e análise do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Controvérsia sobre matéria constitucional evidenciada e risco de lesão à ordem e à economia públicas verificado. - O Plenário Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da cassação da aposentadoria, inobstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário. Precedentes: MS 21.948/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, MS 23.299/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e MS 23.219-AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau. - Impõe-se a suspensão das decisões como forma de evitar o efeito multiplicador, que se consubstancia no aforamento, nos diversos tribunais, de processos visando ao mesmo escopo. Precedentes. - Agravo regimental a que se nega provimento (STF,



STA nº 729 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (Presidente), Tribunal Pleno, j. em 28/5/2015, processo eletrônico, *DJe* divulg. 22/6/2015, public. 23/6/2015).

Na esteira do entendimento do exc. Supremo Tribunal Federal, não há falar que a pena de cassação da aposentadoria representaria violação à segurança jurídica ou ao ato jurídico perfeito, conforme se extrai do seguinte trecho tirado do voto condutor do MS nº 22.728-1/PR supracitado, *in verbis*:

Também não tem procedência a alegação de que a pena de cassação da aposentadoria, prevista no inciso IV do art. 127 da Lei 8.112/90, é inconstitucional por violar o ato jurídico perfeito a que se refere o inciso XXXVI do art. 5º da Carta Magna. Com efeito, o ato jurídico perfeito impede que se desconstitua aposentadoria pela aplicação de lei posterior a ela, mas não há que se invocar esse princípio, que se situa no âmbito do direito intertemporal, para se pretender a inconstitucionalidade de lei que, com relação às aposentadorias ocorridas posteriormente a esta, comine sua cassação pela prática, na atividade - e, portanto, anteriormente à sua concessão -, de falta punível com demissão.

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

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

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

A cassação da aposentadoria, porém, tem natureza diversa. Cuida-se de penalidade por falta gravíssima praticada pelo servidor quando ainda em atividade. Se essa falta fosse suscetível, por exemplo, de pena de demissão, o servidor não faria jus à aposentadoria, de modo que, tendo cometido a falta e obtido a aposentadoria, deve esta ser cassada. Trata-se, por conseguinte, de penalidade funcional, ainda que aplicada a servidor inativo.

Registre-se, por oportuno, que não há direito adquirido do ex-servidor ao benefício da aposentadoria, se tiver dado ensejo, enquanto em atividade, à pena de demissão. Por isso, inteiramente cabível a cassação da aposentadoria. Na verdade, até mesmo a aposentadoria compulsória de magistrado, que tem natureza punitiva, está sujeita à cassação se decisão superveniente a decretar em razão da condenação à perda do cargo. Semelhante solução tende a evitar que a aposentadoria (que - devemos lembrar - enseja remuneração) sirva como escudo para escamotear infrações gravíssimas cometidas pelo ex-servidor anteriormente, sem que se lhe aplique a necessária e justa punição.

Por tal motivo, quando o servidor passa para a inatividade, a fim de fugir à responsabilidade funcional, e posteriormente se conclui, em regular processo disciplinar, no sentido de que praticou falta gravíssima, a pena de cassação de aposentadoria apresenta-se com duplo efeito: invalida o ato de aposentadoria e traduz a aplicação de penalidade equivalente à de demissão (*Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 78).

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



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

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

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

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

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

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

Ao exposto, renovadas as vênias, na esteira do em. Relator, denego a segurança.

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Com o Relator, *data venia*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÁUREA BRASIL, MOREIRA DINIZ e EDILSON OLÍMPIO FERNANDES.

*Súmula* - CONCEDERAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

• • •

Ação direta de inconstitucionalidade - Lei municipal 1.288/2017 - Lei da "Ficha Limpa" - Município de Córrego do Bom Jesus - Alegação de vício de iniciativa - Não constatação - Critérios para nomeação de servidores para cargos comissionados na administração do município - Lei promulgada pela câmara municipal - Possibilidade - Exigência de honorabilidade para o provimento de cargos em comissão e função gratificada no âmbito do município - Observância dos princípios constitucionais da probidade e da moralidade - Alegação de que a lei municipal prevê penalidade de caráter perpétuo - Assertiva não constatada - Lei municipal faz expressa referência à Lei Complementar federal nº 64/1990, que traz os prazos em que o agente será considerado inelegível - Pedido julgado improcedente

- Para análise da matéria acerca de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, deve ser utilizada a interpretação sistemática, que trata a norma atendo-se ao fato de ser o Direito um conjunto de princípios e regras, coordenados entre si, que funcionam dentro de uma estrutura organizada, que dá unidade ao Ordenamento Jurídico.

- Este Órgão Especial já se manifestou no sentido de que não se situa no domínio da reserva do Executivo ou sob sua discricionariedade o estabelecimento de condições para o provimento de cargos públicos (TJMG - Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.14.066363-4/000, Rel. Des. Cássio Salomé, Órgão Especial, j. em 29/4/2015, p. em 22/5/2015).

- As matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo não admitem interpretação extensiva. Isso porque se trata de exceção à regra da iniciativa parlamentar. Como se pode depreender da Constituição Estadual, a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo se limita à criação de cargo e função pública e a respectiva remuneração. O colendo STF já firmou o posicionamento de que não se presume a reserva de iniciativa, que deve resultar - em face do seu caráter excepcional - de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em *numerus clausus*, as hipóteses em que essa cláusula de privatividade rege a instauração do processo de formação das leis (ADI 776). Não está reservada ao Executivo a iniciativa para o estabelecimento de condições para o provimento de cargos públicos.

- A Lei Municipal nº 1.288/2017 vedou a nomeação para qualquer cargo de provimento em comissão no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de quem tenha sido condenado pela prática das situações que configurem hipóteses de inelegibilidade, conforme art. 1º da Lei Complementar 64/1990 e suas alterações. Estabeleceu ainda o impedimento de assunção dos cargos de que trata o art. 1º, pelos agentes públicos e políticos que tiveram suas contas rejeitadas.

- A exigência de honorabilidade para o provimento de cargos públicos e ocupação de cargo comissionado está em perfeita consonância com os princípios da probidade e da moralidade administrativa. A Lei Muni-

cial nº 1.288/2017 concretizou, no âmbito do Município de Córrego do Bom Jesus, esses importantes princípios administrativos, coibindo a nomeação para cargos públicos de pessoas que sejam inelegíveis em razão de terem sido constatadas máculas em suas condutas.

- O egrégio STF já enfrentou a questão, sendo que, no julgamento da ADI 4.578, firmou o posicionamento de que a razoabilidade da expectativa de um indivíduo de ocupar um cargo público, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

- O argumento de que, em seus arts. 1º e 4º, a Lei cria pena de forma perpétua a agentes públicos e até a políticos não eleitos não merece prosperar. Isso porque a Lei impugnada faz referência à Lei Complementar federal nº 64/1990, que traz expressamente os prazos em que o agente será considerado inelegível. A própria Lei Complementar federal, que serve de base para a Lei Municipal, já traz o prazo de inelegibilidade para cada uma das ações apontadas no dispositivo. Logo, não é possível dizer que a legislação municipal traz penalidade perpétua.

Pedido julgado improcedente.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.0000.17.087502-5/000 - Comarca de Cambuí - Requerente: Eliana de Fátima Alves, Prefeita Municipal de Córrego do Bom Jesus - Requerido: Câmara Municipal de Córrego do Bom Jesus - Relator: DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES**

### Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, em JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.

Belo Horizonte, 17 de setembro de 2018. - *Dárcio Lopardi Mendes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. DÁRCIO LOPARDI MENDES - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Prefeita do Município de Córrego do Bom Jesus, contra a Lei municipal nº 1.288/2017, que versa sobre “Ficha Limpa municipal” na nomeação de servidores a cargos comissionados no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

A autora alega que o Poder Legislativo enviou o Projeto de Lei nº 010/2017, com o fim de instituir a “Ficha Limpa municipal” na nomeação de servidores a cargos comissionados no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo; que a Prefeita Municipal não sancionou o projeto que teve o veto derrubado, dessa forma, fez com que o Presidente da Câmara Municipal sancionasse a Lei Municipal nº 1.288/2017; que a presente ação se funda na interferência do Poder Legislativo, através da derrubada de veto total ao Projeto de Lei nº 010/2017, que resultou na promulgação da Lei Municipal nº 1.288/2017, a qual viola a Constituição Federal, Estadual e a própria Lei Orgânica do Município; que a norma impugnada padece de vício de iniciativa, uma vez que é competência privativa do Chefe do Poder

Executivo para a iniciativa de leis que se ocupam com a organização e funcionamento dos órgãos da Administração Pública, em razão do que se revela afronta ao que dispõe a Constituição Federal e a Lei Orgânica do Município de Córrego do Bom Jesus.

Assegura que não resta dúvida de que compete privativamente ao Chefe do Executivo a iniciativa de lei que disponha sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias e órgãos da Administração Pública.

Afirma que, em seus arts. 1º e 4º, a Lei cria pena de forma perpétua a agentes públicos e até a políticos não eleitos, diga-se, no Brasil, nem sequer existe tal penalidade, exorbitando o Poder Legislativo do limite determinado na própria Constituição Federal; que eventual enquadramento na situação abstrata proíbe para sempre que um cidadão ocupe, em Córrego do Bom Jesus, um cargo em comissão ou função gratificada (esta, via de regra, só para os concursados); que o “inacesso ao cargo público não está entre as penas da lei de improbidade”, apenas a perda do cargo, e “só pode ser aplicada tal sanção por sentença judicial com trânsito em julgado”, “e que contenha esse dispositivo em seu campo decisório”.

Requer o deferimento liminar para que haja a suspensão dos efeitos da Lei Municipal nº 1.288/2017, promulgada pelo presidente da Câmara Municipal. Ao final, pretende seja declarada a inconstitucionalidade da norma impugnada, comunicando-se a decisão aos órgãos interessados.

A Copeq - Coordenação de Pesquisa e Orientação Técnica - informou que não teria sido localizada qualquer manifestação deste Órgão Especial acerca da Constitucionalidade da Lei municipal nº 1.288/2017, questionada nesta demanda.

A Câmara Municipal apresentou informações à ordem 11.

A medida liminar foi indeferida à ordem 18.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela improcedência do pedido (ordem 26).

A Prefeita do Município de Córrego do Bom Jesus alega que o Poder Legislativo enviou o Projeto de Lei nº 010/2017, com o fim de instituir a “Ficha Limpa municipal” na nomeação de servidores a cargos comissionados no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo; que a Prefeita Municipal não sancionou o projeto; que teve o veto derrubado; que a presente ação se funda na interferência do Poder Legislativo; que a norma impugnada padece de vício de iniciativa, uma vez que é competência privativa do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que se ocupam com a organização e funcionamento dos órgãos da administração pública, em razão do que se revela afronta ao que dispõe a Constituição Federal e Lei Orgânica do Município de Córrego do Bom Jesus.

Afirma que, em seus arts. 1º e 4º, a Lei cria pena de forma perpétua a agentes públicos e até a políticos não eleitos; que no Brasil sequer existe tal penalidade, exorbitando o Poder Legislativo do limite determinado na própria Constituição Federal; que eventual enquadramento na situação abstrata proíbe para sempre que um cidadão ocupe, em Córrego do Bom Jesus, um cargo em comissão ou função gratificada (esta, via de regra, só para os concursados); que o “inacesso ao cargo público não está entre as penas da lei de improbidade”, apenas a perda do cargo, e “só pode ser aplicada tal sanção por sentença judicial com trânsito em julgado”, “e que contenha esse dispositivo em seu campo decisório”.

Não vislumbro o alegado vício de iniciativa, pois este Órgão Especial já se manifestou no sentido de que não se situa no domínio da reserva do Executivo ou sob sua discricionariedade o estabelecimento de condições para o provimento de cargos públicos.

Confira-se:

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal. Critérios para nomeação de servidores para cargos comissionados na administração do município. Lei promulgada pela Câmara. Alegação de vício de iniciativa. Atribuição privativa do executivo. Improcedência. Matéria afeta à atividade parlamentar local. Ofensa os princípios da presunção de não culpabilidade e do livre exercício do trabalho. Inocorrência. Consagração do princípio da moralidade administrativa. - Não se situa no domínio da reserva do Executivo ou sob sua discricionariedade o estabelecimento de condições para o provimento de cargos públicos. É da tradição do direito brasileiro, cláusula de reserva legal a respeito da matéria, consoante estabelece o artigo 37, I, da Constituição Federal, reproduzido no artigo 21 da Constituição do Estado. - As matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo - arroladas, na Constituição Mineira, no artigo 66, III -, não comportam interpretação extensiva, justamente por constituir exceção à regra da iniciativa parlamentar. - A exigência de honorabilidade para o provimento de cargos públicos se harmoniza com o princípio da moralidade administrativa, princípio vetor da Administração Pública. - Na compreensão do STF, o entendimento de que o princípio da presunção de inocência deve ser estendido até o julgamento definitivo do processo não é universalmente compartilhado, sendo princípio pertinente ao processo penal. O trato da coisa pública subordina-se à moralidade, probidade, honestidade e boa-fé, exigências do ordenamento jurídico que compõem um mínimo ético (TJMG - Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.14.066363-4/000, Rel. Des. Cássio Salomé, Órgão Especial, j. em 29/4/2015, p. em 22/5/2015).

Como se sabe, as matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo não admitem interpretação extensiva. Isso porque se trata de exceção à regra da iniciativa parlamentar.

Art. 66 - São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:

[...]

III - do Governador do Estado:

- a) a fixação e a modificação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar; (Alínea com redação dada pelo art. 3º da Emenda à Constituição nº 39, de 2/6/1999.)
- b) a criação de cargo e função públicos da administração direta, autárquica e fundacional e a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros da Lei de Diretrizes Orçamentárias;
- c) o regime de previdência dos militares, o regime de previdência e o regime jurídico único dos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, incluídos o provimento de cargo e a estabilidade; (Alínea com redação dada pelo art. 16 da Emenda à Constituição nº 84, de 22/12/2010.)
- d) o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado;
- e) a criação, estruturação e extinção de Secretaria de Estado, órgão autônomo e entidade da administração indireta;

- f) a organização da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, da Polícia Civil, da Polícia Militar e dos demais órgãos da Administração Pública, respeitada a competência normativa da União;
- g) os planos plurianuais;
- h) as diretrizes orçamentárias;
- i) os orçamentos anuais; [...].

Como se pode depreender da Constituição Estadual, a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo se limita à criação de cargo e função pública e a respectiva remuneração.

O colendo STF já firmou o posicionamento de que não se presume a reserva de iniciativa, que deve resultar - em face do seu caráter excepcional - de expressa previsão inscrita no próprio texto da Constituição, que define, de modo taxativo, em *numerus clausus*, as hipóteses em que essa cláusula de privatividade regerá a instauração do processo de formação das leis (ADI 776).

Assim, não está reservada ao Executivo a iniciativa para o estabelecimento de condições para o provimento de cargos públicos.

Portanto, não assiste razão à parte autora, nesse ponto.

Passo a analisar a questão relacionada ao alegado vício material.

Uma lei (ou ato normativo) poderá ser considerada materialmente inconstitucional, quando o seu conteúdo for contrário à Constituição.

Sobre o tema, pertinente transcrever trechos da doutrina do renomado doutrinador Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de direito constitucional*, 13. ed., Malheiros, São Paulo, 2003:

O controle material de constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de politicidade de que se reveste, pois incide sobre o conteúdo da norma. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais.

É controle criativo, substancialmente político. Sua caracterização se constitui no desespero dos publicistas que entendem reduzi-lo a uma feição puramente jurídica, feição inconciliável e incompatível com a natureza do objeto de que ele se ocupa, que é o conteúdo da lei mesma, conteúdo fundado sobre valores, na medida em que a Constituição faz da liberdade o seu fim e fundamento primordial.

Por esse controle, a interpretação constitucional toma amplitude desconhecida na hermenêutica clássica, fazendo assim apreensivo o ânimo de quantos suspeitam que através dessa via a vontade do Juiz constitucional se substitui à vontade do Parlamento e do Governo, gerando um superpoder, cuja consequência mais grave seria a anulação ou paralisia do princípio da separação dos poderes, com aquele Juiz julgando de *legibus* e não *secundum legem*, como acontece no controle meramente formal (p. 297-299).

Para análise da matéria acerca de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, deve ser utilizada a interpretação sistemática, que trata a norma atendo-se ao fato de ser o Direito um conjunto de princípios e regras, coordenados entre si, que funcionam dentro de uma estrutura organizada, que dá unidade ao ordenamento Jurídico.

A Lei impugnada dispõe o seguinte:

Art. 1º Fica vedada a nomeação para qualquer cargo de provimento em comissão no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de quem tenha sido condenado pela prática de situações que, descritas pela legislação eleitoral conforme artigo 1º da Lei Complementar 64/1990 e suas alterações configurem hipóteses de inelegibilidade.

Parágrafo único. A vedação prevista no caput não se aplica aos crimes culposos e aqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.

Art. 2º Antes da nomeação para cargo de provimento em comissão a pessoa indicada, obrigatoriamente, deverá apresentar declaração de que não se encontra na situação de vedação de que trata o artigo anterior.

Art. 3º Os que forem ocupar cargos de empregados de direção, chefia e assessoramento, na administração direta e indireta do Município, também devem apresentar declaração de que não incorrem nas vedações de que trata o art. 1º.

Art. 4º Ficam impedidos de assumir os cargos que tratam o art. 1º desta Lei, os agentes públicos e políticos que tiveram suas contas rejeitadas.

Art. 5º Todos os atos efetuados em desobediência às vedações previstas nesta Lei serão considerados nulos a partir da sua vigência.

Art. 6º Caberá ao poder Executivo Municipal e ao Poder Legislativo Municipal a fiscalização de seus atos em obediência a presente lei, com a possibilidade de requerer aos órgãos competentes informações e documento necessários para o cumprimento das exigências legais.

Art. 7º O Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, contados da publicação da lei, enviará para esta Casa as FAC's (Folha de Antecedentes Criminais) de todos os funcionários que trata o art. 1º desta lei, promovendo, assim, o Poder Executivo a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão, enquadrados nas vedações previstas no artigo 1º, parágrafo único. Os atos de exoneração produzirão efeitos a contas de suas respectivas publicações. (redação dada pela Emenda Modificativa 01, de 26 de junho de 2017).

Art. 8º As denúncias de descumprimento da lei deverão ser encaminhadas ao Ministério Público que ordenará as providências cabíveis na espécie.

Como se pode verificar da Lei Municipal nº 1.288/2017, restou vedada a nomeação para qualquer cargo de provimento em comissão no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de quem tenha sido condenado pela prática das situações que configurem hipóteses de inelegibilidade, conforme art. 1º da Lei Complementar 64/1990 e suas alterações. Estabeleceu ainda o impedimento de assunção dos cargos de que trata o art. 1º, pelos agentes públicos e políticos que tiveram suas contas rejeitadas.

Entendo que a exigência de honorabilidade para o provimento de cargos públicos e ocupação de cargo comissionado está em perfeita consonância com os princípios da probidade e da moralidade administrativa.



A Lei Municipal nº 1.288/2017 concretizou, no âmbito do Município de Córrego do Bom Jesus, esses importantes princípios constitucionais administrativos, coibindo a nomeação para cargos públicos de pessoas que sejam inelegíveis em razão de terem sido constatadas máculas em suas condutas.

Ora, se o cidadão, de forma comprovada, desrespeitou princípios administrativos básicos, comportando-se de modo diverso daquilo que se espera de um agente público ou político, obviamente esse cidadão deve encontrar obstáculos para a ocupação de cargo público.

O egrégio STF já enfrentou a questão, sendo que, no julgamento da ADI 4.578, firmou o posicionamento de que a razoabilidade da expectativa de um indivíduo de ocupar um cargo público, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional.

Eis o entendimento do Pretório Excelso:

Ações declaratórias de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade em julgamento conjunto. Lei Complementar nº 135/10. Hipóteses de inelegibilidade. Art. 14, § 9º, da Constituição Federal. Moralidade para o exercício de mandatos eletivos. Inexistência de afronta à irretroatividade das leis: agravamento do regime jurídico eleitoral. Ilegitimidade da expectativa do indivíduo enquadrado nas hipóteses legais de inelegibilidade. Presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição Federal): exegese análoga à redução teleológica, para limitar sua aplicabilidade aos efeitos da condenação penal. atendimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observância do princípio democrático: fidelidade política aos cidadãos. Vida progressiva: conceito jurídico indeterminado. Prestígio da solução legislativa no preenchimento do conceito. Constitucionalidade da lei. Afastamento de sua incidência para as eleições já ocorridas em 2010 e as anteriores, bem como e para os mandatos em curso. - A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico - constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). - A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. - A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. - Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. - O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adéquam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de

reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido *munus* público. - O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade política da atuação dos representantes populares. - A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. - O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. - O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. - A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. - A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. - Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas *c, d, f, g, h, j, m, n, o, p* e *q* do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. - Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. Gilmar Mendes (repercussão geral) (ADI 4.578, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 16/2/2012, processo eletrônico *DJe-127* divulg 28/6/2012 public 29/6/2012).

Portanto, entendendo que os critérios estabelecidos pela Lei Municipal estão em conformidade com o texto constitucional, tanto formal como materialmente.

Por fim, ressalto que os argumentos de que, “em seus artigos 1º e 4º, a Lei cria pena de forma perpétua a agentes públicos e até a políticos não eleitos e que, no Brasil, nem sequer existe tal penalidade, exorbitando o Poder Legislativo do limite determinado na própria Constituição Federal”, a meu ver, não merecem prosperar.

Como mencionado acima, a norma ora analisada, em seu art. 1º, veda a nomeação para qualquer cargo de provimento em comissão no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de quem tenha sido condenado pela prática de situações que, descritas pela legislação eleitoral conforme art. 1º da Lei Complementar 64/1990 e suas alterações, configurem hipóteses de inelegi-

bilidade. Já, no art. 4º, estabelece que ficam impedidos de assumir os cargos (de) que trata o art. 1º da Lei, os agentes públicos e políticos que tiveram suas contas rejeitadas.

No art. 1º, a lei impugnada faz referência à Lei Complementar 64/1990, que traz expressamente os prazos em que o agente será considerado inelegível.

O art. 1º da Lei Complementar 64/1990, mencionado na lei municipal impugnada, estabelece que:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

b) os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais, que hajam perdido os respectivos mandatos por infringência do disposto nos incisos I e II do art. 55 da Constituição Federal, dos dispositivos equivalentes sobre perda de mandato das Constituições Estaduais e Leis Orgânicas dos Municípios e do Distrito Federal, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos oito anos subsequentes ao término da legislatura. (Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 81, de 13/4/1994)

c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos e letivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos; (Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

[...]

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

3. contra o meio ambiente e a saúde pública; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
  6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
  7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
  8. de redução à condição análoga à de escravo; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
  9. contra a vida e a dignidade sexual; e (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
  10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando; (Item acrescido pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
- [...]
- f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos; (Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
- g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; (Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
- h) os detentores de cargo na Administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes; (Alínea com redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
- i) os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de processo de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos 12 (doze) meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade;
- j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)
- k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual,

da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando se o procedimento previsto no art. 22; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010)

q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos; (Alínea acrescida pela Lei Complementar nº 135, de 4/6/2010).

Como se constata, a própria Lei Complementar Federal, que serve de base para a Lei Municipal, já traz o prazo de inelegibilidade para cada uma das ações apontadas no dispositivo.

Logo, não é possível dizer que a Legislação Municipal traz penalidade perpétua.

Dessa forma, nesse ponto, também não merecem guarida os argumentos trazidos pela parte autora.

Com tais considerações, julgo improcedentes os pedidos.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 1.288/2017 do Município de Córrego de Bom Jesus. Cargo comissionado. Requisitos de provimento. Vício formal de iniciativa. Cargos públicos. Art. 66, inc. III, alíneas *b* e *c*, da Constituição do Estado. Representação acolhida. - A Lei nº 1.288/2017, do Município de Córrego de Bom Jesus, padece de inconstitucionalidade formal por dispor sobre requisitos e vedações ao provimento de cargo em comissão, em violação a iniciativa legislativa privativa do Chefe do Poder Executivo prevista no art. 66, inc. III, alíneas *b* e *c*, da Constituição do Estado.

Voto divergente do vogal.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Com a devida vênia do em. Relator, acolho a representação de inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

Como dito, requisito de provimento de cargo comissionado é tema de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, nos termos ao art. 66, inc. III, alíneas *b* e *c*, da Constituição Estadual, que dispõe:

Art. 66 - São matérias de iniciativa privativa, além de outras previstas nesta Constituição:

[...]

III - do Governador do Estado:

- a) a fixação e a modificação dos efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar;
- b) a criação de cargo e função públicos da Administração direta, autárquica e fundacional e a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros da Lei de Diretrizes Orçamentárias;
- c) o regime de previdência dos militares, o regime de previdência e o regime jurídico único dos servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, incluídos o provimento de cargo e a estabilidade;
- d) o quadro de empregos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades sob controle direto ou indireto do Estado;
- e) a criação, estruturação e extinção de Secretaria de Estado, órgão autônomo e entidade da administração indireta;
- f) a organização da Advocacia do Estado, da Defensoria Pública, da Polícia Civil, da Polícia militar e dos demais órgãos da Administração Pública, respeitada a competência normativa da União;
- g) os planos plurianuais;
- h) as diretrizes orçamentárias;
- i) os orçamentos anuais.

De fato, o art. 66, inc. III, alínea *b*, da CEMG, ao dispor sobre a referida competência, reservou ao Chefe do Executivo a iniciativa de projeto de lei sobre as condições de provimento do cargo, nas quais estão incluídas as disposições da Lei nº 1.288/2017 do Município de Córrego do Bom Jesus, cuja redação dispõe:

Art. 1º Fica vedada a nomeação para qualquer cargo de provimento em comissão no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de quem tenha sido condenado pela prática de situações que, descritas pela legislação eleitoral conforme artigo 1º da Lei Complementar 64/1990 e suas alterações configurem hipóteses de inelegibilidade.

Parágrafo único. A vedação prevista no *caput* não se aplica aos crimes culposos e aqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.



Art. 2º Antes da nomeação para cargo de provimento em comissão a pessoa indicada, obrigatoriamente, deverá apresentar declaração de que não se encontra na situação de vedação de que trata o artigo anterior.

Art. 3º Os que forem ocupar cargos de empregados de direção, chefia e assessoramento, na administração direta e indireta do Município, também devem apresentar declaração de que não incorrem nas vedações de que trata o art. 1º.

Art. 4º Ficam impedidos de assumir os cargos que tratam o art. 1º desta Lei, os agentes públicos e políticos que tiveram suas contas rejeitadas.

Art. 5º Todos os atos efetuados em desobediência às vedações previstas nesta Lei serão considerados nulos a partir da sua vigência.

Art. 6º Caberá ao poder Executivo Municipal e ao Poder Legislativo Municipal a fiscalização de seus atos em obediência a presente lei, com a possibilidade de requerer aos órgãos competentes informações e documentos necessários para o cumprimento das exigências legais.

Art. 7º O Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal, dentro do prazo de 90 (noventa) dias, contados da publicação da lei, enviará para esta Casa as FAC's (Folha de Antecedentes Criminais) de todos os funcionários que trata o art. 1º desta lei, promovendo, assim, o Poder Executivo a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão, enquadrados nas vedações previstas no artigo 1º, parágrafo único. Os atos de exoneração produzirão efeitos a contas de suas respectivas publicações. (Redação dada pela Emenda Modificativa 01, de 26 de junho de 2017.)

Art. 8º As denúncias de descumprimento da lei deverão ser encaminhadas ao Ministério Público, que ordenará as providências cabíveis na espécie.

Como visto, os requisitos repercutem diretamente nos critérios de provimento e nomeação dos cargos em comissão, pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, com abrangência de cargos já ocupados por servidores antes da edição da lei, inclusive.

Assim, renovadas as vênias ao em. Relator, acolho a representação para declarar inconstitucional a Lei nº 1.288/2017 do Município do Córrego do Bom Jesus.

DES.<sup>a</sup> ÁUREA BRASIL - Peço vênias ao insigne Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo eminente Desembargador Edgard Penna Amorim, acolhendo a representação de inconstitucionalidade.

É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar são apenas aquelas taxativamente previstas no art. 61 da Constituição Federal (repetidas, na Carta Mineira, em seu art. 66, inciso III). O Excelso Pretório não admite, portanto, interpretação ampliada do rol de matérias que se submetem à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Outrossim, no que tange especificamente à organização administrativa, a mesma Corte Suprema pacificou sua jurisprudência no sentido de que a reserva de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, *b*, da Constituição Federal, somente se aplica aos territórios federais.

Relevante registrar que o Supremo Tribunal Federal reafirmou seu posicionamento no recente julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 878.911, o qual teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte, fixando a tese de que “não usurpa competência privativa do Chefe do Poder



Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, *a, c e e*, da Constituição Federal)”.

Na esteira do voto divergente, constato a existência de vício de inconstitucionalidade formal na Lei municipal nº 1.288/2017 de Córrego do Bom Jesus, porquanto trata de matéria afeta à estrutura administrativa e ao regime jurídico de servidores públicos, pois veda a nomeação para qualquer cargo de provimento em comissão na Administração municipal de quem tenha sido condenado pela prática de crimes que configuram hipóteses de inelegibilidade previstas na Lei Complementar 64/1990.

Nesse diapasão, a norma impugnada prevê novos requisitos para provimento de cargo em comissão na carreira do Executivo Municipal, em flagrante ofensa ao art. 66, inciso III, alíneas *c e f* c/c art. 90, inciso XIV, da Constituição do Estado de Minas Gerais, normas que se aplicam aos municípios mineiros em razão do princípio da simetria.

E, além de representar invasão indevida do Poder Legislativo em matéria reservada à iniciativa do Executivo, a lei ora questionada importa também violação ao princípio da separação dos Poderes, esculpido no art. 2º da Constituição Federal e no art. 173 da Carta Mineira.

Tem-se por caracterizada, assim, a relevância dos fundamentos da representação, impondo-se o seu acolhimento.

Com tais considerações, julgo procedente a presente representação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 1.288/2017 do Município de Córrego do Bom Jesus.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SALDANHA DA FONSECA, WANDERLEY PAIVA, MOACYR LOBATO, AMORIM SIQUEIRA, ALEXANDRE SANTIAGO, EDISON FEITAL LEITE, RENATO DRESCH, GILSON SOARES LEMES, KILDARE CARVALHO, MÁRCIA MILANEZ, ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL, WANDER MAROTTA, GERALDO AUGUSTO, CAETANO LEVI LOPES, AUDEBERT DELAGE, PAULO CÉZAR DIAS, EDILSON OLÍMPIO FERNANDES, ELIAS CAMILO SOBRINHO e JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA.

*Súmula* - POR MAIORIA, JULGARAM IMPROCEDENTES OS PEDIDOS.

• • •

#### Enunciado 44

A realização de eleições diretas para cargos de direção em instituições públicas de ensino não se compatibiliza com a Constituição do Estado de Minas Gerais, por se tratar de cargos comissionados, cujo provimento é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

**Órgão Julgador:** Órgão Especial.

Data do Julgamento: 28/2/2018.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 31/7/2018, 7/8/2018 e 14/8/2018.

Referência legislativa

- Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989, art. 21, §1º, art. 90, III, XIV e art. 173.

Precedentes

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.15.101967-6/000. Acórdão: 8/6/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 17/6/2016;

- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº1.0000.14.071412-2/000. Acórdão: 27/7/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 5/8/2016.

#### Enunciado 45

A competência do Juizado Especial e da Justiça Comum para as ações elencadas na Lei nº 9.099/95 é concorrente, incumbindo a escolha da jurisdição à parte demandante, no ato da distribuição da ação.

**Órgão Julgador:** Órgão Especial.

Data do Julgamento: 25/4/2018.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 6/8/2018, 13/8/2018 e 20/8/2018.

Referência legislativa

- Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 3º, §3º.

## Precedentes

- Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 1.0000.17.026882-5/001. Acórdão: 25/09/2017. Diário Judiciário Eletrônico: 03/10/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.035292-6/000. Acórdão: 06/09/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 15/9/2017;
- Mandado de Segurança nº 1.0000.16.076508-7/000. Acórdão: 18/7/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 18/7/2017 - Trânsito em julgado da decisão: 13/9/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.061919-1/000. Acórdão: 27/9/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 29/9/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.029544-8/000. Acórdão: 30/8/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 5/9/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.16.081160-0/000. Acórdão: 22/6/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 7/7/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.017859-4/000. Acórdão: 4/8/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 11/8/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.025503-8/000. Acórdão: 24/8/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 1º/9/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.032526-0/000. Acórdão: 6/9/2017 – Diário do Judiciário Eletrônico: 15/9/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.042801-5/000. Acórdão: 3/8/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 14/8/2017;
- Conflito de Competência nº 1.0000.17.041597-0/000. Acórdão: 19/9/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 22/9/2017.

## Enunciado 46

Somente por decisão colegiada do órgão fracionário é possível suscitar incidente de arguição de inconstitucionalidade ao Órgão Especial, não tendo o relator legitimidade para, monocraticamente, suscitá-lo.

**Órgão Julgador:** Órgão Especial.

Data do Julgamento: 9/5/2018.

Data da Publicação/Fonte: *DJe* de 6/8/2018, 13/8/2018 e 20/8/2018.

Referência legislativa

- Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), art. 948 e art. 949.

## Precedentes

- Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.066437-1/001. Acórdão: 26/4/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 5/5/2017;
- Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.070350-0/001. Acórdão: 22/3/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 7/4/2017;
- Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0000.16.074657-4/001. Acórdão: 8/3/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 24/3/2017;
- Arguição de Inconstitucionalidade nº 1.0112.05.051621-3/002. Acórdão: 2/3/2017. Diário do Judiciário Eletrônico: 10/3/2017.

## Enunciado 47

É indevida a extinção do processo de execução fiscal, de ofício, com base na nulidade da Certidão da Dívida Ativa, sem a prévia intimação da Fazenda Pública, quando se verifica a possibilidade de emenda ou substituição do título.

**Órgão Julgador:** Órgão Especial.

Data do Julgamento: 13/6/2018.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 19/9/2018, 26/9/2018 e 3/10/2018.

### Referência legislativa

- Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 2º, § 8º;
- Súmula nº 392 do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento em 23/9/2009. Diário do Judiciário Eletrônico: 7/10/2009.

## Precedentes

- Apelação Cível nº 1.0133.13.005222-7/001. Acórdão: 15/12/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 24/1/2017;
- Apelação Cível nº 1.0693.13.009652-4/001. Acórdão: 10/3/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 6/4/2016;
- Apelação Cível nº 1.0693.14.014015-5/001. Acórdão: 15/12/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 25/1/2016;
- Apelação Cível nº 1.0079.02.034815-1/001. Acórdão: 29/1/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 9/2/2015;
- Apelação Cível nº 1.0569.05.005249-1/001. Acórdão: 7/5/2013. Diário do Judiciário Eletrônico: 16/5/2013.

## Enunciado 48

O candidato aprovado em concurso público tem direito, após transcurso de longo lapso temporal da homologação do resultado do certame, à intimação pessoal do ato de nomeação, ainda que haja previsão editalícia de nomeação exclusiva por meio de publicação no Diário Oficial.

**Órgão Julgador:** Órgão Especial.

Data do Julgamento: 11/7/2018.

Data da publicação/Fonte: *DJe* de 20/9/2018, 27/9/2018, 4/10/2018.

Referência legislativa

- Constituição Federal de 1988, art. 37.

### Precedentes

- Mandado de Segurança nº 1.0000.16.041815-8/000. Acórdão: 4/10/2016. Diário do Judiciário Eletrônico: 13/10/2016;

- Mandado de Segurança nº 10000.15.055681-9/000. Acórdão: 25/11/2015. Diário do Judiciário Eletrônico: 26/11/2015.

• • •

Apelações cíveis - Responsabilidade civil objetiva -  
Estado de Minas Gerais - Indenização - Prisão ilegal - Expedição  
equivocada de dois autos de prisão em flagrante - Danos  
morais configurados - Valor - Princípios da proporcionalidade  
e da razoabilidade - Forma de atualização do débito

- A responsabilidade civil do ente público é, em regra, objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Demonstrada a prisão ilegal, responderá o Estado pelos danos morais suportados pela vítima, que, dadas as circunstâncias e as condições das unidades prisionais do país, não podem ser considerados como mero dissabor ou aborrecimento cotidiano.
- Na mensuração do *quantum* reparatório, o valor a ser arbitrado deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, de modo que a importância não seja insignificante, a ponto de estimular a prática de novos ilícitos pelo causador da ofensa, nem excessiva, constituindo enriquecimento sem causa para o ofendido. Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
- Os valores a serem pagos pela Fazenda Pública, de natureza não tributária, devem ser acrescidos de correção monetária pela tabela da Corregedoria-Geral de Justiça até 29 de junho de 2009 e, a partir de então, incidem juros de mora e correção monetária nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, até 25 de março de 2015, quando a correção monetária deverá observar o IPCA-E.
- O valor da indenização por danos morais deverá ser corrigido monetariamente desde a data de seu arbitramento (Súmula nº 362 do colendo Superior Tribunal de Justiça), acrescido de juros de mora, a contar do evento danoso (Súmula nº 54 do colendo Superior Tribunal de Justiça).

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0440.14.000596-6/001 - Comarca de Mutum - 1º Apelante: Helio José de Oliveira - 2º Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Helio José de Oliveira, Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.<sup>a</sup> 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 de julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2018. - *Ana Paula Caixeta* - Relatora.

## Notas taquigráficas

DES.<sup>a</sup> ANA PAULA CAIXETA - Cuida-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de f. 121/123, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Mutum, Dr. Gustavo Eleutério Alcalde, que, nos autos da ação indenizatória ajuizada por Hélio José de Oliveira em desfavor do Estado de Minas Gerais, julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos, formulados por Hélio José de Oliveira em desfavor do Estado de Minas Gerais, nos termos do art. 487, inciso I, do CPC, para condenar o réu ao pagamento ao autor de indenização que arbitro, considerando as circunstâncias gravíssimas de ofensa a direito fundamental, a liberdade de ir e vir, entendendo como suficientes as condenações a título de dano moral, o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), com as devidas atualizações monetárias e juros legais, a contar da publicação desta, condenando-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) do montante total, nos termos do art. 85, § 2º, do NCPC, corrigidos pelos índices da tabela da CGJ/TJMG, desde esta data, e a contar juros de mora de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado.

O requerido está isento de custas.

Em suas razões recursais de f. 125/128, o autor voltou-se, tão somente, quanto ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, pugnando por sua majoração e, ainda, por sua atualização nos moldes das Súmulas nº 43 e 54, ambas do colendo Superior Tribunal de Justiça, com incidência de juros de mora de 12% (doze por cento) ao ano.

Já o réu, em suas razões recursais de f. 130/138, ponderou que “a jurisprudência pacificou-se no sentido de que, tratando-se de conduta judicial, a responsabilidade civil do Estado deixa de ser objetiva, devendo o demandante fazer prova da atuação dolosa ou fraudulenta do magistrado ou sua recusa, omissão ou atraso na determinação de providência que deva ordenar de ofício”; que, no caso dos autos, não foram comprovados os elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Pelo princípio da eventualidade, pediu que: I) o valor da indenização por danos morais fosse minorado; II) a atualização do débito observasse o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Contrarrazões ofertadas às f. 139/141-v. e 143/145.

Desnecessária a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça.

Conheço dos recursos de apelação, porquanto presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Relatou o autor, em sua peça de ingresso, que, em 19 de julho de 2011, foi preso em flagrante delito, tendo permanecido detido até 22 de julho de 2011, por não ter havido a conversão em prisão preventiva.



Narrou que, passado algum tempo, foi preso novamente, em razão dos mesmos fatos, em 30 de janeiro de 2014, em virtude do cumprimento de mandado de prisão preventiva expedido em 22 de julho de 2011, pela Comarca de Caratinga, durante o plantão forense.

Disse que “não há qualquer explicação plausível para o ato construtivo [...] após dois anos aos fatos originários, a não ser o erro inescusável e, via de regra, imputado à desídia estatal”.

Ponderou que “a prisão indevida, na justa acepção do termo, dá ensejo à indenização por danos morais pelos constrangimentos que se presumem suportados pela vítima, em face da responsabilidade do Estado para com os direitos constitucionais do cidadão, em especial, o de ir e vir”.

Noutro norte, o réu defendeu, em suma, a ausência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil.

Cinge-se, portanto, a questão controvertida, devolvida à apreciação desta Superior Instância mineira, a três específicos pontos:

I) a presença dos elementos configuradores da responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais pela prisão dita ilegal do autor; II) o valor da indenização por danos morais, judicialmente arbitrado; III) a forma de atualização do valor da indenização.

O § 6º do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988 orientou-se pela teoria do risco administrativo, assim prevendo:

Art. 37. [...]

[...]

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Sobre o tema ensina Diógenes Gasparini:

Sabe-se que a responsabilidade civil do Estado, instituída nesse dispositivo constitucional, é a do risco administrativo ou objetiva, dado que a culpa ou dolo só foi exigida em relação ao agente causador direto do dano. Quanto às pessoas jurídicas de Direito Público (União, Estado-Membro, Distrito Federal, Município, autarquia, fundação pública) e às de Direito Privado prestadoras de serviços públicos (concessionários, permissionários), nenhuma exigência dessa natureza foi feita. Logo, essas pessoas respondem independentemente de terem agido com dolo ou culpa, isto é, objetivamente (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 913).

Com efeito, a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, em regra, independe da prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), sendo suficiente a demonstração do dano e do nexos causal entre a conduta e o dano sofrido pelo administrado.

Em tais casos, o ônus da prova é invertido, vale dizer, ao ente público compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

Na hipótese dos autos, restou satisfatoriamente comprovada a prática do ato ilícito atribuído ao Estado de Minas Gerais.

Os documentos que instruíram a peça de ingresso demonstram que, em virtude de uma mesma conduta tipificada como crime, cometida pelo autor, foram expedidos dois autos de prisão em flagrante delito, tendo sido o primeiro encaminhado para a Comarca de Mutum (0440.11.001398-2) e o segundo, equivocadamente, direcionado à Comarca de Caratinga (0134.11.007919-8).

Naquele que tramitou perante o Juízo competente (Comarca de Mutum), após a prisão em flagrante do autor, em decisão reproduzida às f. 31/32, reconheceu-se que não estariam presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, determinando-se, por conseguinte, a expedição do alvará de soltura.

No processo instaurado perante a Comarca de Caratinga, vê-se, à f. 63, ter havido, por decisão judicial, a conversão da prisão em flagrante em preventiva, com a expedição do mandado (f. 64), cumprido em 30 de janeiro de 2014, tendo o autor permanecido em cárcere, indevidamente, até o dia seguinte, 31 de janeiro de 2014, quando foi cumprido o alvará de soltura.

É importante destacar, nessa passagem, que o próprio Ministério Público, titular da ação penal, em cota lançada à f. 65, reconheceu que os autos que se processavam pela Comarca de Caratinga haviam sido remetidos para ali por engano, opinando pela remessa à Comarca de Mutum, o que foi acolhido pela decisão de f. 66.

Dessa forma, constatado o erro, deveria ter sido determinado o imediato recolhimento do mandado de prisão preventiva, providência não adotada em momento oportuno, ensejando, como já dito, o indevido encarceramento do autor.

Mesmo que adotada a teoria subjetiva da responsabilidade civil, os fatos antes narrados apontam para a desídia e a falta do dever de cuidado (culpa) dos agentes estatais, que emitiram dois autos de prisão em flagrante para um único delito, gerando toda a celeuma deste processo.

Referencialmente aos danos morais, a sua caracterização é patente, não podendo ser considerada a prisão ilegal suportada pelo autor como mero dissabor ou aborrecimento cotidiano. Ora: o cerceamento indevido do direito de ir e vir, ainda que pelo prazo de apenas 1 (um) dia, trouxe ao autor abalo psíquico e emocional, especialmente quando consideradas as condições em que, infelizmente, se encontram as unidades prisionais brasileiras.

Sobre o tema, já se pronunciou esta 4ª Câmara Cível:

Apelação cível. Recurso adesivo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Prisão indevida. Homonímia. Erro na expedição do mandado de prisão. Responsabilidade objetiva do Estado. Dever de indenizar. Danos morais configurados. Danos materiais comprovados. Compra de medicamentos. Contratação de serviços de advogado. Sentença parcialmente reformada. - Inegável o dever do Estado de indenizar aquele que sofre prisão injusta, por erro do ente público na emissão do mandado de prisão, causando abalos àquele que é preso indevidamente. O dano se presume, prescindindo da prova do prejuízo. - O valor da indenização de R\$20.000,00 para prisão ilegal é proporcional para reparar danos morais por prisão injusta que perdurou por um dia. - Devida a indenização por danos materiais decorrentes da contratação de serviço de advogado para liberação de pessoa presa indevidamente. - Também é devido o ressarcimento dos valores despendidos com medicamentos para tratamento de problemas de saúde decorrentes do abalo da prisão indevida. - Sentença parcialmente reformada para incluir as despesas com advogado para a liberação da prisão (TJMG - Apelação Cível/Reexame Necessário 1.0024.11.198773-1/001, Rel. Des. Renato Dresch, 4ª Câmara Cível, j. em 30/4/2015, p. em 7/5/2015) .

Responsabilidade civil do Estado. Prisão indevida. Dano moral. Condenação. Necessidade. - A responsabilidade civil do Estado é objetiva, e disso deriva o seu dever de indenizar o cidadão, sempre que por ação ou omissão de seus agentes vier a causar dano a este como, no caso, com a sua prisão injusta e ilegal, consoante o disposto no § 6º do art. 37 e no art. 5º inciso LXXV, ambos da Constituição Federal. - Os transtornos e constrangimentos causados ao autor da ação indenizatória, pela decretação ilegal de sua prisão geram danos, os quais devem ser reparados. O dano moral, no caso, é consequência direta da humilhação e dos dissabores suportados pelo cidadão, que nada devia ao Estado, e ficou detido e submetido a evidentes constrangimentos, vendo atingida a sua imagem e o seu direito de ir e vir (TJMG - Apelação Cível 1.0105.11.002730-4/001, Rel. Des. Duarte de Paula, 4ª Câmara Cível, j. em 21/8/2014, p. em 28/8/2014).

Evidencia-se, igualmente, o nexo de causalidade, vinculando os danos morais sofridos pelo autor à conduta antijurídica praticada pelo réu.

Quanto à mensuração do *quantum* reparatório, o valor a ser arbitrado deve guardar perfeita correspondência com a gravidade objetiva do fato e do seu efeito lesivo, bem assim com as condições sociais e econômicas da vítima e do autor da ofensa, de modo que a importância não seja insignificante, a ponto de estimular a prática de novos ilícitos pelo causador da ofensa, nem excessiva, constituindo enriquecimento sem causa para o ofendido.

No que tange aos critérios que devem nortear a fixação da indenização, reporto-me à lição de Rui Stoco:

Assim, tal paga em dinheiro deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou ‘anestesiá-la’ em alguma parte o sofrimento impingido.

A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado.

[...]

O estabelecimento do *quantum debeatur* deve ser entregue ao prudente arbítrio do Juiz, ante a falta de parâmetros, salvo aqueles estabelecidos expressamente pela Legislação de Regência (STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2004. p. 1.683-1.684).

Para a quantificação, deve ser verificada, ainda, a regra trazida pelo art. 944 do Código Civil, segundo a qual “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Desse modo, o Magistrado deve ser bastante cauteloso no momento de fixar a indenização, pois não pode provocar o enriquecimento sem causa da parte que a busca e, também, não pode deixar de inculcar no valor condenatório caráter pedagógico, visando desestimular o agente do ato ilícito quanto à reiteração de tal prática.

Daí, sopesadas todas as peculiaridades que envolvem o caso em questão (principalmente o fato de que o apelado permaneceu indevidamente recolhido em estabelecimento prisional por apenas 1 dia), entendo que o valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais), arbitrado em primeira instância, afigura-se adequado à reparação dos prejuízos anímicos.

Por fim, no que concerne à forma de atualização do débito, a sentença merece ser reformada.

Tratando-se de débito posterior a 29/6/2009, data em que entrou em vigor a Lei nº 11.960/09, a correção monetária deverá ser aplicada nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, ou seja, segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança.

No entanto, a partir de 26/3/2015, a correção monetária deverá ser aplicada conforme o IPCA-E.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.425/DF, declarou a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei nº 11.960/09, no que diz respeito à utilização dos índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança para correção dos valores das condenações impostas contra a Fazenda Pública. No entanto, o Ministro Luiz Fux proferiu decisão nos autos daquela ação, estabelecendo que os Tribunais pátrios continuassem a aplicar a metodologia então vigente, até modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ao resolver questão de ordem nos autos da ADI mencionada, modulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o excelso STF determinou a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) até 26/3/2015 e, após, do IPCA-E.

Já os juros de mora, devidos da data do evento danoso, seguirão a sistemática do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.960/09, por todo o período.

Diante do exposto, dou parcial provimento a ambos os recursos de apelação, para determinar que o valor da indenização por danos morais seja corrigido monetariamente pelo IPCA-E, desde a data de seu arbitramento (Súmula nº 362 do colendo Superior Tribunal de Justiça), acrescido de juros de mora nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, desde a data do evento danoso (Súmula nº 54 do colendo Superior Tribunal de Justiça).

Custas, na forma da lei.

Com espeque no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para 17% (dezessete por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES RENATO DRESCH e MOREIRA DINIZ.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS DE APELAÇÃO.



Apelação cível - Ação de rescisão contratual -  
 Contrato de hospedagem na modalidade de tempo compartilhado  
 (*time sharing*) - Descumprimento contratual não comprovação -  
 Rescisão - Não cabimento - Cláusula penal - Abusividade

- O mero arrependimento do pacto contratual não configura motivo para rescisão com o retorno ao *statu quo ante*. Hipótese em que não foi demonstrado descumprimento do contrato por parte da empresa contratada.

- A cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. Inteligência do art. 413 do CC.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0378.10.000654-3/002 - Comarca de Lambari - Apelante adesivo: Evandro Ferreira Franco - 1º Apelante: Cia Thermas do Rio Quente - 2º Apelante: RCI Brasil Ltda. - Apelado: Cia Thermas do Rio Quente, Evandro Ferreira Franco, RCI Brasil 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 DAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E JULGAR PREJUDICADOS O RECURSO ADESIVO E O SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Tiago Pinto* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Trata-se de ação de resolução contratual c/c restituição de valores pagos, ajuizada por Evandro Ferreira Franco em desfavor de Companhia Thermas do Rio Quente e RCI Brasil Ltda.

Na inicial, afirmou que, ao hospedar-se na Pousada do Rio Quente, de propriedade da primeira ré, foi abordado por consultores de venda que lhe ofereceram três diárias gratuitas no Hotel Pousada, integrante do referido complexo, entre outros brindes, acaso se dispusesse a assistir uma palestra sobre programa de férias denominado “Rio Quente Vacation Club”.

Após insistência, sem atentar aos termos, o autor assinou um contrato.

Trata-se de um contrato de adesão em que o consumidor adquire um programa de férias nominado ‘Rio Quente Vacation Club’, pelo sistema de tempo compartilhado (também denominado *Time Share* ou *Time Sharing*), tendo como base o complexo turístico Rio Quente Resorts, a ser utilizado mediante uma tabela de pontos integrantes do contrato. [...] Entretanto, ao tentar fazer uso das diárias recebidas anteriormente, de forma gratuita e que em tese não estariam sujeitas a nenhuma restrição de uso o consumidor, não conseguiu contato com a requerida [...].

Além disso, ao tentar rescindir o contrato com o réu, recebeu a informação de que somente será possível mediante o pagamento mínimo de 35% do valor global do contrato.

Afirmou que até mesmo os consumidores que realizaram o pagamento de 35% do contrato não estavam conseguindo usufruir do serviço.

Por essas razões, requereu a procedência da demanda para que haja resolução do contrato e restituição dos valores pagos, em dobro. A devolução da diária relativa ao dia da apresentação do plano RQVC no valor de R\$597,74. O pagamento das 3 diárias a que teve direito não gozadas por culpa exclusiva das requeridas. Condenação ainda pelos danos morais sofridos.

RCI Brasil Prestação de Serviços de Intercâmbio Ltda. apresentou contestação às f. 68/75, na qual suscitou preliminar de ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda. O fundamento da preliminar é a de que o autor não efetivou nenhum pagamento para ela, mas apenas para a Companhia Thermas do Rio Quente, e de que, caso o autor logre êxito em “rescindir o contrato com a Companhia Thermas do Rio Quente, seu contrato com a RCI poderá perder objeto, sendo rescindido automaticamente”. No mérito da contestação, afirmou que há diferença entre a relação de consumo do autor com a Companhia Thermas do Rio Quente e do autor com a RCI Brasil, o que enseja regulamentações distintas e obrigações distintas das empresas perante o consumidor.

A Companhia Termas do Rio Quente apresentou contestação às f. 121/138, na qual alegou disponibilizar *call center*, serviço de atendimento ao consumidor com várias linhas telefônicas e *e-mail*, não sendo verdade a alegação de que existe dificuldade para comunicar-se com ela. Afirmou, ainda, que por se tratar de um brinde, a utilização do Certificado de Hospedagem está sujeita a diversas condições – que não foram observadas pelo autor ao tentar utilizar-se de sua oferta. Por essas razões, diz não ser possível alegar qualquer tipo de nulidade contratual. Acrescentou que há “absoluta desvinculação entre a causa de pedir e o pedido do autor” (f. 126), sendo a manutenção do contrato medida que se impõe. Não havendo problema com o contrato, afirma que a cobrança de multa ao autor não apresenta qualquer irregularidade. Por fim, defendeu que não há que se falar em restituição em dobro do valor da diária nem dos brindes, bem como não há que se falar em inversão do ônus da prova ou em indenização por danos morais, uma vez que não houve dano ou constrangimento ao autor.

Impugnação à contestação oferecida pelo autor às f. 173/179, na qual requereu que seja reconhecida a legitimidade passiva da RCI Brasil Ltda. e a revelia parcial e preclusão temporal e consumativa da contestação juntada às f. 92/103, pela falta de impugnação aos fatos articulados na exordial e pelo transcurso do prazo legal e existência de uma contestação prévia. Reiterou, ainda, os argumentos da inicial, afirmando que o pacote oferecido pela RCI incorre em ilegalidade, que a empresa não facilita o contato para seus clientes e que, assim, toda a frustração na execução de seus direitos enquanto consumidor provoca o dever de indenizar por parte da RCI.

Sobre a contestação juntada pela Companhia Thermas do Rio Quente, afirmou o autor que o serviço oferecido por ela não é prestado da forma apontada pela empresa, o que é comprovado pelas várias reclamações de consumidores na internet. Bateu ainda pela inversão do ônus da prova, dada a fragilidade do autor enquanto consumidor e pela condenação da parte ao pagamento de danos morais, por conta da falsa expectativa gerada no requerente.

Sobreveio sentença às f. 281/286, posteriormente anulada pela decisão de f. 304. Tal decisão foi agravada às f. 309/315. Às f. 344/346, está presente o acórdão que deu parcial provimento ao agravo de instrumento para

declarar encerrada a instrução do processo e determinar a manutenção da sentença de f. 281/286 e complementação dela para que tratasse da segunda ré RCI Brasil Ltda..

Então, sobreveio sentença às f. 347/348, que complementou a de f. 281/286:

[...] Julgo procedente o pedido do autor para rescindir o contrato referido na inicial e, via de consequência, condenar a ré na devolução dos valores pagos (efetivamente pagos), em dobro, contando-se juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, mais correção monetária, a partir dos efetivos desembolsos [...]. Condeno a ré no pagamento de danos morais, estes fixados em R\$3.000,00 [...]. Em se tratando de danos morais, a correção monetária e os juros de mora (1% ao mês) incidem da data desta sentença, à consideração que referido valor já se encontra atualizado nesta data. Condeno a ré no pagamento das custas e honorários de advogado que fixo em 20% do valor da condenação devidamente corrigidos [...].

A Companhia Thermas do Rio Quente, então, interpôs recurso de apelação às f. 362/376, razão pela qual figura aqui como 1ª apelante.

Alega a 1ª apelante a plena validade do contrato, não havendo motivo para sua rescisão. Diz que, não havendo valor cobrado indevidamente, não há que se falar em repetição do indébito, devendo o valor a ser restituído ao apelado de forma simples. Sobre a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, alega que, mesmo configurada alguma irregularidade, o mero descumprimento contratual não acarreta dano de ordem moral e que, havendo dano, a quantia de R\$3.000,00 (três mil reais) arbitrada é alta e provoca enriquecimento ilícito da parte.

O autor interpôs recurso adesivo, visando à reforma da sentença no que tange ao valor da indenização e à aplicação dos juros de mora. Alega o apelado que, por se tratar de empresa de grande porte, o valor determinado encontra-se aquém de suas expectativas, razão pela qual pede para que a indenização seja fixada no importe de R\$30.000,00 (trinta mil reais). Afirma, ainda, que os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, ou seja, agosto de 2009.

Em seguida, o autor Evandro Ferreira Franco apresentou suas contrarrazões relativas à apelação interposta pela Companhia Thermas do Rio Quente, às f. 395/382. Nelas, suscita preliminar de intempestividade. No mérito, bateu pela manutenção da sentença.

A Companhia Thermas do Rio Quente apresentou, às f. 394/102, contrarrazões ao recurso adesivo de apelação, apresentado pelo autor. A empresa reitera seus argumentos quanto à inexistência de ato danoso capaz de ensejar indenização por danos morais e pede para que, na hipótese de sua apelação ser improvida, para respeitar a proporcionalidade, o *quantum* indenizatório não deve ser majorado, pelo contrário, deve ser reduzido.

A RCI Brasil Ltda. interpôs recurso de apelação às f. 411/415. Alega que “não recebeu qualquer valor do apelado a título do contrato de cessão, não havendo, portanto, valores a serem devolvidos pela apelante RCI, que dirá em dobro” (f. 412). Quanto à condenação por indenização por danos morais, afirma que as situações descritas pelo apelado configuram meros aborrecimentos que não interferem em sua honra ou dignidade, inexistindo danos morais. Pede, ainda, para que, caso se entenda que, de fato, houve dano moral, que o valor arbitrado seja reduzido.



Evandro Ferreira Franco apresentou, às f. 420/422, suas contrarrazões ao recurso interposto por RCI Brasil Ltda., nas quais se limita a avisar que

para que não se avise mera repetição, considerando que a apelação de f. 411/415 não passa de ilações igualitárias às expendidas às f. 362/376, razão pela qual realiza essas contrarrazões recursais remissivas às já realizadas às f. 385/382 (segunda numeração).

Intimado, à f. 439, acerca da preliminar de intempestividade suscitada em contrarrazões de f. 385, a Companhia Thermas do Rio Quente manifestou-se às f. 440/441.

É o relatório.

Preliminar de intempestividade suscitada pelo autor.

Suscita o autor preliminar de intempestividade do recurso de apelação interposto por Companhia Thermas do Rio Quente. Contudo, não lhe assiste razão.

Companhia Thermas do Rio Quente Ltda. interpôs embargos de declaração contra sentença de f. 347/348, que integralizou a sentença de f. 281/286, conforme determinado no acórdão de f. 344/346.

A sentença que julgou os embargos de declaração foi publicada em 11/5/2016, (f. 361-A).

A apelação foi interposta em 24/5/2016. Assim, a apelação foi tempestiva.

A alegação do apelado de que houve trânsito em julgado da sentença de f. 281/286 é descabida, tendo em vista a integralização realizada às f. 347/348.

Por essas razões, rejeita-se a preliminar de intempestividade.

Mérito.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos que serão julgados conjuntamente.

Em detida análise da inicial, verifica-se que, com a presente ação, pretendeu o autor a rescisão do contrato “Rio Quente Vacation Club pelo sistema de tempo compartilhado” com a devolução em dobro dos valores pagos relativos ao contrato.

Pretendeu, ainda, a devolução da diária relativa ao dia e que assistiu à palestra sobre o referido contrato, bem como o valor relativo aos brindes de que supostamente não conseguiu usufruir.

Por fim, requereu a condenação do réu a lhe indenizar pelos danos morais.

A sentença recorrida julgou a demanda parcialmente procedente para rescindir o contrato, determinando a devolução em dobro dos valores efetivamente pagos. Bem como condenou os réus solidariamente ao pagamento de danos morais em R\$3.000,00.

No apelo adesivo do autor, ele requereu apenas a majoração do valor arbitrado a título de dano moral, bem como sobre o termo inicial dos juros, para que incidam nos termos da Súmula 54 do STJ.

Já a apelante Companhia Termas Rio Quente entende que não há motivos para rescindir o contrato, por isso, bate pelo provimento do recurso para que o contrato seja mantido. Eventualmente, requer que a devolução dos valores seja de forma simples e não seja condenada a indenizar o autor em danos morais.

A apelante RCI Brasil pretende apenas que seja retirada a solidariedade, sob alegação de que não recebeu nenhum valor do autor. Pede ainda que a devolução se dê de forma simples e não haja condenação em danos morais.

Pois bem!

O autor pretende a rescisão do contrato ao argumento de que não conseguiu usufruir das diárias brindes recebidas no dia da palestra .

Quanto à utilização das diárias relativas ao contrato propriamente, não afirmou que não conseguiu delas usufruir. Limitou-se a afirmar que

acrescente-se ainda que não apenas as diárias gratuitas estão sendo indisponibilizadas aos consumidores, mas o próprio cumprimento do programa RQVC pela requerida não estava sendo ofertado na forma prometida e pactuada, pois mesmo aqueles consumidores que já haviam integralizado o percentual mínimo de pagamento, equivalente a 35% (trinta e cinco por cento) do valor total do contrato, exigido para fruição do programa, também não estava conseguindo utilizá-lo. A justificativa apresentada aos consumidores era a ausência de vagas disponíveis. Estranhamente tal problema não ocorria quando os consumidores tentavam fazer suas reservas sem utilizar o sistema RQVC, identificando-se como simples turistas.

Nas alegações acima, o autor não afirma que não conseguiu usufruir do contrato, mas que “consumidores”, de forma genérica, não estavam conseguindo. Conforme f. 27, o autor já tinha quitado mais de 35% do contrato, o que lhe daria, em tese, direito de ao menos tentar usufruir do plano contratado.

Ou seja, o apelante nem mesmo alegou que não conseguiu usufruir do contrato firmado. Apenas alegou que não conseguiu utilizar das estadias dadas como brinde, todavia, não apresentou qualquer prova.

Além disso, o autor também não comprovou que tenha sido coagido ou forçado no momento da celebração do pacto.

O que se percebe é que o autor se arrependeu do contrato que celebrou e, por isso, busca desfazer o negócio jurídico, de forma a recuperar os valores por ele gastos e ainda compensar os prejuízos que diz ter sofrido.

O mero arrependimento não é motivo para a rescisão do contrato nos moldes pretendidos pelo autor. Não restou demonstrado nenhum vício do consentimento, nenhum defeito no negócio jurídico capaz de maculá-lo.

A propósito:

Apelação cível. Ação de rescisão contratual. Contrato de hospedagem na modalidade de tempo compartilhado (*time sharing*). Descumprimento contratual. Vício do consentimento. Não comprovação. Mero arrependimento. Rescisão. Não cabimento. Cláusula penal. Abusividade. Inexistência. - O mero arrependimento com o contrato de hospedagem na modalidade de tempo compartilhado não configura motivo para sua rescisão, sobretudo quando não demonstrado descumprimento por parte da empresa contratante ou a existência de vício do consentimento ou, ainda, de qualquer outro defeito a ensejar a nulidade no negócio jurídico. Não há que se falar em nulidade da cláusula contratual que prevê a imposição de multa (cláusula penal) pelo descumprimento da avença, mormente quando o percentual imposto

não se mostra abusivo (TJMG - Apelação Cível 1.0143.13.003072-7/001, Rel. Des. Luciano Pinto, 17ª Câmara Cível, j. em 7/6/2018, p. em 19/6/2018).

Apelação cível. Ação de anulação de contrato c/c reparação de danos morais. Vício de vontade. Inocorrência. Contrato de hospedagem de férias na modalidade de tempo compartilhado (*time sharing*). Pedido indeferido. - Embora seja pouco louvável a conduta de empresas que insistem na contratação de hospedagem de férias na modalidade de tempo compartilhado (*time sharing*) quando os consumidores estão hospedados a passeio, inexistente nos autos prova de abusividade na contratação ou propaganda exagerada e/ou vexatória por parte da ré, não havendo falar em erro, dolo ou coação contratual, razão pela qual deve ser mantido o contrato firmado entre as partes litigantes. (TJMG - Apelação Cível 1.0313.14.022156-2/001, Rel. Des. Valdez Leite Machado, 14ª Câmara Cível, j. em 8/2/2018, p. em 21/2/2018).

Com tais razões, não deve ser atendida a pretensão do autor de rescisão contratual.

Diante disso, passa-se à análise do pedido de nulidade da cláusula penal de rescisão no montante de 35% do contrato.

A propósito da cláusula penal, eis a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A cláusula penal é um pacto acessório, pelo qual as partes de determinado negócio jurídico fixam, previamente, a indenização devida em caso de descumprimento culposos da obrigação principal, de alguma cláusula do contrato ou em caso mora. Em outras palavras, a cláusula penal, também denominada pena convencional, tem a precípua função de pré-liquidar danos, em caráter antecipado, para o caso de inadimplemento culposos, absoluto ou relativo, da obrigação (*Novo Curso de direito civil*. v. 2. Obrigações. 12. ed. Saraiva, p. 361).

Não há qualquer ilegalidade no que foi expressamente pactuado pelas partes, notadamente, ao considerar que a penalidade/multa prevista na Cláusula 10ª foi livremente aceita pelo autor. Sendo que ainda assinou o “termo de verificação do Contrato nº 4.012.042” (f. 26) em que novamente foi ressaltado o valor da multa por desistência.

Todavia, mostra-se extremamente onerosa a multa pactuada, impondo ao autor penalidade desproporcional. Isso porque o autor nem sequer usufruiu dos serviços fornecidos pela ré.

Desse modo, a multa rescisória devida a título de cláusula penal não reflete uma penalidade justa e compatível com o descumprimento do contrato, visto que não pode servir para enriquecer, de forma injustificada, o seu beneficiário, o que é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Revelando-se a multa rescisória devida a título de cláusula penal excessiva e, assim, uma sanção injusta e incompatível com o descumprimento do contrato, autorizado está o magistrado, com base no art. 413 do Código Civil, a reduzir equitativamente o seu valor:

A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Desse modo, o valor de 35% deve ser reduzido para 15% por consistir em valor mais razoável, tendo em vista que o autor nem sequer chegou a usufruir do plano contratado.

Por fim, não reconhecida violação do contrato por parte das rés, não existem danos a serem indenizados. Conforme já exaustivamente dito, o autor não comprovou que teve dificuldades em utilizar-se dos brindes recebidos, não há qualquer indício de prova nesse sentido.

Também não há prova de que o contrato foi descumprido pela ré, tanto que foi julgado improcedente o pedido de rescisão do contrato.

Por todo o exposto, o caso é de se dar provimento ao primeiro recurso de apelação (Companhia Thermas do Rio Quente) para julgar improcedente o pedido de rescisão do contrato, apenas minorando o valor da cláusula penal para 15%. Diante da procedência do primeiro recurso de apelação, julgam-se prejudicados os pedidos apresentados no apelado adesivo (autor) e na segunda apelação (RCI Brasil Ltda).

Diante da sucumbência recíproca, as custas e honorários ora fixados em 12% sobre o valor da causa devem ser distribuídos entre o autor e a ré Companhia Thermas Rio Quente na seguinte proporção: 60% pelo autor e 40% pela ré. Suspensa a exigibilidade em relação ao autor por ser beneficiário da justiça gratuita.

Diante da sucumbência integral do autor frente à ré RCI Brasil Ltda., o autor deve arcar com os honorários fixados em 12% sobre o valor da causa. Suspensa a exigibilidade por ser beneficiário da justiça gratuita.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA e MAURÍLIO GABRIEL.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E JULGARAM PREJUDICADOS O RECURSO ADESIVO E O SEGUNDO RECURSO.

• • •

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA - DISPENSA DE LICITAÇÃO - CONSELHO FEDERAL DA OAB - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - ASSISTÊNCIA SIMPLES - ART. 119 DO CPC - INTERESSE JURÍDICO - AUSÊNCIA - *AMICUS CURIAE* - ART. 138 DO CPC - RELEVÂNCIA DA MATÉRIA - REPERCUSSÃO SOCIAL - AUSENTE A DEMONSTRAÇÃO

- Nos termos do art. 119 do CPC, poderá intervir no processo, como assistente, o terceiro juridicamente interessado em que a sentença seja favorável a uma das partes.

- Hipótese em que não há interesse jurídico do recorrente a justificar sua intervenção no feito, pois que qualquer que seja o resultado da ação, seus efeitos estarão limitados às partes envolvidas.

- A intervenção de *amicus curiae*, conforme o disposto no art. 138 do CPC, depende da relevância da matéria, da especificidade do tema objeto da demanda, ou da repercussão social da controvérsia.

- No caso dos autos, por estarem envolvidos interesses exclusivamente das partes da ação, não há relevância da matéria ou repercussão social da controvérsia a justificar a atuação do agravante na condição de *amicus curiae*.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0696.11.001114-0/001 - Comarca de Tupaciguara - Agravante: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Interessados: Berquo Brom Advogados Associados e outro, Élcio Berquó Curado Brom, Valdir Inacio Ferreira - Relator: DES. WASHINGTON FERREIRA**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2018. - *Washington Ferreira* - Relator.

### Voto

DES. WASHINGTON FERREIRA - Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra a decisão de f. 25/26-TJ, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Tupaciguara, que, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de Valdir Inácio Ferreira, Berquó Brom Advogados Associados e Élcio Berquó Curado Brom, indeferiu o pedido do agravante para intervir no feito na condição de assistente de dois dos réus.

O agravante afirma, em síntese, que a intervenção de terceiros na modalidade requerida decorre da existência de interesse institucional no deslinde do feito que versa sobre a observância de licitação para contratação de escritório de advocacia e devolução de honorários advocatícios contratuais e de sucumbência. Aduz que o *leading case* RE 656.558/SP, que versa sobre a possibilidade de contratação de serviços advo-

catícios sem a prévia licitação que teve repercussão geral reconhecida conta com sua participação como assistente. Assevera que a tese de fundo, sobre a inexigibilidade de licitação para contratação de determinados serviços de advocacia possui manifestação institucional sumulada. Pontua que sua representatividade decorre da Lei nº 8.096/94, sobretudo dos arts. 22, 44, I e II, e 54, II e III. Alega que eventual declaração de ilegalidade/nulidade impactará diretamente em diversos contratos em vigência. Colaciona julgados sobre a possibilidade de sua intervenção em feitos que versem sobre temas relevantes à advocacia. Pugna, alternativamente ao pedido de ingresso como assistente, a admissão no feito como *amicus curiae*.

Com esses argumentos, bate-se pela concessão da antecipação dos efeitos da tutela recursal para que seja admitido no feito como assistente do requerido ou *amicus curiae*, bem como pelo provimento do agravo de instrumento.

Preparo efetuado (f. 472-TJ).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal postulado foi indeferido (f. 476/480-TJ).

A d. Magistrada de primeira instância prestou informações noticiando a manutenção da decisão agravada (f. 488-v-TJ).

O interessado Valdir Inácio Ferreira apresentou manifestação pelo provimento do recurso. (f. 532/540-TJ).

O agravado apresentou contraminuta (f. 558/563-TJ).

A d. Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Sem preliminares, passo à análise meritória.

Mérito.

Pretende o recorrente, por meio do presente recurso, ingressar no feito na condição de Assistente Simples de Berquó Brom Advogados Associados e Élcio Berquó Curado Brom, ou, alternativamente, na condição de *amicus curiae*.

Quanto à assistência, destaco que, conforme a disposição contida no art. 119 do CPC/2015, a intervenção do terceiro no processo como assistente simples exige a presença de interesse jurídico no resultado favorável a uma das partes.

Já a intervenção na qualidade de *amicus curiae* exige, nos termos do art. 138 do CPC/2015, a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia.

Pois bem.

Da leitura da inicial da ação civil pública (f. 62/87-v-TJ) resta evidente que seu objeto é, especificamente, a contratação dos réus Berquó Brom Advogados Associados e Élcio Berquó Curado Brom, pelo Município de Araporã por meio do Procedimento de Inexigibilidade de licitação nº 002/2005.

Nesse contexto, não há, à primeira vista, interesse jurídico do recorrente a justificar sua intervenção no feito, pois que qualquer que seja o resultado da ação, seus efeitos estarão limitados às partes envolvidas. No caso tratado, não vejo nos autos qual relação jurídica da entidade agravante será afetada com a decisão a ser proferida.

Além do mais, o interesse jurídico que conduz ao deferimento da assistência é aquele capaz de afetar a existência ou inexistência de algum direito ou obrigação daquele que pretende intervir como assistente.

Não desconheço os dispositivos da Lei Federal nº 8.096/94 citados nas razões recursais tentando demonstrar o interesse do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na ação que originou a interposição do presente recurso.

No entanto, o STJ já decidiu que não basta como justificativa da intervenção o mero interesse corporativo ou institucional (STJ - 1ª Turma, REsp 821586, STJ - 2ª Turma, REsp 1.182.123).

Sobre o tema, veja-se, ainda, os seguintes julgados do STJ:

Agravo regimental. Pedido de ingresso na causa na condição de assistente. Conselho Federal da OAB. Ausência de interesse jurídico. 1. 'O interesse corporativo ou institucional do Conselho de Classe em ação em que se discute tese que se quer ver preponderar não constitui interesse jurídico para fins de admissão de assistente simples com fundamento no artigo 50 do Código de Processo Civil' (AgRg nos EREsp 1.146.066/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 4/5/2011). Precedentes. 2. Agravo regimental não provido (STJ - Corte Especial - AgRg no AgRg na PET nos EREsp 1226946/PR - Relatora Ministra Eliana Calmon, j. em 2/10/2013).

Processual civil. Pedido de assistência simples. Art. 50 do CPC. Indeferimento. Interesse jurídico não demonstrado.

I - A lei processual exige, para o ingresso de terceiro nos autos como assistente simples, a presença de interesse jurídico, ou seja, a demonstração da existência de relação jurídica integrada pelo assistente que será diretamente atingida pelo provimento jurisdicional, não bastando o mero interesse econômico, moral ou corporativo. II - A falta de demonstração pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB - do necessário interesse jurídico no resultado da demanda inviabiliza o seu ingresso no feito como assistente simples. III - Agravo regimental não provido (STJ - Corte Especial - AgRg na PET nos EREsp 910993/MG - Relatora Ministra Eliana Calmon, j. em 17/12/2012).

Evidente, portanto, que não basta a existência de interesse corporativo ou institucional para justificar o ingresso do ora recorrente como assistente no feito originário, sendo imperativa a demonstração da existência de interesse jurídico no resultado favorável a uma das partes, o que não restou demonstrado no caso ora em análise.

Com efeito, conforme destacado pela d. Magistrada da causa na decisão recorrida, as sanções decorrentes da ação civil pública por ato de improbidade administrativa são de caráter personalíssimo, refletindo somente na esfera individual dos réus.

Por outro lado, exatamente por estarem envolvidos interesses exclusivamente das partes da ação, não vislumbro a repercussão social da controvérsia a justificar a atuação do agravante na condição de *amicus curiae*.



Os requisitos da relevância da matéria e da repercussão social para a admissão de *amicus curiae*, conforme previsto no art. 138 do CPC, demonstram a necessidade de que a discussão extrapole o mero interesse subjetivo das partes da ação, repercutindo, ao menos, em direitos individuais homogêneos.

Nesse ponto destaco que, embora o recorrente justifique a repercussão da discussão travada nos presentes autos por haver Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 656558), em que se discute a contratação de serviços jurídicos por dispensa de licitação pelos entes públicos, em que fora admitido como assistente, tal fato apenas corrobora a desnecessidade/impossibilidade de sua intervenção no presente feito.

Isso porque, conforme anteriormente exposto, a condução do presente feito acarretará efeitos apenas na esfera jurídica das partes que compõem a lide, ausente, portanto, o interesse do recorrente, bem como a repercussão do julgamento a ser realizado nos autos originários para admitir seu ingresso, o que, por sua vez, resta configurado nos autos do RE 656.558, com repercussão geral reconhecida, e em que fora admitida sua intervenção enquanto assistente.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas pelo agravante.

É como voto.

DES. GERALDO AUGUSTO - De acordo com o Relator.

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Acompanho a conclusão do voto do em. Relator, mas, a outros fundamentos.

Com efeito, verifica-se, inicialmente, que a previsão da assistência pretendida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil se encontra, essencialmente, no parágrafo único do art. 49 da Lei Federal nº 8.906/94, *in verbis*:

Art. 49. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Parágrafo único. As autoridades mencionadas no *caput* deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB.

Assim, no que diz respeito à fundamentação de que a OAB não teria interesse jurídico no caso dos autos, ressalta-se, *data venia*, que não se trata de pedido de assistência formulado com base no art. 119 do CPC, que, de fato, exige a presença de terceiro juridicamente interessado. No caso, a pretensão foi formulada com fulcro no Estatuto da OAB, que prevê, na condição de norma especial, a possibilidade de assistência em seu art. 49, parágrafo único, com a finalidade de assegurar as prerrogativas da advocacia, quando estas se encontrarem sob ameaça de lesão.

Feitas tais considerações, ressalvo que já admiti a intervenção da OAB como assistente, “e.g.”, em decisão no Agravo de Instrumento nº 1.0000.17.047548-7/001, tirado também de ação civil pública de improbidade administrativa, na qual, contudo, a conduta atribuída aos réus estava diretamente relacionada ao exercício das prerrogativas da advocacia. Naquele caso, o ato praticado pelos requeridos, Procuradores do Estado, consubstanciava-se na oferta de parecer favorável sobre aditivos contratuais, atividade privativa da advo-

caria, e poderia acarretar, ao final, a perda do cargo público, o que o difere da hipótese dos autos, já que o ato questionado não está diretamente relacionado às atividades da advocacia, mas, sim, ao procedimento de contratação supostamente irregular.

No caso sob exame, o ato ímprobo diz respeito à possibilidade de contratação direta por ente público de escritório de advocacia pela “notória especialização” prevista art. 25, inc. II, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como ao valor supostamente exorbitante do contrato. Assim, a hipótese ora tratada não versa diretamente sobre o exercício da advocacia e, portanto, não pode gerar condição diferenciada para o advogado, a partir de intervenção anômala de órgão de classe, tão somente por ostentar a qualidade de representante do escritório de advocacia contratado pela Administração Pública.

Destarte, como não restou evidenciada a possibilidade de ameaça de lesão às indigitadas prerrogativas, também nego provimento ao recurso.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Declaratória de nulidade de negócio jurídico e indenizatória por danos materiais e morais - Contrato de cartão de crédito e empréstimo consignado - Pessoa iletrada - Formalidade - Assinatura “a rogo” - Procuração por instrumento público - Inexistência - Nulidade do negócio jurídico - Dívida inexistente - Descontos irregulares - Repetição de indébito - Dano moral - Configuração - Responsabilidade de indenizar - Valor - Razoabilidade e proporcionalidade

- O contrato materializado na forma escrita por pessoa iletrada com assinatura “a rogo” deve ser acompanhado de instrumento público de representação, pena de ser considerado nulo por desobediência à forma (art. 104, III, e 166, IV, do CC).

- A nulidade da contratação enseja o reconhecimento da irregularidade dos descontos e a devolução dos valores.

- O consumidor cobrado em quantia indevida faz jus à repetição de indébito (art. 42, parágrafo único, do CDC).

- O dano moral decorre da cobrança de prestações não assumidas durante meses, da privação de verba de natureza alimentar e da insegurança financeira a que a parte ficou submetida.

- O arbitramento da indenização por danos morais deve observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para alcançar a dupla finalidade compensatória e pedagógica da reparação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e as condições socioeconômicas das partes.

- Recurso desprovido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0034.16.001295-0/001 - Comarca de Araçuaí - Apelante: Banco BMG S/A. - Apelada: Maria Moreira dos Santos - Relator: DES. MANOEL DOS REIS MORAIS**

### **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, 18 de dezembro de 2018. - *Manoel dos Reis Morais* - Relator.

### **Voto**

DES. MANOEL DOS REIS MORAIS - Banco BMG S/A apela da sentença proferida na “ação declaratória de inexistência de negócio jurídico c/c repetição de indébito e reparação por danos morais” ajuizada por Maria Moreira dos Santos, que julgou procedentes os pedidos iniciais nos seguintes termos (f. 202-207):

Face ao exposto, julgo procedente a pretensão formulada na inicial para, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil:

a) declarar a invalidade do contrato anexado aos autos em f. 54-57, bem como dos descontos realizados indevidamente na conta corrente da autora. (doc. 11-14).

b) condenar a empresa requerida, a título de danos materiais, a restituir à requerente os valores descontados de seu benefício previdenciário, descritos no documento de f. 11-14, observando a compensação acima determinada por este juízo, devendo o valor ser corrigido monetariamente pela tabela prática do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, desde a data de cada desconto efetuado e acrescido de juros moratórios de 1%(um por cento) ao mês nos termos do art. 396 do Código Civil e Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, contados a partir de cada desconto irregular.

c) condenar o réu a pagar à parte autora a indenização por danos morais no valor de R\$9.000,00 (nove mil reais), a título de indenização pelos danos morais sofridos pela autora. Sobre o valor da condenação, incidirá, desde a data desta sentença, correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais e, a partir da data do evento danoso, juros moratórios de 1% a.m.

Custas processuais a cargo da empresa requerida. Condeno a ré em honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação.

O apelante afirma que em 7/2/2008 as partes firmaram o contrato nº 188600086, no qual a apelada contratou empréstimo e cartão de crédito consignado. Sustenta que o valor do empréstimo foi creditado na conta da apelada e quitado em 7/4/2013. Defende que somente o contrato de cartão de crédito consignado é objeto da lide, uma vez que a apelada questiona apenas a reserva de margem consignável - RMC. Pondera que o cartão pode ser utilizado para compras e saques complementares, mas que somente pode descontar o valor mínimo da fatura no benefício previdenciário da parte. Alega que a apelada utilizou o cartão para saque complementar no valor de R\$888,48 em 7/2/2008. Diz que a pessoa analfabeta não é incapaz ou impedida de contratar. Observa que o contrato foi assinado a rogo pela apelada e que sua filha assinou como sua representante, além de ter sido assinado por duas testemunhas, conforme exigência legal. Assevera que inexistem danos morais indenizáveis. Pela eventualidade, pugna pela redução do valor arbitrado a título de danos morais, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Observa que os juros de mora devem incidir desde o arbitramento da indenização por danos morais. Pede o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, reconhecida a regularidade do contrato, afastada ou reduzida a indenização por danos morais, excluída a repetição de indébito e alterado o termo inicial dos juros de mora (f. 209-225).

Preparo regular (f. 229-230).

Em contrarrazões, a apelada afirma que não contratou cartão de crédito ou empréstimo com o apelante. Alega que não recebeu o cartão ou o utilizou e que não optaria por pagar apenas parte de sua suposta dívida. Pondera que reside na zona rural de seu município, localidade não atendida pelos Correios, razão pela qual não seria possível sequer receber faturas. Diz que, apesar de os documentos acostados aos autos sugerirem contratação, a apelada não saberia o que estava sendo contratado, uma vez que é analfabeta e idosa, além de ter supostamente assinado o contrato com sua digital e sem identificação das testemunhas. Afirma que o contrato é nulo e que a apelada tem direito à indenização por danos morais. Requer o desprovimento do recurso (f. 231-237).

É o relatório.

Admissibilidade

Recurso próprio, tempestivo e adequado. Portanto, deve ser conhecido e recebido nos efeitos legais (CPC/15, arts. 1.011, II, e 1.012).

Mérito.

A controvérsia refere-se à existência de contratação, à restituição de quantia descontada em benefício previdenciário e à configuração do dever indenizatório.

Como se sabe, compete ao autor demonstrar os fatos constitutivos do direito material postulado e ao réu os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos (art. 373 do CPC/15).

Caso a lide tangencie a inexistência de relação contratual, imputa-se ao credor o ônus de comprovar a autenticidade da contratação e existência da dívida, pois certamente tem elementos para tanto, não se podendo exigir do suposto devedor a produção de prova negativa.

Nesse sentido, Alexandre de Freitas Câmara (*Lições de direito processual civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 406) leciona:

Se o autor se limitar a negar a existência do fato constitutivo, (por exemplo, o autor pede a declaração da inexistência de uma obrigação que, segundo ele, jamais existiu, embora sua existência venha sendo alardeada pelo demandado) haverá, aí sim, uma inversão do ônus, cabendo ao réu demonstrar a existência do fato constitutivo do seu direito.

Pois bem. Na inicial a apelada alega que em março de 2016, ao sacar seu benefício previdenciário, percebeu que não o recebeu em sua integralidade, razão pela qual indagou a instituição financeira e descobriu um desconto no valor de R\$78,80 referente a RMC (Reserva de Margem Consignável), além de diversos descontos desde 03/2008 advindos de cartão de crédito emitido pelo apelante. Diz que não contratou financiamento algum.

Ao contestar, o apelante apresentou termo de adesão/autorização para desconto nos benefícios previdenciários - INSS de nº 188600086, cópia de documentos pessoais da apelada, da filha da apelada e das supostas testemunhas, além de comprovante de transferência de R\$1.000,00 (valor líquido do empréstimo) para conta de titularidade da contratante Maria Moreira dos Santos, demonstrativo de pagamentos, comprovante de saque de cartão de crédito no valor de R\$888,48 e faturas do cartão de crédito referentes aos meses de 03/2003 a 11/2016 (f. 53-172).

Ao impugnar, a apelada defende que o contrato seria nulo, pois apresenta simples digital como assinatura e que negócios jurídicos ajustados por pessoa analfabeta só possuem validade quando efetivados por meio de instrumento público (f. 190-196).

Posteriormente, ao ser intimado para manifestar-se acerca da existência e validade da transferência para a conta de titularidade da apelada, o Banco Itaú confirmou o recebimento do depósito no valor de R\$1.000,00 (f.199).

Sabe-se que a validade do negócio jurídico depende da observância dos requisitos do art. 104 do CC:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Em situações como essa (contratação por iletrado), o ordenamento jurídico admite que o instrumento contratual seja assinado “a rogo”, por representante legal devidamente instituído mediante documento público, e subscrito por duas testemunhas. Justifica a formalidade o fato de o iletrado não saber grafar o próprio nome, além de não ter condições de ler as cláusulas dos contratos e a declaração de recebimento de valores, evitando-se o aproveitamento dessa condição por terceiros com o fim de obter vantagem indevida e ilícita. A aposição de impressão digital não é suficiente para eximir as formalidades da assinatura “a rogo”.

Sobre o tema, leciona Humberto Theodoro Júnior (*Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, Tomo II, v. 3, p. 479-480):

O analfabeto, como não sabe grafar o próprio nome, não pode se obrigar por instrumento particular, a não ser mediante representação por procurador. A chamada ‘assinatura a rogo’, isto é, assinatura de terceiro dada a pedido do analfabeto, não tem eficácia alguma, a não ser nos casos em que a lei excepcionalmente autoriza o mandato verbal (para negócios jurídicos em que não se exige forma escrita, o mandato pode ser verbal, conforme dispõe o art. 657, *a contrario sensu*). De igual forma, não vale como assinatura a aposição de impressão digital em escritura privada, nas circunstâncias em que a lei exige a assinatura autógrafa.

Como o analfabeto (ou qualquer pessoa que esteja impossibilitada de assinar) somente poderá participar do instrumento particular mediante procurador, o mandato que a esse outorgar terá de ser lavrado por escritura pública, pois é esta a única forma de praticar declaração negocial válida sem a assinatura autógrafa da pessoa interessada.

A propósito:

Apelação cível. Ação declaratória Inexistência de negócio jurídico. Empréstimo consignado. Pessoa analfabeta. Benefício previdenciário. Descontos indevidos. Repetição de indébito. Dano moral configurado. 1 - O contrato materializado na forma escrita por pessoa analfabeta para ter validade é necessário que seja ratificado por representante legal constituído pelo analfabeto por meio de instrumento público. 2 - É fato gerador de dano moral os descontos indevidos em benefício previdenciário. 3 - O arbitramento da reparação por danos morais deve considerar circunstâncias fáticas e repercussão do ato ilícito, condições pessoais das partes, razoabilidade e proporcionalidade (TJMG, AC nº 1.0394.14.005005-2/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. em 7/6/2017, p. em 13/6/2017).

Apelação. Ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais. Negativa de contratação. Ausência de comprovação do vínculo jurídico. Empréstimo consignado. Pessoa analfabeta. Benefício previdenciário. Descontos indevidos. Repetição de indébito. Dano moral configurado. 1 - O contrato materializado na forma escrita por pessoa analfabeta para ter validade é necessário que seja ratificado por representante legal constituído pelo analfabeto por meio de instrumento público. 2 - O parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor prevê que o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou indevidamente, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. 3 - É fato gerador de dano moral os descontos indevidos em proventos de aposentadoria (TJMG, AC nº 1.0453.15.000823-4/001, Rel. Des. Claret de Moraes, j. em 6/4/2017, p. em 18/4/2017).

Apelação cível. Ação ordinária. Contratação de financiamento. Pessoa analfabeta. Procedimentos legais não observados. Responsabilidade do fornecedor. Ônus da prova. Dano moral. Indenização. *Quantum* adequado. [...] O negócio jurídico firmado por pessoa analfabeta é indispensável que a assinatura seja a rogo e esteja acompanhada por Instrumento público de mandato através do qual a pessoa analfabeta outorgue poderes para que o terceiro assine em seu lugar. - Existindo dúvidas acerca da veracidade dos fatos, cabível e exigível da instituição financeira, que demonstrasse que houve a referida contratação e da eventual autenticidade da digital da autora, a teor do art. 6º, VIII, do CDC. - Na fixação do montante 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 se tornar fonte de lucro (TJMG - AC nº 1.0433.14.025307-4/001, Rel.ª Des.ª Mariângela Meyer, j. em 17/5/2016, p. em 3/6/2016).

Com efeito, o contrato particular por escrito firmado por iletrado deve contar com assinatura do procurador constituído mediante instrumento público, pena de ser considerado nulo por desobediência à forma (arts. 104, III, e 166, IV, do CC):

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; [...].

Importante ressaltar que a verificação da regularidade da documentação apresentada pela “contratante” constitui ônus da instituição financeira, imputando-lhe os desdobramentos da sua desorganização ou até mesmo de eventual intenção de firmar contratos com propósito de “atingir metas”, deixando de lado a formalidade e a boa-fé objetiva.

E, no caso, verifica-se que o contrato acostado não observou a formalidade da assinatura “a rogo”, faltando-lhe instrumento público de procuração daquela que teria firmado como representante da apelada, ou seja, da Sra. Luzia Moreira dos Santos.

Logo, com base nesse fundamento, afasta-se a validade da contratação e, por conseguinte, reconhece-se a irregularidade dos débitos efetuados no benefício previdenciário da apelada (verba de natureza alimentar).

Comprovados os descontos indevidos, a princípio a apelada faz jus à repetição do indébito em dobro nos moldes do parágrafo único do art. 42 do CDC, uma vez que não há engano justificável na realização contínua de descontos referentes a empréstimos consignados não contratados regularmente, já que não observada formalidade cuja verificação é imputável a instituição financeira.

No entanto, tendo em vista que em sentença foi reconhecida a restituição de indébito na forma simples e inexistente pedido da parte apelada de alteração, a mudança violaria o princípio da *non reformatio in pejus*.



Dessa forma, mantém-se a restituição de indébito na forma simples, conforme estabelecida em sentença.

Assinale-se que, como bem pontuado pelo Juízo *a quo*, “... para evitar o enriquecimento sem causa da autora, referida quantia depositada na conta corrente da requerente (R\$1.000,00) sofrerá compensação do montante final a título de danos materiais sofridos pela autora ...” (f. 206v).

Por último, deve ser mantida a responsabilização cível.

A conduta antijurídica consiste nos descontos indevidos realizados pelo apelante nos proventos de aposentadoria por idade recebidos pela apelada. Conforme constatado, o cartão de crédito e o empréstimo consignado não foram pactuados regularmente.

Quanto ao dano moral, cumpre fazer uma ressalva: a parte apelada é idosa, iletrada, aufere aposentadoria por idade e teve descontos que comprometeram parte de sua renda e, possivelmente, sua subsistência.

Assim, atentando-se às peculiaridades do caso, é de se reconhecer o dano moral decorrente da cobrança de prestações irregulares, da privação de verba de natureza alimentar e da insegurança financeira suportada pela apelada.

O arbitramento da indenização por danos morais deve se orientar pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma que a reparação possa desempenhar sua dupla finalidade compensatória e pedagógica, segundo as circunstâncias do caso concreto e as condições das partes. A indenização não deve ser vultosa a ponto de resultar em enriquecimento indevido, tampouco deve ser tão irrisória que perca seu caráter preventivo e de justa composição.

Desse modo, entende-se que a indenização no valor de R\$9.000,00 (nove mil reais) se afigura razoável e proporcional à extensão do dano, pelo que não necessita de adequação.

Ressalte-se que a revisão somente se justifica quando discrepante e manifestamente irrisório ou exorbitante o valor arbitrado, o que não é o caso dos autos. Logo, sem razão o apelante.

Diante do exposto, nega-se provimento à apelação.

Custas e despesas recursais pelo apelante, bem como honorários advocatícios majorados em 2% sobre o valor da condenação (art. 85, §§1º e 11, do CPC/15).

É como se vota.

Votaram de acordo com o Relator o DESEMBARGADOR CLARET DE MORAES e o JUIZ DE DIREITO CONVOCADO MAURÍCIO PINTO FERREIRA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Remessa necessária - Ação de cobrança - Município de Ouro Preto - Contrato administrativo - Ausência de pagamento - Enriquecimento sem causa - Desconfiança de superfaturamento - Ausência de procedimento administrativo próprio - Ordens de serviço assinadas por servidor público municipal - Correção monetária e juros de mora - Aplicação do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 - Reforma parcial da sentença

- Havendo elementos nos autos que apontam para a comprovação do efetivo fornecimento das mercadorias e serviços contratados, mediante licitação na modalidade pregão, sem a quitação correspondente, é devido o pagamento pelo Município contratante, sob pena de enriquecimento sem causa.

- Não pode o ente público, ao argumento de suposto superfaturamento, reduzir unilateralmente o valor a ser pago ao contratado ou inadimplir por completo suas obrigações, tendo em vista que o empenho e as ordens de serviço foram assinados pelo servidor público encarregado pela execução do contrato.

- Em razão do efeito suspensivo atribuído nos Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, nas condenações da Fazenda Pública, deverão incidir, como fator de correção monetária, os índices oficiais de remuneração básica (TR) e juros de mora aplicáveis à caderneta de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/09.

**APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0461.16.001432-4/001 - Comarca de Ouro Preto - Remetente: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Ouro Preto - Apelante: Município de Ouro Preto - Apelado: Duarte Peças Diesel Serv. Ltda. - Relator: DES. LEITE PRAÇA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, EM REMESSA NECESSÁRIA, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Leite Praça* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. LEITE PRAÇA - Trata-se de recurso de apelação oposto pelo Município de Ouro Preto e remessa necessária contra a r. sentença proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível Comarca de Ouro Preto, que julgou procedente o pedido deduzido na petição inicial da ação de cobrança ajuizada por Duarte Peças Diesel Serv. Ltda. em desfavor do apelante, para condenar o réu a pagar à autora o valor de R\$280.050,50 (duzentos e oitenta mil cinquenta reais e cinquenta centavos), que deverá ser atualizado monetariamente de acordo com os índices da Tabela da Corregedoria, acrescida de juros de 1% ao mês a partir da citação. Isentou o réu das custas, mas impôs o pagamento de honorários advocatícios, que fixou em R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

No recurso voluntário, o Município de Ouro Preto alega a importância da prova pericial para o presente caso, a fim de evitar o enriquecimento ilícito das partes e para que seja demonstrado o verdadeiro valor a ser pago pelo ente municipal. Defende, assim, que seja reformada a sentença em relação ao indeferimento de produção probatória, com o intuito de conceder a certeza, a liquidez e a exigibilidade necessárias à dívida questionada.

Argumenta, ainda, que a mora estipulada pelo Magistrado singular não deveria ser determinada a partir da data da citação válida, uma vez que sua obrigação apenas se concretizou com a publicação e a intimação da sentença que constituiu o título executivo judicial.

Nesse contexto, requer que seja acolhida a preliminar para que seja reformada a sentença e determinada a produção de prova pericial. Em caso de fixação de sucumbência, pugna pelo estabelecimento da mora a partir da intimação da sentença.

Contrarrrazões apresentadas às f. 479/486, pugnando pelo desprovimento recursal.

É o relatório.

Admissibilidade.

Conheço do reexame necessário, nos termos do art. 496, I, do CPC, bem como do recurso voluntário, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade recursal.

Para uma melhor compreensão do feito, por motivos meramente didáticos, vejo por bem fazer uma análise em conjunto do recurso voluntário e da remessa necessária.

Mérito.

Cuidam os autos de ação ordinária de cobrança, pretendendo a parte autora o recebimento do valor de R\$280.050,50 (duzentos e oitenta mil, cinquenta reais e cinquenta centavos), correspondente aos serviços e produtos fornecidos pela autora ao réu.

Em análise detida dos autos, observa-se que o Município recorrente realizou um contrato administrativo com a recorrida, contratada por meio do Pregão Presencial nº 047/2012, com objetivo de prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva, incluindo serviço de revisão periódica de veículos automotores, com fornecimento de peças e acessórios originais.

Em sede de contestação (f. 1.080/1.086-TJMG), o requerido não negou a prestação do serviço, limitando-se a alegar que não efetuou o pagamento do valor previsto no contrato, pois há indícios de irregularidades nas ordens de serviço e indícios de superfaturamento. Para comprovar seus argumentos, aduz ser indispensável a produção de prova pericial para verificar a compatibilidade dos serviços prestados com os preços constantes nas notas fiscais e ordens de serviço.

O douto Juiz sentenciante indeferiu o requerimento de prova pericial, entendendo-a como medida despendida e procrastinatória, uma vez que eventual superfaturamento e irregularidades praticadas pelos servidores públicos responsáveis deverão ser comprovados pela via processual própria.

No mérito, julgou procedente o pleito inicial, condenando o réu ao pagamento do valor coligido na inicial.

Em sede recursal, verifica-se que a controvérsia se cinge a verificar a indispensabilidade da prova pericial requerida pelo apelante, bem como analisar, em caso de sucumbência, se os juros de mora foram fixados corretamente pelo douto Sentenciante.

Pois bem.

Nos moldes do art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”) e da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 (“Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências”), sabe-se que a Administração Pública pode firmar contratos administrativos que tenham por objeto prestações de dar, fazer ou não fazer, os quais devem ser precedidos, em regra, por licitação.

Feita essa breve consideração e reportando-me aos documentos dos autos, constata-se que restou comprovado que a empresa autora forneceu as mercadorias e serviços contratados, fato esse não negado pelo Município na contestação e no recurso de apelação.

Tal constatação é possível pela leitura do depoimento prestado nos autos do Processo Administrativo nº 033/2015 (que apurou eventual inadimplemento do réu nos contratos entabulados em função do Pregão Presencial nº 047/2012) pelo servidor Rodrigo Ramalho, responsável pela gestão do contrato administrativo objeto da presente ação de cobrança, que afirmou que todos os serviços contratados foram prestados.

Vejamos:

Que, à época, era responsável pelo Departamento de Garagem da Prefeitura; que todos os serviços alegados pela empresa interessada foram prestados; que, à época, o secretário Moisés, autorizava os serviços, juntamente com o diretor de Planejamento e Gestão, Adriano; [...] (f. 53).

Ademais, percebe-se que todos os serviços prestados pela empresa autora se encontram, aparentemente, dentro dos limites estabelecidos no contrato administrativo celebrado com o ente municipal, já que os empenhos e ordens de serviço anexados aos autos estão devidamente assinados pelo gestor do contrato, Sr. Rodrigo Ramalho, servidor público do Município de Ouro Preto.

Outrossim, constata-se que o próprio ente municipal reconhece, em sua peça de defesa, que o objeto contratado foi empenhado e fornecido até o setembro de 2013 e que não fora quitado devido à controvérsia dos documentos apresentados nos autos e ao suposto superfaturamento na execução do contrato.

Logo, mostram-se incontroversas, nos autos, a relação jurídica entre as partes e a inadimplência do Município, ficando evidente a responsabilidade do réu de arcar com o pagamento dos valores cobrados na presente ação de cobrança.

Nesse sentido já decidi esse e. TJMG:

Remessa necessária. Art. 496, § 3º, III, do CPC. Não conhecimento. Apelação cível. Ação de cobrança. Município de Carangola. Licitação. Fornecimento de materiais de construção. Ausência de pagamento. Autorização para pagamento. Enriquecimento sem causa. Sentença mantida. - Segundo o disposto no

inciso III do § 3º da Lei Instrumental Civil, exclui-se o duplo grau de jurisdição obrigatória quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 100 (cem) salários mínimos para os Municípios. - Havendo elementos nos autos que apontam para a comprovação do efetivo fornecimento dos materiais do ramo de construção, mediante licitação da modalidade pregão, sem a quitação correspondente, é devido o pagamento pelo Município contratante, sob pena de enriquecimento ilícito. - A falta de previsão orçamentária e a possibilidade de comprometimento de recursos que deveriam ser destinados aos serviços essenciais não são motivos suficientes para negar o pagamento devido pela Administração Pública (TJMG - Apelação Cível/Remessa Necessária 1.0133.16.004371-6/001, Rel. Des. Washington Ferreira, 1ª Câmara Cível, j. em 9/10/2018, p. em 17/10/2018).

Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato administrativo. Prestação de serviço de fornecimento de mercadorias. Comprovação. Pagamento devido. Emissão de nota de empenho e de liquidação. Princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. Recurso de apelação conhecido e não provido. - O pagamento de valores pelos entes federativos, nos termos do art. 60 e seguintes da Lei nº 4.320/64, deve, em regra, ser precedido tanto de nota de empenho, consistente na reserva de numerário para o adimplemento de despesa comprometida dentro da dotação orçamentária específica, como da efetiva liquidação, ocasião em que o Poder Público realiza o controle da entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços contratados. - Em atenção ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, constatada emissão da nota de empenho e liquidação dos serviços contratados, cabe ao particular de boa-fé receber a remuneração a que faz jus, mormente quando o Poder Público não produz nenhuma prova de quitação dos valores (TJMG - Apelação Cível 1.0692.14.000953-5/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 1ª Câmara Cível, j. em 2/5/2017, p. em 8/5/2017).

Cumprido observar ainda que, apesar de ter sido solicitada pelo apelante a produção de prova pericial para aferir a compatibilidade dos serviços prestados com os preços constantes nas notas fiscais e ordens de serviço, entendo que a referida prova não se faz necessária para o deslinde do presente processo, conforme será exposto a seguir.

Como cedição, muito embora se reconheça o direito fundamental da parte ao devido processo legal, do qual desdobra o direito à produção probatória, sabe-se que tal direito não é absoluto, encontrando limites de exercício no próprio ordenamento jurídico.

Lado outro, é certo que compete ao juiz, por ser o destinatário das provas, indeferir aquelas reputadas inúteis ao deslinde da demanda, consoante expresso no art. 370 do Código de Processo Civil, sendo essa mesma premissa aplicável à dispensa de prova pericial, conforme se depreende do art. 472 do Diploma Legal aludido, que transcrevo:

Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

Sobre o tema, leciona a doutrina:

Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, relevantes para o julgamento da causa. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio. [...].

O objeto, para a doutrina dominante, são, realmente, os fatos relevantes para o julgamento da causa, ou seja, os acontecimentos cuja existência pretérita, presente ou futura possa se prestar à revelação histórica do conflito a ser solucionado. [...].

Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. Contudo, o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos.

Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo ‘para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz’. [...] São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova. [...].

Só os fatos relevantes para a solução da lide devem ser provados, não os impertinentes e inconsequentes. [...].

Duas observações importantes, portanto, deve ser feitas acerca do *thema probando*: objetos da prova são as questões de fato relevantes e precisas a serem enfrentadas no julgamento da causa:

#### I - Questões relevantes:

‘Fatos relevantes são aqueles cujo reconhecimento seja capaz de influir nos julgamentos a proferir no processo. Mais precisamente, são os acontecimentos ou condutas que, havendo sido alegados na demanda inicial ou na defesa do réu, tenham em tese a desejada eficácia constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva pretendida por aquele que os alegou.’

#### II - Questões precisas:

Para se apresentar como objeto da prova é necessário que a alegação fática seja precisa, já que as ‘alegações genéricas e vagas não comportam prova (ex.: não basta alegar genericamente a insinceridade do pedido do retomada, mas é necessário descrever fatos concretos e precisos que indiquem sua ocorrência.

Tanto a demanda do autor quanto a defesa do réu estão sujeitas ao princípio da substanciação, ou seja, devem se fundar em fatos concretos adequados ao acolhimento da pretensão ou da resistência a ela oposta [...].

Reitera-se, por fim, que os fatos afirmados por uma das partes para fundamentar sua pretensão só se tornam objeto de prova quando contrariados pela outra parte. Se não negados, permanecem como ponto (i.e., fundamento de uma alegação referente ao mérito da causa), que, de ordinário, não reclama demonstração probatória. Questão que exige prova em juízo, passa a existir quando configurada, sobre o ponto de fato, ‘uma controvérsia no processo’ (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 852-856).

Pois bem.

O apelante alega a importância da prova pericial para o presente caso, a fim de evitar o enriquecimento sem causa das partes e para que seja demonstrado o verdadeiro valor a ser pago pelo ente municipal, haja vista ter havido suposto superfaturamento nos valores e duplicidade nas cobranças. Defende, assim, que seja reformada a sentença em relação ao indeferimento de produção probatória, com o intuito de conceder a certeza, liquidez e exigibilidade necessária à dívida questionada.

Ao exame dos autos, conforme registrado pelo douto Sentenciante e demonstrado no decorrer deste voto, observa-se que o réu não negou, em sua contestação, que o serviço foi efetivamente prestado, tendo apenas alegado excesso na cobrança.

O apelado, por sua vez, anexou aos autos os contratos entabulados com o Município réu, as respectivas notas fiscais, ordem de serviços e orçamentos assinados por servidor público responsável pela gestão do contrato administrativo.

Sabe-se que a finalidade da prova é demonstrar a veracidade das alegações sustentadas pelas partes como causa de pedir da pretensão autoral ou defensiva, sendo certo que o seu objeto deve ser adstrito ao fato ou aos fatos controvertidos, cujo esclarecimento guarde pertinência com a resolução da lide posta perante o Poder Judiciário.

Dessa forma, entendo que as provas documentais carreados aos autos são suficientes para instruir a presente ação, não sendo pertinente para o deslinde do feito a produção da prova pericial, pois esta serviria apenas para provar eventuais irregularidades praticadas pelos servidores que autorizaram a execução do contrato, o que não guarda pertinência com a resolução do presente feito.

Cumpre dizer que não se olvida que o superfaturamento é irregularidade grave, que deve ser combatida em todos os âmbitos da Administração Pública.

Contudo, o certo é que o Município não trouxe aos autos sequer um único indício efetivo do cogitado superfaturamento.

Entretanto, não pode o ente público, ao argumento de suposto superfaturamento, reduzir unilateralmente o valor a ser pago ao contratado ou inadimplir, por completo, suas obrigações, sob pena de enriquecimento sem causa.

Ademais, caberia ao ente público, a quem compete fiscalizar a execução dos contratos administrativos, promover o adequado procedimento para a apuração dos eventuais vícios na execução do serviço, o que não foi feito no caso dos autos.

Em face de todo o exposto, entendo que não merece reforma a sentença quanto aos pontos levantados até aqui.

Por outro lado, quanto aos consectários legais, entendo que a sentença merece reparos, senão vejamos.

A sentença ora combatida determinou que o valor da condenação seja atualizado monetariamente de acordo com os índices da Tabela da Corregedoria, acrescida de juros de 1% ao mês a partir da citação.

Pois bem.

Em julgados anteriores envolvendo condenação da Fazenda Pública, vinha determinando a aplicação do IPCA-E como índice de correção monetária, em observância ao decidido pelo excelso Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 870.947/SE (Tema 810), submetido ao rito da repercussão geral, e no julgamento do REsp nº 1.495.146/MG (Tema 905), processado sob a sistemática de recursos repetitivos.

Isso porque, no julgamento do RE nº 870.947/SE, a Corte Suprema assentou que o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, é inconstitucional, pois a atualização



monetária segundo índices de remuneração oficial da caderneta de poupança impõe restrição desarrazoada ao direito de propriedade, “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”.

Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.495.146/MG, além de confirmar o IPCA-E como índice de correção monetária aplicável aos débitos da Fazenda Pública, decidiu que a modulação de efeitos realizada pelo excelso Supremo Tribunal Federal no RE nº 870.947/SE não abrangia os casos de condenação nos quais ainda não havia a expedição ou o pagamento de precatório.

Contudo, em 26/9/2018, o em. Min. Luiz Fux, atribuiu, excepcionalmente, efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos contra o acórdão prolatado nos autos do RE nº 870.947/SE, até que o Plenário da Suprema Corte aprecie o pedido de nova modulação dos efeitos do referido aresto.

Com efeito, diante da suspensão dos efeitos do acórdão proferido no RE nº 870.947/SE, entendo não pode este órgão fracionário do Tribunal de Justiça negar aplicabilidade ao disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação conferida pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009, sob pena de ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CR/88 e Súmula Vinculante nº 10 do STF).

Logo, até o julgamento definitivo dos Emb. Decl. no RE nº 870.947/SE pela excelsa Corte Suprema, devem ser aplicados os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (TR) para atualização monetária do valor da condenação, nos exatos termos da redação dada ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997 pela Lei nº 11.960/2009.

Todavia, cumpre ressaltar que, caso o excelso Supremo Tribunal Federal realize, no julgamento definitivo dos embargos de declaração sequenciais acima aludidos, nova modulação dos efeitos do reconhecimento de inconstitucionalidade RE nº 870.947/SE, inclusive com a fixação de certos índices de correção monetária para períodos determinados, aquela decisão, que tem natureza de precedente vinculante, poderá ser aplicada ao caso concreto, observados os balizamentos estabelecidos no Código de Processo Civil, em especial no art. 525 e seus parágrafos.

Por outro lado, quanto aos juros de mora incidentes em condenações impostas à Fazenda Pública oriundas de relações jurídicas não tributárias, tal como no caso em espeque, o Pretório Excelso consagrou a possibilidade de utilização do índice de remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Logo, sobre os valores da condenação, devem incidir a correção monetária, desde o inadimplemento, pela TR (ou outro que o Supremo Tribunal Federal defina no julgamento definitivo do RE nº 870.947/SE até a data do início do cumprimento de sentença), e juros de mora, a partir da citação, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Com base nesses fundamentos, a r. sentença de primeiro grau deve ser reformada, apenas para adequar o índice da correção monetária e os juros de mora aplicáveis ao caso concreto, na forma anteriormente exposta.

Dispositivo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso voluntário e, em remessa necessária, reformo parcialmente a sentença, apenas para determinar que a correção monetária seja calculada pelos índices oficiais de remuneração

ração básica da caderneta de poupança (TR) e, quanto aos juros de mora, sejam aplicados a partir da citação, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Considerando a nova sistemática processual civil e o resultado do julgamento, majoro para R\$2.000,00 (dois mil reais) o valor dos honorários fixados na sentença, nos termos do art. 85, §§ 4º e 11, do CPC/15.

Custas, pelo apelante, isento, nos moldes do art. 10, I, da Lei estadual nº 14.939, de 2003.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VERSIANI PENNA e CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E, EM REMESSA NECESSÁRIA, REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização danos morais - Prática reiterada de *bullying* - Ambiente escolar - Responsabilidade civil do estado - Dever de indenizar - Dano moral - Requisitos configurados - *Quantum* indenizatório - Manutenção - Consectários da condenação - Sentença mantida - Recurso não provido

- Verifica-se que o autor se desincumbiu do seu ônus probatório (art. 373, I, do CPC) e comprovou ter sofrido sérias agressões físicas e verbais, dentro da escola estadual.

- Constatada a atitude negligente da escola estadual, a quem incumbe zelar pela integridade física da criança que lhe é confiada, e sua omissão em relação às ocorrências de *bullying* sofrido pelo autor, que culminaram na fratura do braço e abalo psicológico do requerente, resta comprovado o dano, bem como o nexo de causalidade, o que implica o dever de indenizar do Estado.

- Na valoração da verba indenizatória a título de danos morais, deve-se levar em conta a dupla finalidade da reparação, buscando um efeito pedagógico e propiciando à vítima uma satisfação, sem que isto represente um enriquecimento sem causa, pelo que o valor fixado na sentença deve ser mantido.

- Consectários da condenação aplicados em observância do entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial n. 1.495.146/MG (Tema 905), sob o rito de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça.

- Sentença mantida, recurso não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0453.14.001527-3/001 - Comarca de Novo Cruzeiro - Apelante: Estado de Minas Gerais - Apelado: Menor - DES.<sup>a</sup> 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2018 - *Hilda Teixeira da Costa* - Relatora.

### Voto

DES.<sup>a</sup> HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Trata-se de apelação cível interposta em face da sentença de f. 62-65, prolatada nos autos da ação de indenização por dano moral, interposta por menor, representado por sua genitora G.M.O., em desfavor do Estado de Minas Gerais, que julgou procedente o pedido inicial, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, para condenar o réu a pagar ao autor a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais), a título de compensação por dano moral, corrigida monetariamente pelo índice IPCA-E, a partir da sentença (Súmula nº 362 do STJ), e juros de mora, pela remuneração da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação pela Lei nº 11.960/2009), a partir do evento danoso (20/8/2013). Ainda, condenou o Estado de Minas Gerais ao pagamento das custas e despesas processuais, observada a isenção legal prevista no art. 10, inc. I, da Lei nº 14.939/2003, e dos honorários advocatícios,

fixados em 10% (dez por cento) da condenação, nos termos do art. 85, § 2º e § 3º, do CPC. Por fim, ressaltou o não cabimento da remessa necessária, pelo fato de o valor da condenação ser inferior a 500 (quinhentos salários mínimos), nos termos do art. 496, § 3º, inc. II, do CPC.

O Estado de Minas Gerais, nas suas razões recursais, às f. 67-83, argui a inexistência de prova de que o autor tenha sofrido *bullying* no decorrer do ano letivo de 2013, no âmbito da Escola Estadual Coronel Clemente Luiz, no município de Itaipé/MG. Menciona a importância do testemunho do diretor da escola e que tal providência não foi adotada pelo autor, não se desincumbindo do seu ônus probatório.

Aduz a sua ilegitimidade passiva, visto que não há envolvimento de agente público estadual nos fatos relatados, mas somente desavenças entre alunos, de modo que pleiteia a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC.

Alega a ausência de responsabilidade do Estado por ato omissivo, pois que, neste caso, é subjetiva, necessitando da prova da culpa, e não há provas de ter havido negligência por parte da escola estadual. Acresce que não houve qualquer negligência por parte dos agentes estatais na condução dos fatos, visto que a rotina da escola corria dentro da mais perfeita ordem até que o lamentável fato aconteceu, de forma rápida e inesperada.

Enfatiza que o caso não configura responsabilidade objetiva, pois não se trata de pessoa sob a guarda do Estado, como preso ou menor apreendido.

Afirma a ausência do nexo de causalidade entre o dano supostamente sofrido pelo autor e a conduta do Estado, e que não teve participação no evento danoso, não podendo ser responsabilizado por ato praticado por terceiro.

Declara que não existe nos autos qualquer menção aos supostos danos morais ou até mesmo qualquer indício de que o autor tenha sofrido diminuição de sua afeição no seu círculo social, comercial ou que tivesse sua imagem abalada ou sofrido qualquer tipo de constrangimento, humilhação por ato do Estado, não existindo nos autos qualquer indício de que houve exposição vexatória da pessoa do autor.

Pelo princípio da eventualidade, argumenta que o *quantum* indenizatório é excessivo e pugna por sua redução. Aduz que os juros de mora e a correção devem incidir a partir da fixação da indenização, nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009.

Ao final, requer o provimento do apelo, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial e, na eventualidade, que seja reduzido o valor da indenização, bem como seja determinada a observância integral do art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97.

Intimado, o autor apresentou suas contrarrazões às f. 84-86, rechaçando os argumentos do apelo e pugnando pela manutenção da sentença.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer do douto Procurador de Justiça Geraldo de Faria Martins da Costa, opinou pelo desprovimento do recurso.

O recurso deve ser recebido nos termos do art. 1.012, *caput*, do CPC/15.

É o relatório.

Conheço do recurso interposto, pois que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Inicialmente, registro que a preliminar de ilegitimidade passiva aduzida pelo Estado se confunde com o mérito e como tal será analisada.

Segundo consta da inicial, no início do ano letivo de 2013, o autor era aluno do 5º (quinto) ano do ensino fundamental na Escola Estadual Coronel Clemente Luiz e começou a sofrer agressões físicas e verbais por parte de alguns colegas de classe, sendo tal fato comunicado à direção da escola pela genitora, que não tomou nenhuma providência.

Ocorre que, em 11/6/2013, nas dependências da escola estadual, dois colegas de classe empurraram o autor no chão, e com a queda o autor trincou o braço, conforme o registro de pronto atendimento juntado à f. 15. A genitora novamente procurou a direção da escola, reclamou do ocorrido e solicitou a transferência dos agressores para outro turno ou escola, mas o diretor disse que era um caso isolado e que as providências seriam tomadas, e os agressores penalizados.

Contudo, no dia 20/8/2013, o aluno empurrou novamente o autor, e outro aluno colocou o pé na frente para o requerente tropeçar, e com a queda o autor fraturou o braço, conforme registro de pronto atendimento à f. 17, sendo o autor encaminhado para o Hospital regional de Teófilo Otoni/MG, tendo em vista a gravidade da lesão (f. 18-21).

À f. 23, foi juntada ocorrência, datada de 20/8/2013, descrevendo o que ocorreu com o autor em razão dos atos dos alunos, que foi assinada pelo diretor da escola e pela mãe do autor, que compareceu ao estabelecimento de ensino em razão da situação ocorrida com seu filho. Na ocorrência, ainda, consta que o diretor conversou com a professora da turma e com o vice-diretor e que ouviu o relato destes sobre o ocorrido, tendo tomado conhecimento da situação.

Diante da situação, se fez necessária a realização de acompanhamento com psicóloga do CREAS da cidade de Itapé, cujo relatório foi juntado às f. 27-28. A psicóloga relata que o autor demonstrava-se emocionado com as perguntas que lhe foram feitas, a respeito das agressões físicas e verbais sofridas por ele, por parte de dois colegas de escola, e que estes colegas xingam e maltratam o autor. Consta, ainda, no relatório que, quando o autor trincou o braço foi levado para a diretoria e que, quando o requerente quebrou o braço, agravou-se ainda mais a situação da criança, pois teve que passar por cirurgia para colocar pinos nos ossos deste braço. E, segundo aferido pela profissional, o autor está muito abalado emocionalmente, pois é uma criança tímida e apresenta estar muito amedrontado, a ponto de não querer ir mais à escola.

Na espécie, verifica-se que a responsabilidade civil do ente público é objetiva, pela teoria do risco administrativo, devendo o ente estatal zelar pela integridade física da criança-estudante que encontra-se sob sua guarda dentro do estabelecimento de ensino da rede pública estadual.

Neste sentido, segue o entendimento do excelso Supremo Tribunal Federal:

Indenização. Responsabilidade objetiva do Poder Público. Teoria do risco administrativo. Pressupostos primários de determinação dessa responsabilidade civil. Dano causado a aluno por outro aluno igualmente matriculado na rede pública de ensino. Perda do globo ocular direito. Fato ocorrido no recinto de escola pública municipal. Configuração da responsabilidade civil objetiva do Município. Indenização patrimonial devida. RE não conhecido. Responsabilidade civil objetiva do poder público. Princípio

constitucional. - A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50). Responsabilidade civil do Poder Público por danos causados a alunos no recinto de estabelecimento oficial de ensino. - O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos (RE nº 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 2/8/1996).

Ainda, segue entendimento deste e. Tribunal:

Civil. Administrativo. Ação de indenização. Agressões em escola. Danos morais configurados. Dever de guarda da escola. Responsabilidade objetiva. Montante indenizatório. Redução. Ausência de prova de sequelas. Proporcionalidade e razoabilidade. Sentença parcialmente reformada. - A responsabilidade do Município pela integridade física dos alunos de escola municipal é objetiva, de forma que, entregue o filho do autor incólume para ali estudar e se desenvolver intelectual e socialmente, e sendo devolvido aos pais ferido durante o horário de aulas, deve haver a respectiva indenização moral. Precedente do STF. - A redução do valor da indenização não é possível, quando fixado em quantia proporcional ao agravo sofrido pelo filho do autor (Apelação Cível nº 1.0261.15.000541-9/001, Des. Alberto Vilas Boas, j. em 28/11/2017).

A palavra bullying significa tratar de forma grosseira, desumana, autoritária, que ataca os mais fracos.

Infere-se dos autos que o autor se desincumbiu do seu ônus probatório (art. 373, I, do CPC) e comprovou ter sofrido sérias agressões físicas e verbais, dentro da escola estadual, no decorrer do ano letivo de 2013, agressões que chegaram ao ponto de o autor sofrer trinca no braço e, mesmo após tal fato, o autor teve o seu braço quebrado.

Nestes termos, entendo que resta evidente a atitude negligente da direção da escola estadual, onde os fatos ocorreram, eis que clara a omissão diante das práticas de agressões físicas e verbais vivenciadas pela vítima no transcorrer do ano letivo. E, diante desta omissão, a escola estadual, ao deixar de tomar medidas efetivas para solucionar a questão, propiciou o agravamento das agressões que culminaram na fratura do braço do autor, lesionando o membro seriamente, a ponto de necessitar de cirurgia para colocar pinos.

Assim, incumbe ao Estado, em virtude de sua omissão, arcar com as consequências relativas ao evento danoso ocorrido no seu estabelecimento de ensino, restando patente a sua legitimidade passiva.

Constata-se, assim, que a atitude omissiva do Estado causou risco à integridade física e psíquica do autor, restando comprovado o dano, qual seja sérias lesões físicas e abalos psicológicos que fogem à normalidade e interferiram intensamente no comportamento psicológico do requerente, conforme atestado por profissional da área, e, por consequência, o nexu causal entre o ato omissivo e o dano sofrido, de modo que configurado o dever de indenizar do ente estatal.

No que tange ao *quantum* fixado na indenização por danos morais, está solidamente estabelecido na doutrina que a quantificação do valor da indenização deve ser confiada ao prudente arbítrio do Juiz e, neste sentido, a jurisprudência tem sido enfática em proclamar que:

O arbitramento do dano moral é apreciado ao inteiro arbítrio do juiz, que, não obstante, em cada caso, deve atender a repercussão econômica dele, a dor experimentada pela vítima e ao grau de dolo ou culpa do ofensor (2ª TACcivSP, Ap. 490 355/6, Rel. Juiz Renato Sartorelli e Apel. 501974-0/3, Rel. Juiz Milton Sanseverino).

A advertência do STJ é no sentido de que:

[...] é de repudiar-se a pretensão dos que postulam exorbitâncias inadmissíveis com arrimo no dano moral, que não tem por escopo favorecer o enriquecimento indevido” (AgReg., no Ag. 108.923, 4ª. Turma, Rel. Sálvio de Figueiredo, ac. Um. de 24/9/1996, DJU 29/10/1996, p. 4-666).

A indenização, assim, tem por fim minorar o sofrimento da vítima, visando, ainda, punir o agente pela prática do ato ilícito e buscar a satisfação na justa medida do abalo sofrido sem enriquecimento sem causa, de modo que o valor da indenização fixado na r. sentença não se revela excessivo, como aduzido pelo apelante, diante das peculiaridades dos fatos e seu decorrente efeito lesivo, e se mostra adequado, de forma que deve ser mantido.

No tocante aos consectários da condenação, a r. sentença, também, deve ser mantida.

Segundo entendimento firmado no julgamento do Recurso Especial nº 1.495.146/MG (Tema 905), sob o rito de recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, o artigo 1º- F da Lei 9.494, de 1997, (com redação dada pela Lei 11.960, de 2009) para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, de modo que, nas condenações judiciais de natureza administrativa em geral devem obedecer ao item 3.1:

As condenações judiciais de natureza administrativa, em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de



janeiro/2001; (b) no período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

Portanto, a teor da Súmula nº 362 do STJ, a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento, pelo índice do IPCA-E, e os juros de mora são devidos a partir do evento danoso (Súmula nº 54 do STJ), segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança.

Em face ao exposto, nego provimento ao recurso de apelação.

Custas recursais, pelo apelante, isento nos termos do art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 14.939/2003. Fixo os honorários recursais, em 1% (um por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015.

Votaram de acordo com o Relator o JUIZ DE DIREITO CONVOCADO BAETA NEVES e o DES. MARCELO RODRIGUES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

• • •

Apelações cíveis - Indenização por dano moral - Violação de capela particular em cemitério público - *Culpa in vigilando* - Dever de indenizar - *Quantum* indenizatório - Majoração - Juros e correção monetária - Adequação - Liminar no RE Nº 870947 - Recursos parcialmente providos

- Violada a capela particular construída pelo autor em cemitério público, impõe-se a obrigação do ente estatal em indenizar o dano moral suportado, considerando a omissão decorrente da culpa *in vigilando*.

- Ainda que seja difícil mensurar a dor, os elementos de prova carreados aos autos demonstram a importância e o carinho que o pai reservava à capela construída em homenagem à filha, que faleceu com tenra idade, recomendando-se a majoração do *quantum* indenizatório, sem deixar de olvidar da situação de crise que atravessam os entes estatais.

- Considerando a liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, no RE nº 870947, a correção monetária e os juros devem observar a Lei nº 9.494/97, com a redação da Lei nº 11.960/2009.

- Recursos parcialmente providos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0344.13.001651-4/001 - Comarca de Iturama - Apelantes: 1º) Robson Alves Nunes Barbosa – 2º) Município de Iturama – Apelados: Município de Iturama, Robson Alves Nunes Barbosa - Relator: DES. RAIMUNDO MESSIAS JUNIOR**

### 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 PARCIAL AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018 - *Raimundo Messias Júnior* - Relator.

### Voto

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - Trata-se de apelação da sentença proferida pelo MM. Juiz da Primeira Vara Cível, Criminal e de Execução Penais da Comarca de Iturama, que, nos autos da ação de indenização proposta por Robson Alves Nunes Barbosa contra o Município de Iturama, julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando o réu ao pagamento de indenização por dano moral no importe de R\$2.000,00, atualizado de acordo com o IPCA, a partir da decisão, e acrescido de juros de mora, de acordo com a Lei nº 11.960/2009, a partir do evento danoso. Condenou as partes ao pagamento de metade das custas processuais e honorários fixados em 10% sobre o valor da condenação, suspensa a exigibilidade do pagamento em relação ao autor.

Em suas razões (f. 84/91), pugna o autor (primeiro apelante), pela majoração da indenização arbitrada na origem.

Contrarrazões apresentadas às f. 93/101.

Por seu turno, o Município de Iturama (segundo apelante) alega em seu recurso que: a) a violação da capela erguida sobre o túmulo da filha do apelado se deu por ato de vândalos, para o consumo de drogas, como salientado na inicial; b) o ato lesivo, por ter sido praticado por pessoa estranha ao quadro dos servidores vinculados à Administração Pública Municipal, deve ser atribuído a terceiros; c) o recorrente dispõe de servidores encarregados de fazer a vigilância e manutenção do cemitério municipal, o que demonstra a preocupação em resguardar as lembranças dos que lá estão sepultados; d) a realidade financeira dos entes públicos não permite o emprego de meios onerosos para a vigilância de determinadas áreas, sem que, para isso, haja comprometimento dos demais serviços ofertados, não sendo cabível a alegação de omissão; e) não é possível a aplicação de responsabilidade objetiva em caso de inércia da Administração, imputando-lhe o dever de agir fora do que seria razoável para a sua conduta; f) o princípio da reserva do possível constitui um limitador à efetividade dos direitos fundamentais; g) a capela erguida pelo apelado se reveste de bem e objetos que destoam da simplicidade do local, o que chama a atenção dos vândalos; h) não seria razoável esperar segurança integral daquilo que não está dentro da normalidade; i) deve ser observada a Lei nº 9.494/97 com a redação da Lei nº 11.960/2009, para a aplicação de juros e correção monetária; j) caso mantida a sentença, os juros de mora devem incidir a partir do evento danoso, e a correção monetária, a partir do trânsito em julgado. Pede o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 116/124.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conhecimento dos recursos.

Apelação do município.

Cinge-se a controvérsia a aferir se o Município deve indenizar o autor, em decorrência de dano moral, se, na espécie, ocorreu culpa exclusiva de terceiro ou da vítima, e, finalmente, se os consectários da condenação estão adequados.

Colhe-se dos autos que a filha do autor, falecida em 20/5/2012, foi sepultada no Cemitério de Iturama.

No local do túmulo, foi erguida pelos genitores uma capela, na qual foram colocadas lembranças, v.g., bonecas, mamadeiras, canecas, porta-retratos, ursos, pingentes, banners com fotos, mesinhas, jarros, correntinhas etc... (f. 21).

Ocorre que a capela foi violada, depredada e furtados vários objetos, alegando o autor que tal fato lhe causou transtornos e choque.

Foi lavrado o Boletim de Ocorrência, o ladrão foi preso, mas persistiu a dor.

A pretensão referente aos danos materiais não foi acolhida na sentença, tendo sido fixada a indenização por dano moral no importe de R\$2.000,00.

Passando em revista os elementos de convicção, tenho que não assiste razão ao município, quanto ao dever de indenizar.

A responsabilidade civil decorrente da prática de ato ilícito encontra a sua regulamentação nos arts. 186 e 927 do Código Civil, dos quais se extrai como requisitos a caracterização do dever de reparar: a existência de uma conduta culposa; um dano a outrem; e o nexo causal entre aquela e o dano causado.

É do autor da ação de indenização o dever de comprovar a ocorrência da conduta culposa desencadeadora de um dano contra si, ônus comprovado no curso do processo.

O autor comprovou a ocorrência de violação da capela levantada em homenagem a sua filha no cemitério administrado pelo Município, sendo tal fato incontroverso.

Não há dúvida de que cabia ao Município a adoção de medidas efetivas de segurança no local do cemitério, a fim de evitar situações como a dos autos.

Ocorre que, se o apelante tivesse adotado todas as medidas de segurança possíveis para preservar o Cemitério Municipal, mantendo-o sob vigilância permanente e eficaz, poderiam ser evitados os fatos descritos na inicial.

No que se refere à culpa exclusiva de terceiro, a tese não se sustenta.

Ocorre que cumpria ao Município zelar pela segurança e integridade do local, restando configurada a denominada *culpa in vigilando* do réu.

Com a devida vênia, não socorre o Município a alegação no que se refere à culpa exclusiva do autor.

A prática de homenagear entes queridos falecidos com objetos e pertences pessoais faz parte da cultura dos povos, bastando para tanto recordar memoriais construídos para pessoas famosas e também cemitérios conhecidos por abrigar capelas suntuosas, tais como o cemitério do Bonfim em Belo Horizonte, o cemitério São João Batista, no Rio de Janeiro e o cemitério da Recoleta, em Buenos Aires, na Argentina.

Entendo que, se a prática não é vedada no local dos sepultamentos, cabe ao administrador do cemitério garantir a ordem no local, sendo que a sua inércia caracteriza a chamada *culpa in vigilando*.

Assim, afasta-se a tese de culpa exclusiva da vítima.

Logo, não há dúvida de que a conduta omissiva do ente público gerou sofrimento ao autor, restando preenchidos os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, com a condenação da Municipalidade ao pagamento de indenização por dano moral.

Primeira apelação.

Passo à análise da primeira apelação, considerando a necessidade de se apurar o valor da indenização, matéria devolvida no recurso do autor.

Diante da inexistência de qualquer critério legal objetivo para a fixação da indenização, cabe ao juiz sopesar as condições econômicas das partes, as circunstâncias em que ocorreu o fato, o grau de culpa do ofensor, a intensidade do sofrimento da vítima, enfim, aspectos dotados de ampla subjetividade, o que torna a tarefa bastante difícil e delicada.

Inegavelmente, não se pode mensurar a dor do autor, considerando tratar-se de elemento extremamente subjetivo, mas pelas provas carreadas aos autos, notadamente as fotos de f. 21/24, é possível vislumbrar a importância e o carinho que o pai reservava à capela construída em homenagem à filha, que faleceu com tenra idade.

Nesse quadro, a violação da capela, onde estava sepultada a filha, indubitavelmente causou sofrimento de grande monta ao autor.

Por outro lado, não se pode olvidar que o país atravessa uma crise de longa data, sendo escassos os recursos públicos.

Assim, em que pese vislumbrar a necessidade de majorar o *quantum* indenizatório, entendo que deve ser estipulado em R\$5.000,00, valor que certamente não apagará as lembranças dos fatos lesivos à intimidade do autor, mas que despertará um sentimento de reparação.

Portanto, o primeiro recurso deve ser parcialmente provido.

Consectários da condenação.

Retornando à segunda apelação, resta analisar a aplicação de juros e correção.

Nesse capítulo, a sentença merece parcial reforma, considerando que em 24/9/2018, o Ministro Luiz Fux deferiu liminar no RE nº 870947, suspendendo a eficácia da declaração de inconstitucionalidade tomada pelo Supremo Tribunal Federal, em relação ao IPCAe.

Portanto, deverá haver a substituição do índice, com a aplicação do art. 1º- F da Lei nº 11.960/2009, para a correção monetária e incidência de juros, desde o evento danoso, nos termos da súmula 54 do STJ.

Dispositivo.

Com essas considerações, dou provimento parcial aos recursos para majorar a condenação referente à indenização por dano moral para R\$5.000,00, aplicando-se juros e correção monetária, desde o evento danoso, (10/11/2012), na forma da súmula 54 do STJ.

Majoro os honorários da condenação para 12%, observada a distribuição determinada na origem, por entender que melhor se amolda ao montante em que as partes foram vencedoras na lide.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES HILDA TEIXEIRA DA COSTA e MARCELO RODRIGUES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO PARCIAL OS RECURSOS.

• • •

Remessa necessária - Ação civil pública - Meio ambiente - Queimada -  
 Reparação integral da área - Dano ambiental - Inexistência - Inscrição  
 do imóvel no cadastro ambiental rural antes do ajuizamento da  
 ação - Pagamento de honorários periciais - Laudo extrajudicial -  
 Improcedência do pedido - Manutenção da sentença

- A Constituição da República de 1988 consagrou, em seu art. 225, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atribuindo ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defendê-lo e preservá-lo.

- A Lei nº 6.938/81, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu a responsabilidade objetiva para o transgressor que causa danos ao meio ambiente.

- Ausente prova do dano irreparável ao meio ambiente e havendo a regeneração total da região objeto de queimada que, lado outro, não englobava área de preservação permanente ou protegida por lei, nem remanescente de Mata Atlântica ou de reserva legal, resta inócua qualquer condenação do réu a promover a recuperação do local impactado.

- A leitura conjunta dos dispositivos constantes do novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, remete-nos à conclusão de que a área de reserva legal, obrigatória aos imóveis rurais, caso inscrita no CAR (Cadastro Ambiental Rural), dispensa a averbação no Registro de imóveis.

- Se o réu efetuou o cadastro no CAR antes mesmo do ajuizamento da demanda, não há interesse em perseguir esta tutela em juízo.

- Não verificado qualquer dano ambiental irreparável e julgada improcedente a demanda, não há como compelir o réu ao pagamento de honorários de perito contratado pelo autor para produção de vistoria extrajudicial.

**REMESSA NECESSÁRIA-CÍVEL Nº 1.0120.15.001709-9/001 - Comarca de Candeias - Remetente: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Candeias - Autor: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Réu: José Eustáquio Bernardino de Sena - Relator: DES. LEITE PRAÇA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em REMESSA NECESSÁRIA, CONFIRMAR A SENTENÇA, À UNANIMIDADE.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Leite Praça* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. LEITE PRAÇA - Trata-se de remessa necessária da r. sentença proferida pelo Exmo. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Candeias, que julgou improcedente a ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor de José Eustáquio Bernardino de Sena.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer opinando pela manutenção da sentença à f. 125.

É o relatório.

Da remessa necessária.

Passo à análise da remessa necessária, nos termos do art. 496 do CPC.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública em desfavor de José Eustáquio Bernardino de Sena, alegando, em suma, que o réu causou danos ao meio ambiente, conforme laudos periciais acostados, sendo sua a obrigação de repará-los. Aduziu que o empreendedor não poderia ignorar as exigências de licença ambiental para intervenção na área degradada. Pede a abstenção do réu de ocupar, edificar, explorar, cortar ou suprimir qualquer tipo de vegetação na área informada, bem como que comprove a reserva legal ou o Cadastramento Ambiental Rural da propriedade, além de pagar o valor de R\$300,00 (trezentos reais) ao perito da Promotoria.

Após analisar detidamente os autos, verifico não merecer qualquer reforma a sentença objurgada.

Vejamos.

A Constituição da República de 1988 consagrou, em seu art. 225, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atribuindo ao Poder Público e à coletividade a obrigação de defendê-lo e preservá-lo, nos seguintes termos:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;



VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º 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.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Sobre aludida norma constitucional, ensina Pedro Lenza que:

O art. 225, *caput*, estabelece 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.

Nesse sentido, o dever de preservação será por parte do Estado e da coletividade, uma vez que o meio ambiente não é um bem privado ou público, mas bem de uso comum do povo.

Podemos afirmar que o meio ambiente é bem de fruição geral da coletividade, de natureza difusa e, assim, caracterizado como *res omnium* - coisa de todos, e não como *res nullius*, como muito bem advertiu Sérgio Ferraz. Trata-se de direito que, apesar de pertencer a cada indivíduo, é de todos ao mesmo tempo e, ainda, das futuras gerações.

Nesse sentido, muito bem nota Cristiane Derani que o texto de 1988 inova ao estabelecer uma justiça distributiva entre as gerações (ou redistribuição entre as gerações), visto que as gerações do presente não poderão utilizar o meio ambiente sem pensar no futuro das gerações posteriores, bem como na sua sadia qualidade de vida, intimamente ligada à preservação ambiental.

[...]

Nos termos do art. 225, § 3º, 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. [...]

- Responsabilidade administrativa: em razão da violação de normas administrativas, foram estabelecidas sanções também de natureza administrativa, como multa, interdição da atividade, advertência, suspensão de benefícios, etc.

- Responsabilidade civil: todo dano ambiental, de qualquer natureza (contratual, extracontratual, que decorra de ato ilícito ou mesmo lícito), deverá ser indenizado. Trata-se de responsabilidade objetiva e integral em razão do dano ecológico, independentemente de culpa, bastando a prova do dano e do nexo de causalidade. Tendo em vista a natureza do dano ambiental, há a preferência pela tutela específica e reposição do *statu quo ante* (*Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. Saraiva: São Paulo, 2012. p. 1.202-1.203 e 1209).

A Lei nº 6.938/81, que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, elencou, no art. 4º, os objetivos da política nacional do meio ambiente:

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

II - à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

III - ao estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;

IV - ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;

V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Referida lei, por sua vez, prevê, em seu art. 14, as seguintes penalidades para aqueles que causam danos ambientais:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

Além disso, estabeleceu, no § 1º, a responsabilidade objetiva para o transgressor que causa danos ao meio ambiente:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 2º - No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos II e III deste artigo, o ato declaratório da perda, restrição ou suspensão será atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprindo resolução do CONAMA.

§ 5º A execução das garantias exigidas do poluidor não impede a aplicação das obrigações de indenização e reparação de danos previstas no § 1º deste artigo.

Pois bem.

Volvendo a presente hipótese, a análise dos autos nos revela que o réu, José Eustáquio Bernardino de Sena, proprietário da Fazenda Floratex, situada na zona rural de Candeias, durante uma fiscalização ambiental, foi autuado pela prática de queimada não autorizada naquele local.

No histórico da ocorrência, constou o seguinte:

Comunico-vos que durante fiscalização ambiental, deslocamos até a Fazenda Floratex, zona rural de Candeias/MG, de propriedade do Sr. José Eustáquio Bernardino de Sena, deparamos com uma queimada de vegetação rasteira (palhada de aveia), bem como parte de um sub-bosque, em uma área de 35,50 HA (trinta e cinco hectares e cinquenta ares), a qual se encontra localizada nas coordenadas geográficas X 0462026 e Y 7699344. Em contato com o Sr. José Eustáquio Bernardino de Sena, este não apresentou autorização do IEF Instituto Estadual de Florestas, amparando a prática de queimada em sua propriedade. Por estar contrariando o artigo 1º/2º, parágrafo único, da Lei estadual nº 10.312/1990, art. 56, incisos II e IX; art. 86, parágrafo 1º, Anexo III, Código 322, alínea A, foi lavrado auto de infração nº 95.609, no valor de R\$19.877,40 (dezenove mil oitocentos e setenta e sete reais e quarenta centavos). Contudo, vale ressaltar que foram obedecidas as medidas de precaução para utilização de fogo, a fim de evitar que tal prática causasse incêndio florestal, visto que o autuado teve o cuidado de asseiar todo o entorno da propriedade (f. 4-verso - apenso).

Com base neste Boletim de Ocorrência, visando apurar os fatos ali mencionados, o Promotor de Justiça instaurou inquérito civil, requisitando perícia técnica, com vistoria local.

Elaborado o Laudo de Vistoria Técnica, considerando os quesitos formulados pelo i. *Parquet*, o perito esclareceu que:

1. Se houve incêndio.

Não; houve queimada em uma área de 35,50 hectares numa palhada de aveia utilizada como prática de limpeza do terreno para o preparo do solo pré-plantio.

2. Se a área atingida é de preservação permanente, protegida por lei, remanescente de Mata Atlântica ou de reserva legal, esclarecendo, inclusive, acerca da necessidade da autorização do órgão ambiental para a mencionada intervenção.

A área atingida está localizada em área comum pertencente ao Bioma Cerrado. Para a realização de queimada é necessária a autorização ambiental do órgão competente.

3. Se a área atingida é de mata ou floresta.

Incluídos na área de 35,50 hectares, o fogo atingiu uma área de 4,00 hectares de um sub-bosque com vegetação de cerrado.

4. *Se as atividades de exploração perduram e se estão devidamente licenciadas.*

*Não; na área em pauta e no entorno não foram detectadas outras áreas queimadas.*

Se houve dano ambiental;

Sim; as queimadas provocam muitos danos diretos e indiretos ao meio ambiente.

As queimadas promovem a destruição da vegetação, a queima de nutrientes do solo e a morte dos decompositores de restos de vegetais e animais, o efeito estufa através da produção do gás carbônico (CO<sup>2</sup>), perdas na fauna e flora e, conseqüentemente, afeta o equilíbrio natural.

5. Deverá apresentar a comprovação da reserva legal ou apresentar o Cadastro Ambiental Rural - CAR da propriedade. *Em caso de dano ambiental, se houve regeneração natural ou se há medidas necessárias à sua reparação, indicando as mesmas.*

*Na área da palhada, não havia vegetação nativa, apenas restos de vegetais na forma de palha seca.*

*O sub-bosque de vegetação de cerrado onde o fogo penetrou foi integralmente recuperado em razão de o cerrado ter evoluído e adaptado ao fogo e regenerar-se rapidamente. O cerrado é altamente resistente ao fogo por possuir diversas condições naturais como folhas coriáceas e pilosas, casca das árvores duras e grossas, raízes profundas.*

Verifica-se de tal exame que, muito embora o réu tenha, de fato, promovido uma queimada em parte de sua propriedade, esta se limitou a uma palhada de aveia “utilizada como prática de limpeza do terreno para o preparo do solo pré-plantio” e um pequeno sub-bosque de cerrado.

A área atingida não é de preservação permanente ou protegida por lei, nem remanescente de Mata Atlântica ou de reserva legal.

Certo é, outrossim, que a atividade de queimada não perdurou, inexistindo indicativos de reincidência e de outras áreas atingidas além daquelas mencionadas no boletim de ocorrência.

Além do mais, já ocorreu a regeneração total da área impactada, não havendo necessidade de medidas reparatórias.

Logo, como bem consignou o Magistrado, resta inócua qualquer condenação do réu a reparar o dano causado, visto que esse não mais subsiste. Ou seja, somente é possível impor eventual responsabilização ao transgressor em casos de danos ambientais, caso haja efetiva prova da continuidade do dano e da pretensa parcela não recuperável, o que não ocorreu na espécie.

Aliás, vale aqui registrar que o pedido inaugural se limita à liminar proibitiva da realização de qualquer atividade antrópica pelo réu na área objeto da demanda, a apresentação da comprovação da reserva legal ou do CAR e pagamento dos honorários periciais.

E, como foi efetivamente demonstrado nos autos que o requerido não mais pratica queimadas em sua propriedade (resposta ao quesito 4, supratranscrito), não há mais o que averiguar quanto a esse mister.

No tocante à exigência do CAR - Cadastro Ambiental Rural, requerida pelo *Parquet*, em sua exordial, é cedido que uma leitura conjunta dos dispositivos constantes do novo Código Florestal, Lei 12.651/2012, remete-nos à conclusão de que a área de reserva legal, obrigatória aos imóveis rurais, caso inscrita no CAR (Cadastro Ambiental Rural), dispensa a averbação no Registro de imóveis:

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, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei.

[...]

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.

§ 1º A inscrição da Reserva Legal no CAR será feita mediante a apresentação de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração, conforme ato do Chefe do Poder Executivo.

§ 2º Na posse, a área de Reserva Legal é assegurada por termo de compromisso firmado pelo possuidor com o órgão competente do Sisnama, com força de título executivo extrajudicial, que explicita, no mínimo, a localização da área de Reserva Legal e as obrigações assumidas pelo possuidor por força do previsto nesta Lei.

§ 3º A transferência da posse implica a sub-rogação das obrigações assumidas no termo de compromisso de que trata o § 2º.

§ 4º O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis.

§ 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.

Nesse mote, vale aqui lembrar que este egrégio Tribunal de Justiça, quando do julgamento do IRDR - Cível nº 1.0016.12.003371-3/005, fixou a seguinte tese jurídica a respeito da inscrição do imóvel rural no CAR:

A Lei nº 12.651/2012 não extinguiu a imprescindibilidade da instituição de área de reserva legal nos imóveis rurais. Essa instituição dispensa, no entanto, a formalização por meio da averbação da reserva legal

em cartório do registro de imóveis, bastando o registro no cadastro ambiental rural (CAR). - Inscrito o imóvel no CAR, torna-se indevida a multa fixada em tac anterior; e é inexigível a obrigação enquanto não esgotado o prazo para a promoção do registro no car, tal como previsto na legislação superveniente e desde que haja previsão para sua aplicação em cláusula expressamente convencionada no TAC firmado pelas partes. - Demonstrado o cumprimento da obrigação ou a inscrição do imóvel no CAR não poderá ser exigida a multa, pois cobrar a *astreinte* a despeito do cumprimento da obrigação não retrata a melhor e mais justa solução, uma vez que o cumprimento da obrigação, de forma alternativa, ocorreu por autorização de lei superveniente. - Se a obrigação não for cumprida será sempre devida a multa, ainda que fixada em TAC firmado anteriormente à edição da Lei nº 12.651/2012. - Se a regularização da reserva legal (no cartório de imóveis) ou a inscrição no CAR só ocorreu após o ajuizamento da execução poderá a multa ser reduzida, como o autorizam o artigo 645 do CPC/73 e 814 do CPC/2015, a critério do juiz e de acordo com as circunstâncias do caso concreto, incidindo a partir da data da citação para a execução até a do cumprimento da obrigação.

No caso em testilha, o autor pede, em sua inicial, que o réu comprove a averbação da reserva legal em Cartório de Registro de Imóveis ou o registro no Cadastro Ambiental Rural de sua propriedade rural.

O requerido, por sua vez, demonstrou, através dos documentos de f. 71/82, a efetiva inscrição de seu imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural - CAR.

Sem embargo, em consulta ao sítio eletrônico do CAR ([www.car.gov.br](http://www.car.gov.br)), foi possível aferir a situação dos cadastros do imóvel do réu, sendo que ambos constam na situação ATIVO.

Assinale-se, neste íterim, que o cadastro foi efetuado pelo réu no dia 5/5/2015, ou seja, antes mesmo do ajuizamento da presente demanda (3/12/2015), caracterizando-se, em última análise, na ausência de interesse de agir da parte quanto a esse mister.

Então, como bem dito pelo Magistrado singular, revela-se “inócua qualquer determinação judicial” visando compelir o réu a realizar aludido cadastro.

Por fim, quanto ao pedido de pagamento de honorários periciais, não vejo como acolher o pleito Ministerial, notadamente porque não restou verificado qualquer dano ambiental irreparável e, outrossim, foi julgada improcedente a demanda, sendo certo que, nesses casos, o responsável pelos ônus do processo é a parte que se quedou vencida. De mais a mais, se o autor optou por elaborar prova extrajudicial, foi por sua conta e risco, não podendo exigir que outrem arque com as aludidas despesas se, até o momento, nem sequer integra a lide. Imperioso aqui informar que a audiência designada no Inquérito Civil (apenso) somente não foi concretizada por ausência do Promotor de Justiça que se viu impossibilitado de comparecer ao ato em virtude de fato superveniente (f. 20- apenso).

Logo, deve ser mantida *in totum* a sentença prolatada.

Dispositivo.

Ante todo o exposto, na remessa necessária, confirmo a sentença.

Sem custas.

É o meu voto.

DES. VERSIANI PENNA - Acompanhamento o eminente Relator.

Peço vênias apenas para consignar meu entendimento de que, nesse caso, não é cabível a remessa necessária.

Isso porque a Lei nº 7.347/85, que trata da ação civil pública, não prevê o reexame necessário tanto no caso de procedência ou improcedência do pedido. Do mesmo modo, o art. 496 do CPC não o contempla, uma vez que não se vislumbra, na hipótese, julgamento desfavorável à Fazenda Pública.

E, malgrado não desconheça o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se aplica, nesses casos, o art. 19 da Lei de Ação Popular, dele não compartilho, na medida em que o reexame necessário, por ser uma excepcionalidade, deve estar expressamente previsto.

Ante ao exposto, tecidas estas considerações, acompanho o Relator.

É como voto.

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - de acordo com o Relator.

*Súmula* - NA REMESSA NECESSÁRIA, CONFIRMARAM A SENTENÇA, À UNANIMIDADE.

• • •



Apelação cível - Indenização - Xingamentos de baixo calão - Constrangimento público - Dano moral demonstrado - Fixação - Prudente arbítrio - Juros e correção - Termo inicial

- O constrangimento experimentado pela autora, ao ser exposta publicamente pelo réu a uma situação vexatória, que envolve xingamentos, suplanta os meros aborrecimentos, configurando dano moral passível de reparação.
- A fixação do *quantum* mede-se pela extensão do dano, e deve ser arbitrada de acordo com a razoabilidade, observado o grau de culpa do agente e o poder socioeconômico das partes.
- Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros de mora fluem a partir do evento danoso, consoante o art. 398 do Código Civil de 2002 e Súmula 54 do STJ.
- A correção monetária incide a partir do arbitramento, nos termos da Súmula 362 do STJ.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0349.14.001843-4/001 - Comarca de Jacutinga - Apelante: Tereza Cristina Gonçalves - Apelado: Nobile Caramel Júnior - Relator: DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2018. - *José Augusto Lourenço dos Santos* - Relator.

**Voto**

DES. JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS - Cuidam os autos de recurso de Apelação aviado por Tereza Cristina Gonçalves, contra a sentença de f. 194/195, proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Jacutinga, que julgou improcedente a pretensão autoral.

Sustentou a autora, nas razões de f. 198/206, que as ofensas e ameaças proferidas contra si, pelo apelado, causaram-lhe dano moral puro, pelo que despicienda a prova da lesão. Defendeu que demonstrado que tais fatos ocorreram na presença de terceiros, sua moral restou profundamente abalada. Pediu a reforma da sentença com a procedência do pedido inicial.

Preparo regular à f. 207.

Contrarrazões do apelado às f. 209 e ss., pelo não provimento do recurso.

É, no essencial, o relatório.

Fundamento e decido.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não foram arguidas preliminares. Do mesmo modo, não há vícios a sanar, motivo pelo qual passo à análise do mérito.

Cuida-se de ação com pedido de indenização por danos morais, noticiando a exordial que o réu, em agosto de 2012, ao verificar a construção de muro entre sua propriedade e o imóvel da autora, a chamou de “vaca, louca e filha da puta”, dentre outros xingamentos, ameaçando-a de morte. Em seguida, prossegue a exordial, o requerido derrubou a construção.

Eis a causa de pedir da apelante.

O apelando, ao apresentar resposta na modalidade contestação, à f. 31 e ss., pontuou que procedeu à derrubada do muro, fazendo-o, contudo, após inúmeras tentativas de advertir à autora a invasão do perímetro de seu imóvel.

De início, registro que de acordo com o art. 927 do Código Civil, todo aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, deve indenizá-lo.

Para caracterização desse dever de indenizar, cumpre citar pensamento do professor Caio Mário da Silva Pereira:

Para a configuração da obrigação de indenizar por ato ilícito exige-se a presença de três elementos indispensáveis:

- 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 (in Instituições de direito civil, v. I, Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil, Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 661).

Daí se extrai, portanto, a tríade da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo causal, os quais, se efetivamente demonstrados, resultam no dever de reparação.

E, nos termos do art. 373, I, do CPC, sabe-se que o ônus do fato constitutivo é do autor. No caso dos autos, sendo controversa a versão contida na exordial, porquanto o réu negou em sua reposta as ofensas cuja autoria a apelante lhe atribui, cumpre-me verificar se as provas carreadas corroboram a versão contida na exordial.

E, nesse sentido, o histórico do boletim de ocorrência de f. 15/19 evidencia que:

Compareceu a este quartel PM o senhor Nobile Caramel Júnior, o qual nos relatou que possui um terreno aos fundos e na divisa da propriedade da senhora Tereza Cristina Gonçalves, e que nesta data deslocou-se ao local, e constatou que havia alguns pedreiros construindo um muro, dentro de sua propriedade, a mando da senhora Tereza Cristina Gonçalves. Diante da situação, o mesmo destituiu parte

do muro, uma vez que possui escritura do imóvel, que indica que o local onde estava sendo construído o muro é de sua propriedade. Desta forma, nos deslocamos até o local dos fatos, onde entramos em contato com as testemunhas e José do Carmo Campos e Rômulo Avelino, os quais nos relataram que, no decorrer desta manhã, estavam construindo um muro, nos fundos da propriedade da senhora Tereza Cristina Gonçalves, a mando da mesma, e que, em dado momento, compareceu ao local o senhor Nobile Caramel Júnior, com os ânimos exaltados, dizendo que a senhora Tereza Cristina Gonçalves era uma vaca, louca, filha da puta e que iria matá-la. Em seguida, passou a destruir o muro, dizendo que eles não poderiam construir no local, pois é de sua propriedade, e desta forma acabou destruindo cerca de vinte e dois metros de muro. Em contato com a senhora Tereza Cristina Gonçalves, esta nos contou que já tentou construir o referido muro três vezes, sendo que nunca consegue terminá-lo, pois o senhor Nobile Caramel Júnior não autorizava, dizendo que o local era de sua propriedade, mas a mesma nos disse que o local onde o muro estava sendo construído é de sua propriedade, conforme cópia da escritura que segue em anexo [...] (f. 18).

Na mesma esteira, a prova oral emprestada dos autos da queixa crime movida pela apelante contra o apelado, admissível como tal na presente ação, porquanto produzida pelas mesmas partes, corrobora a versão lançada pela autoridade policial. A propósito:

[...] que foi contratado pela querelante para construir um muro no terreno onde fica a loja dela; [...] que quando o muro já estava respaldado (mais ou menos dois metros de altura, já quase na altura final) o querelado chegou e destruiu o muro; que ele chegou e empurrou o muro, metendo-lhe o pé, derrubando-o; que o querelado se expressava de forma nervosa e, exaltado, dizia em voz alta que iria matar aquela “vaca louca da Tereza”; que o depoente se fazia acompanhar de quatro ajudantes; que todos presenciaram a cena; [...] que antes de a polícia chegar, as partes se encontraram na calçada, sendo que depois ela entrou no imóvel, chorando, dizendo que tinha sido ofendida [...] (José do Carmo Campos, f. 118).

[...] que trabalhou como pedreiro na edificação do muro da querelante; que estava presente quando o querelado derrubou o muro; que o requerido chegou ao local muito nervoso, visivelmente alterado; que ele gritava que o muro não podia ser construído, e que era para parar a construção porque ali estava dentro de sua propriedade; que ele gritava que a querelante era uma “vaca”, “vagabunda” e que iria matá-la; que o querelado empurrou o muro com as próprias mãos; [...] que o querelado pronunciou inúmeros xingamentos contra a querelante; [...] que o querelado pronunciou imensa quantidade de palavrões contra a querelante, chamando-a de “piranha”, “vaca”, “filha da puta”, “desgraçada” etc; que a querelada estava em um estado emocional muito ruim; que ela só chorava. [...] (Rodrigo Avelino, f. 120).

Da análise de tais provas, tenho que o constrangimento experimentado pela apelante, ao ser exposta publicamente pelo réu a uma situação vexatória, que envolveu xingamentos de baixo calão, notadamente à vista de várias pessoas, suplantam os meros aborrecimentos, configurando dano moral passível de reparação. Nesse sentido:

Apelação cível. Ação indenizatória. Xingamentos de baixo calão. Exposição pública. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Redução. Possibilidade. O constrangimento experimentado pelo autor, ao ser exposto publicamente pelo réu a uma situação vexatória, que envolve xingamentos de baixo calão, suplanta os meros aborrecimentos, configurando dano moral passível de reparação. A indenização por dano moral deve ser arbitrada segundo o prudente arbítrio do

jugador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que o quantum arbitrado se preste a atender ao caráter punitivo da medida e de recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima (TJMG - Apelação Cível 1.0145.14.027140-7/001, Rel. Des. José de Carvalho Barbosa, 13ª Câmara Cível, j. em 23/11/2017, p. em 1º/12/2017).

Avançando, no tocante ao *quantum* da indenização, cumpre observar que a reparação do dano moral significa uma forma de compensação e nunca de reposição valorativa de uma perda, e deve ser fixada segundo o prudente arbítrio do julgador, sempre com moderação, observando-se as peculiaridades do caso concreto e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que o valor não seja tão elevado, que se constitua em fonte de enriquecimento sem causa, tampouco insignificante a ponto de não atender ao seu caráter punitivo-pedagógico.

A propósito, confira-se lição do mestre Sérgio Cavalieri Filho:

Creio que na fixação do *quantum debeat* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 81-82).

No caso dos autos, entendo que o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) se revela razoável a cumprir a função da indenização, atendendo proporcionalmente ao grau de culpa do agente, a reprovabilidade da conduta e a reparação à vítima, notadamente a se considerar a situação econômica das partes, pois autora e réu são empresários.

Sobre o marco inicial para contagem dos juros moratórios, ressalto que o feito diz respeito à responsabilidade extracontratual, na qual os juros fluem a partir do evento danoso, consoante o artigo 398 do Código Civil de 2002 e Súmula 54 do STJ. Logo, os juros de mora devem ser contados desde a data do evento danoso, qual seja, 4/8/2012 (f. 15).

Quanto à correção monetária, esta deverá ser contada a partir da data da decisão, conforme a Súmula 362 do STJ.

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, reformando a sentença para condenar o apelado no pagamento de indenização por danos morais à razão de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), corrigida pelos índices da CGJ desde a decisão e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso.

Custas pelo apelado.

Honorários, acrescidos os recursais, à razão de 15% sobre o valor da condenação (art. 85, § 11º, do CPC).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator a DESEMBARGADORA JULIANA CAMPOS HORTA e o JD. convocado OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

## Ação de indenização - *Pacta sunt servanda* - Relativização - Princípio da boa-fé objetiva

- A concepção clássica do contrato, baseada nos princípios da autonomia privada e intangibilidade do contrato (*pacta sunt servanda*), foi superada, dando lugar à cláusula geral da boa-fé objetiva, ao princípio do equilíbrio econômico e à função social do contrato.

- Dentre os princípios que norteiam o direito contratual, em meio àqueles de maior importância, está o da boa-fé objetiva, que obriga os contratantes a agirem, seja na fase de negociação ou de execução do contrato, segundo padrões éticos de confiança, lealdade e probidade.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0166.10.002190-5/001 - Comarca de Cláudio - Apelante: Israel Empreendimentos e Construções Ltda. - ME - Apelados: Maria da Conceição Santos Barbosa Fernandes, Silviomar de Jesus Fernandes - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2018. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

### Voto

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de ação de indenização ajuizada por Silviomar de Jesus Fernandes e Maria da Conceição Santos Barbosa Fernandes contra Israel Empreendimentos e Construções Ltda. Em sua inicial os autores afirmaram que, em outubro de 2009, souberam que a sociedade empresária ré estaria vendendo casas através de financiamento concedido pela CEF através do programa “Minha Casa, Minha Vida”. Disseram que, após o envio de documentos, visitaram um loteamento no qual seria edificada uma unidade habitacional. Informaram que, antes de concretizar o negócio do lote, ficaram sabendo da existência de uma casa usada disponível para a venda, razão pela qual marcaram uma entrevista para efetivação do negócio junto a uma imobiliária. Aduziram que, “antes que fechassem o negócio, no dia 12/11/2009, o autor recebeu uma ligação telefônica da funcionária da requerida, de nome Juliana, informando que os seus documentos foram aprovados”. Argumentam que, depois de outros telefonemas “o autor foi até o escritório na data marcada onde deparou com a Sra. Juliana e a Sra. Meire, que se disse funcionária da Caixa Econômica Federal, e estas lhe mostraram um contrato preenchido com guias e taxas recolhidas com data do dia 12/11/2009 - a mesma data em que o autor recebeu a ligação da Sra. Juliana - taxas estas que somavam um valor aproximado de R\$1.300,00 (mil e trezentos reais)”. Defenderam terem sido ameaçados pela Sra. Juliana ao argumento de que, “caso não assinassem o contrato em questão, teriam que pagar aquele valor que a construtora já desembolsara”.

Alegaram que, “naquele instante o autor respondeu para a Sra. Juliana que não havia assinado nenhum contrato com a Construtora e que só tinha enviado seus documentos para avaliação”. Asseveraram que, “depois de conversarem e mesmo sabendo que não seriam obrigados a assinar o referido contrato, tiveram receio de problemas para o financiamento da outra casa que pretendiam adquirir, pois o respectivo finan-

ciamento também seria feito pela Caixa Econômica Federal, e acabaram optando pela aquisição do lote, assinando o contrato com a requerida”. Afirmaram que, após outro telefonema da Sra. Juliana, ainda foram compelidos a pagar uma nova taxa para esta. Disseram que, ao iniciar a construção, a demandada ainda deixou de proceder com a execução de obras de contenção, sendo inclusive notificada pela Defesa Civil. Argumentaram que, em março de 2010, com a ocorrência das chuvas, o barranco foi cedendo e a lama escorreu invadindo a residência dos demandantes. Alegaram que, em virtude da inércia da ré e do receio de que algo grave pudesse acontecer, optaram por construir um muro de contenção e depois buscar judicialmente o ressarcimento pelo gasto. Informaram ter pagado uma guia que não constava no cronograma de pagamentos pactuado entre as partes. Desta forma, requereram a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais), bem como danos materiais: R\$8.522,76 (arrimo e muro divisório). R\$543,06 (guia paga no dia 27/1/2010; R\$1.500,00 (despesa com a retirada de pedra) e R\$60,54 (viagem a Belo Horizonte).

O Juízo da Vara Única da Comarca de Cláudio julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais para condenar a construtora ao ressarcimento dos valores despendidos com a construção do muro e retirada da pedra do imóvel (f. 357/359).

Em seu recurso de apelação a demandada afirma não ser obrigada a custear a obra de construção do muro de arrimo e muito menos a retirada da pedra do imóvel. Assevera não ter obrigação de custear obras que não estejam no projeto de construção, tendo sido o imóvel aprovado por engenheiro credenciado pela CEF. Diz, ainda, que houve a concessão de “Habite-se”.

Nas contrarrazões, os autores rechaçaram os argumentos da apelante e pugnaram pela manutenção da sentença proferida.

Conheço do recurso, pois presentes seus requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia em dizer se a ré deve ser condenada ao ressarcimento dos custos com a construção do muro de arrimo e retirada da enorme pedra existente no imóvel.

Fixa-se, inicialmente, ser completamente irrelevante a existência, ou não, de cláusula expressa determinando a construção do muro de arrimo e a retirada da enorme pedra presente no imóvel, porquanto deve-se sempre buscar o justo equilíbrio contratual, mitigando-se, quando necessário, o clássico princípio do *pacta sunt servanda*.

Com efeito, a concepção clássica do contrato, baseada nos princípios da autonomia privada e intangibilidade do contrato (*pacta sunt servanda*), foi superada, dando lugar à cláusula geral da boa-fé objetiva, ao princípio do equilíbrio econômico e à função social do contrato.

Nesse sentido é a lição de Paulo Luiz Netto Lobo:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis.



O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária.

O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas (Paulo Luiz Netto Lobo, 2005, *passim*).

Traçando a atual limitação ao princípio do *pacta sunt servanda*, Cláudia Lima Marques pontifica:

O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, e relativo à máxima *pacta sunt servanda*. A nova Lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual. Na proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem *a posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente; quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As novas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da 'vontade', das expectativas legítimas do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática. Se, no direito tradicional, representado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850, já conhecíamos normas de proteção da vontade, considerada a fonte criadora e, principalmente, limitadora da força vinculativa dos contratos, passamos a aceitar no Brasil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como a equidade contratual e a boa-fé objetiva, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. RT, 2010. p. 939).

Em igual sentido leciona Antônio Herman V. Benjamin:

Fato é que a concepção clássica do contrato, construída no século XIX fundamentadamente a partir dos princípios da autonomia privada, da intangibilidade do contrato - *pacta sunt servanda* - e da relatividade das convenções, foi revista, dando lugar à cláusula geral da boa-fé objetiva, ao princípio do equilíbrio econômico e à função social do contrato (*Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT. 2007. p. 281).

Com efeito, tal observação há muitos anos já era feita pelo Ministro do STJ Ruy Rosado Aguiar. Conforme pontuava o sábio Ministro, o primado da vontade cedeu lugar ao da Justiça, senão vejamos:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocam seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual sanciona porque são úteis, como condição de serem justos [...]. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior que o de outros e nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença (STJ - REsp. 45.666-5-SP, j. em 17/5/1994, Rel. Min. Barros Monteiro).

No caso em apreço, relativamente ao muro de arrimo, a perícia produzida nos autos citou trecho das orientações da CEF em vigor, quando da construção da residência, e concluiu com segurança pela necessidade da edificação daquele e, portanto, do direito dos autores ao ressarcimento, senão vejamos:

Conforme parecer técnico da defesa civil do município, o terreno não apresentava estabilidade, devido a sua característica silte arenosa de fácil percolação de águas; com isso, era necessária a construção do

muro de arrimo para garantir a integridade física da edificação do autor e do seu confrontante do lado direito;

O réu não apresentou, conforme descrito nas orientações da Caixa Econômica Federal (Engenharia, Análise e Acompanhamento - Crédito Imobiliário) em vigor quando da construção item 3.2.5.3. (anexo à página 29 deste laudo pericial).

### 3.2.5.3 Taludes, Desníveis e Contenções:

Solução para contenção do aterro com finalidade de proteção de terreno contíguo, bem como previsão de contenção de terreno contíguo em cota superior ao empreendimento;

Previsão de contenção (arrimo) ou talude com proteção vegetal (quando a situação permitir) para ocorrência de desnível superior a 1,00m;

Apresentação de comprovação de estabilidade em ocorrência de talude com inclinação maior que 45° para aterro e 60° para corte;

Estes procedimentos eram obrigatórios para implantação de unidades na modalidade financiamento a construção à época.

e) Portanto como o terreno apresenta desnível superior a 1,00 metro na maioria da sua lateral direita e em sua totalidade na parte dos fundos, o réu deveria ter executado o 'muro de arrimo' antes do início das obras. Caso a solução fosse a execução de taludes, o réu deveria ter apresentado uma comprovação de estabilidade em ocorrência de talude com inclinação maior que 45° para aterro e 60° para corte; (f. 306/307).

No que tange à enorme pedra, sua presença no imóvel foi comprovada pelas fotografias e pela perícia (f. 311), sendo evidente o direito dos consumidores ao ressarcimento dos custos com a sua retirada, tal como bem fundamentado pela sentença:

Razão também assiste aos requerentes no que diz respeito à rocha existente no lote, mormente quando considerado que a requerida sequer refutou a assertiva lançada na inicial de que sua preposta garantiu que a pedra seria retirada.

Soma-se a isto o fato de que os registros fotográficos de f. 75 e 84 demonstram que a rocha ocupou parte considerável da área disponível no terreno alienado aos autores, sendo isto ocorrência suficiente para traduzir a necessidade de ser removida, pouco importante, para esse efeito, a ausência de previsão contratual.

A essa altura cumpre anotar que a circunstância de os demandantes terem realizado a vistoria do local e anuído com a entrega do imóvel não é capaz de afastar a possibilidade de reclamarem os prejuízos suportados em razão da má-execução da obra (f. 359).

De fato, o que se observa nos autos é uma flagrante ofensa ao postulado da boa-fé objetiva, que obriga os contratantes a agir, seja na fase de negociação ou de execução do contrato, segundo padrões éticos de confiança, lealdade e probidade. A respeito do tema, a doutrina traz importantes lições:

[...] a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta. Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial. No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no

sentido da recíproca cooperação, com consideração aos interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.

A boa-fé contratual traduz-se, pois, na imposição aos contratantes de um agir pautado pela ética da igualdade e da solidariedade.

Ao perseguir seus interesses particulares, devem as partes de um contrato conferir primazia aos objetivos comuns e, se for o caso, às relações existenciais sobre as patrimoniais, e à preservação da atividade econômica em detrimento da vantagem individual.

Em vez de um indivíduo tomado em si e por si, cuja liberdade se considerava bem supremo e intocável, a tutela da pessoa, instituída pelo sistema constitucional, atribui ao direito contratual novos deveres, qualificando-se o contrato com um instrumento de realização de objetivos que só merecem proteção se e enquanto estiverem de acordo com os valores da sociedade. Na base do projeto constitucional está a construção de uma sociedade mais justa e solidária (CF, art. 3º, I), atribuindo-se ao direito contratual, por meio de princípios como a boa-fé, papel fundamental nesta direção (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006. v. 2, p. 16-17).

*Data venia*, em se tratando de obras essenciais para que os consumidores possam utilizar o imóvel com segurança e plenitude, nada mais justo do que estas serem custeadas pela demandada.

Destarte, a aprovação da obra por engenheiro credenciado pela CEF e a concessão de “Habite-se”, obviamente não são motivos para afastar por completo qualquer responsabilidade da demandada perante os consumidores, devendo ser mantida a sentença combatida.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença proferida.

Custas recursais pela apelante.

Considerando o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoro em 20% (vinte por cento) o valor dos honorários de sucumbência devidos pela apelante (§ 11 do art. 85 do CPC).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCO AURELIO FERENZINI e VALDEZ LEITE MACHADO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.



Plano de saúde - Falecimento da autora - Dano moral.  
Transmissibilidade - Quimioterapia - Negativa de cobertura -  
Abusividade - Indenização devida

- O direito à reparação imaterial decorrente de ato ilícito transmite-se aos herdeiros da parte falecida no curso da lide.

- A concepção clássica do contrato, baseada nos princípios da autonomia privada e intangibilidade do contrato (*pacta sunt servanda*), foi superada, dando lugar à cláusula geral da boa-fé objetiva, ao princípio do equilíbrio econômico e à função social do contrato.

- A cláusula em contrato de plano de saúde que exclui a cobertura de procedimento de quimioterapia é manifestamente abusiva, pois coloca o consumidor em desvantagem exagerada e restringe obrigação fundamental à própria essência do contrato, que tem por finalidade precípua resguardar a saúde dos usuários.

- Sob a ótica da legislação consumerista revela-se inaceitável a tentativa das operadoras de plano de saúde de afastar a cobertura dos procedimentos dispendiosos, tal como a quimioterapia, para maximizar seus lucros.

- Nos contratos em geral, o mero inadimplemento não é causa de existência de danos morais. Todavia, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, no caso específico do contrato de plano de saúde, a injusta recusa de cobertura securitária médica enseja a presença de danos morais, na medida em que tal conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

- Doutrina e jurisprudência são uníssonas em reconhecer que a fixação do valor indenizatório deve-se dar com prudente arbítrio, para que não ocorra enriquecimento de uma parte, em detrimento da outra, bem como para que o valor arbitrado não seja irrisório, observados na situação fática os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, tal como assentado pelo STJ.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0180.13.002197-5/001 - Comarca de Congonhas - Apelante: Unimed Conselho Lafaiete Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Apelado: Espólio de Ronaldo Rezende - 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 REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2018. - *Estevão Lucchesi* - Relator.

#### **Voto**

DES. ESTEVÃO LUCCHESI - Cuida-se de ação cominatória de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais, ajuizada por espólio de Ronaldo Rezende contra Unimed Conselho Lafaiete -

Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Em sua inicial, o autor disse necessitar com urgência de tratamento oncológico, todavia, a ré teria negado a cobertura do tratamento de quimioterapia/radioterapia.

Defendeu ser abusiva a exclusão da cobertura no seu caso, bem como a presença de lesão a direito de personalidade. Assim, requereu a determinação de cobertura dos procedimentos e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Após regular tramitação do feito, sobreveio a sentença de f. 201/205, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

- Declarar insubsistente, em relação ao autor, a cláusula restritiva do contrato havido entre as partes, no que se refere à obrigação de arcar com o tratamento de químico e radioterapia que se fizeram necessários, condenando a requerida na obrigação de fazer, consistente em disponibilizar ao autor o tratamento devido, apenas como forma de confirmar a antecipação de tutela e sua validade no período em que vigorou, ante a notícia do falecimento do autor;

- Condenar a requerida na indenização por danos materiais, consistentes na restituição do valor mencionado às f. 74 - R\$1.184,00 (mil cento e oitenta e quatro reais) - posto que assim grafado na extensão que deve ser considerado em detrimento à numeração - corrigido monetariamente pelos índices da tabela da Egrégia Corregedoria de Justiça do TJMG, desde a data do evento lesivo (20/5/2013), nos termos da Súmula 43 do STJ, bem como sofrer incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (10/6/2013, f. 80-v), nos termos do art. 405 do Código Civil, eis que se trata de relação contratual;

- de danos morais no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais), devidamente corrigidos pela tabela da Corregedoria de Justiça do TJMG de acordo com a Súmula 362 do STJ, a partir desta decisão e com incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação nos termos do art. 405 do CC.

Condeno a Requerida, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, que entendo suficiente na observação dos parâmetros do § 2º do art. 85 do CPC.

Inconformada, a requerida apelou às f. 207/233, suscitando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do espólio, na medida em que o pedido de reparação de ordem moral é intransmissível. Alegou a existência de litisconsórcio necessário. No mérito, sustentou a existência de cláusula contratual válida que exclui a cobertura do tratamento buscado pelo autor. Disse que o contrato foi firmado antes da entrada em vigor da Lei 9.656/98, de forma que seriam inaplicáveis as suas disposições. Alegou a inexistência de danos morais e, alternativamente, requereu a redução do valor da indenização.

Contrarrazões de f. 236/243.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes seus requisitos de admissibilidade, analisando-se em conjunto o recurso principal e a apelação adesiva.

Preliminar de ilegitimidade ativa.

Analisando a preliminar de ilegitimidade ativa, tenho que não assiste razão à apelante.

*Data venia*, necessário reconhecer a transmissibilidade da demanda pertinente aos danos morais aos sucessores do autor, eis que se trata de direito patrimonial. Neste sentido é a orientação consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

Indenização por dano moral. Ação proposta pelo ofendido. Falecimento do titular no curso da ação. Legitimidade dos sucessores. Transmissibilidade do direito. 1. A Corte Especial deste Tribunal firmou o entendimento de que, embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus* (AgR no ERsp. 978.651/SP, Rel. Min. Felix Fischer. 2. Agravo regimental desprovido (AgR no AREsp 195.026/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. em 27/11/2012, DJe de 3/12/2012).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Nulidade da sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Dano moral. Falecimento do titular. Direito à indenização. Transmissibilidade aos herdeiros. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 191.601/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. em 11/2/2014, DJe de 25/2/2014).

Com estes fundamentos, rejeito a preliminar.

Preliminar - litisconsórcio necessário.

No que concerne à preliminar de existência de litisconsórcio necessário, sem razão a recorrente, pois a Associação dos Aposentados e Pensionistas de Congonhas e Região - ASAPEC agiu como estipulante dos contratos firmados entre seus associados e a operadora de plano de saúde.

Com efeito, não há legitimidade passiva do estipulante, excetuados casos de responsabilidade por mau cumprimento do mandato ou quando aquela cria nos segurados a expectativa de ser ela a responsável pelo plano em questão.

A propósito, confira-se:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Manutenção em plano de saúde. Ilegitimidade passiva do estipulante. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Aposentadoria. Incidência do art. 31 da Lei 9.656/98. Reajustes de mensalidades por mudança de faixa etária. Ausência de previsão contratual. Ilegalidade. I - A pessoa jurídica, ex-empregadora, é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide que visa a manutenção dos contratos de plano de saúde, nas mesmas condições de custeio e cobertura que o autor gozava quando da vigência do contrato de trabalho, tendo em vista se tratar de mera estipulante dos contratos, sendo o vínculo contratual estabelecido diretamente entre o segurado e as seguradoras. II - O conjunto probatório produzido nos autos comprova que o autor contribuiu, em função de seu vínculo empregatício, por um prazo superior a dez anos, razão pela qual faz jus à manutenção do plano de saúde, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral, conforme estabelece o art. 31 da Lei nº 9.656/98, sendo irrelevante o fato de ter exercido tal direito somente após ter sido dispensado sem justa causa, eis que já se encontrava aposentado. III - A variação de preço baseada na mudança de faixa etária é medida que encontra guarida no art. 15 da Lei nº 9.656/98 e, quando claramente informado ao segurado os valores e/ou percentuais de reajuste, em estrita observância ao art. 6º do CDC e ao princípio da transparência, e sem que haja onerosidade excessiva, não se revela ilegal ou abusiva. IV - Revelam-se ilegais os reajustes das mensalidades, por mudanças de faixa etária, quando ausente tal previsão no

contrato inicial, celebrado anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, sob pena de violação ao direito à informação, previsto no art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor. V.v.: Apelação cível. Sucumbência recíproca. Compensação de honorários advocatícios. - Nos termos dos arts. 22, 23 e 24, § 3º, da Lei nº 8.906/94, que contém o Estatuto da Advocacia, os honorários advocatícios pertencem aos advogados, como direito autônomo, sendo vedada a compensação (Des. Roberto Soares de Vasconcellos Paes) (TJMG - Apelação Cível nº 1.0145.13.006701-3/001, Rel. Des. João Câncio, 18ª Câmara Cível, j. em 15/9/2015, p. em 22/9/2015).

Destarte, não há que se falar em litisconsórcio necessário, razão pela qual rejeito a preliminar.

Mérito.

Fixa-se, inicialmente, que a relação jurídica entabulada entre as partes, porquanto atinente a plano de saúde, caracteriza-se como consumerista, estando submetida às disposições do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido dispõe a Súmula 469 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de Saúde”.

Neste contexto, deve-se ainda colocar em evidência que o contrato em questão é notoriamente classificado como de adesão, pois está claro que as cláusulas restritivas de cobertura foram estabelecidas unilateralmente pela recorrente, sem qualquer possibilidade de discussão ou modificação de seu conteúdo pelo aderente.

Nos tempos modernos de contratação em massa, infelizes dos contraentes se não tivessem o Judiciário como norte para coibir abusos e desmandos praticados pela parte mais forte em detrimento da vulnerabilidade do consumidor. Atualmente, o que se vê é uma esmagadora oferta de oportunidades para negócios, resultando na fabricação dos contratos de adesão, que, por sua vez, atuam como força a desequilibrar relações dessa natureza. Neste sentido, confira-se o brilhante voto proferido pela Juíza Maria Elza:

No mundo atual, em que a regra é a contratação em massa, via contratos de adesão ou condições gerais dos contratos, é de todo sabido que tanto a liberdade de escolha para contratar ou não contratar, como a possibilidade de negociar livremente as cláusulas contratuais, como a liberdade de escolher o outro contratante, tornaram-se supridas ou bastante limitadas. Fica difícil, pois, querer se utilizar do paradigma contratual clássico, que se baseava na aceitação unânime e absoluta dos princípios da autonomia da vontade, da igualdade contratual, da *pacta sunt servanda* e da liberdade contratual, para solucionar os problemas contratuais modernos, pois, sabe-se que, quase sempre, a aplicação daqueles paradigmas faz com que as decisões judiciais se tornem injustas e iníquas para a parte mais fraca, no caso o consumidor.

Constitui o presente contrato um acordo bilateral, porquanto produziu efeitos e, portanto, obrigações e direitos para ambas as partes. O segurado tem o direito de usufruir dos serviços médicos e o dever de pagar pela disponibilidade dos atendimentos, enquanto a contratada deve fornecer o atendimento médico pactuado ante o pagamento de uma mensalidade, verificando-se, pois, a interdependência entre as prestações.

No caso em apreço, a operadora de plano de saúde defende não ser devido o custeio da quimioterapia, em razão da existência de cláusula contratual que exclui a cobertura deste procedimento.

De fato, há no contrato entabulado entre as partes cláusula que exclui a mencionada cobertura, todavia, para completa compreensão de casos como este não é suficiente a simples leitura do instrumento contratual, sem a realização de maiores reflexões.



Portanto, deve-se primeiramente perquirir-se acerca da vontade das partes. A respeito, confira-se a lição de Alberto Amaral Jr:

É neste sentido de preocupação com o conteúdo da operação econômica, e não apenas com a sua forma, que o Código de Defesa do Consumidor, no § 1º do art. 51, exige que o intérprete avalie as relações em toda sua complexidade. As cláusulas devem ser apreciadas de forma finalística, verificando-se se o conteúdo do contrato se amolda aos princípios do art. 4º do Código (AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo”, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, p. 33).

Assim, ao firmar um contrato de assistência de saúde, o consumidor visa a tranquilidade e segurança de um bom atendimento, na medida em que Poder Público, infelizmente, deixa a desejar no seu dever de garantir a saúde de seus cidadãos.

Nessa quadra, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 51 prescreve:

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;

[...]

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

Comentando o mencionado dispositivo legal, Orlando Celso da Silva Neto assinala a íntima relação entre a abusividade contratual e o exercício das próprias razões em desrespeito à boa-fé objetiva:

Abuso é o exercício das próprias razões de forma exagerada, contrária à lei, aos costumes ou à boa-fé. Assim sendo, cláusula abusiva é a positividade contratual do abuso... (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense. 2013, p. 625).

Assim, a exclusão de cobertura em contratos de plano de saúde não pode ser arbitrária e alheia ao postulado da boa-fé objetiva.

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva tem por escopo preservar as legítimas expectativas dos contratantes, exigindo deles condutas pautadas na honestidade e lealdade. A segurança dos contratantes está no fato de ser tida como antijurídica qualquer conduta que gere vantagem injustificável e onerosidade excessiva para uma das partes, capaz de frustrar a satisfação dos interesses legítimos.

Noutro passo, convém ressaltar que o princípio da boa-fé objetiva possui três funções de suma importância para análise da relação contratual. A primeira função, e mais conhecida, é a criadora de deveres anexos, tais como dever de informação, segurança, cooperação e sigilo. A boa-fé também possui a função interpretativa-integrativa do direito e a função limitadora do exercício de direitos subjetivos. Essa última função foi positivada no art. 187 do Código Civil de 2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exer-

cê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A respeito, Eliton Vargas Lemos Prado nos esclarece que:

Outra função da boa-fé objetiva é a de servir como causa limitadora da conduta, reduzindo a liberdade de atuação dos contratantes, seja controlando a transferência dos riscos profissionais para o consumidor ou liberando em face da não razoabilidade de outra conduta. É uma função negativa, pois proíbe os contratantes de estabelecerem livremente o conteúdo do contrato ou de exercerem ilimitadamente os direitos dele advindos, através da imposição de um novo modelo de atuação não abusiva, baseado em valores de lealdade, confiança e respeito mútuo (Eliton Vargas Lemos Prado - dissertação apresentada como requisito para obtenção de mestrado junto à Universidade Estácio de Sá. Disponível em [http://portal.estacio.br/media/208938/elinton\\_vargas.pdf](http://portal.estacio.br/media/208938/elinton_vargas.pdf)).

A propósito desta questão intrigada a respeito da previsão dos riscos e coberturas no contrato de seguro e limitações advindas da boa-fé objetiva, observou com muita propriedade a Ministra Nancy Andrighi que:

Neste engenhoso mecanismo jurídico-econômico, a sociedade seguradora arrecada fundos junto a uma coletividade de pessoas, os segurados, celebrando contratos individuais, de forma que os esforços coletivos de poupança superem o valor de prejuízos estatisticamente verificáveis em certo período de tempo. Cada prejuízo individual é ressarcido pelo fundo comum administrado pela sociedade seguradora. Da diferença entre o total de indenizações pagas e o total de prêmios arrecadados, a seguradora retira sua remuneração.

Assim, a necessidade de segurança contra riscos que são individualmente incertos leva um grupo de pessoas, sob a administração de uma seguradora, a um esforço mútuo e recíproco para se precaver contra prejuízos que são coletivamente, e segundo cálculos estatísticos, certos. Tal fato revela a natural dificuldade doutrinária de se classificar um contrato que é individualmente aleatório, mas coletivamente comutativo. Não se ignora, portanto, que o contrato de seguro se assenta sobre a seleção de riscos, pois é inviável que um grupo de pessoas pretenda segurar-se contra todo e qualquer risco e, por outro lado, é inútil proteger-se contra nenhum risco.

É no processo de seleção de riscos que se revela o entrelaçamento de interesses que, em última instância, leva à celebração do contrato. O segurador busca maximizar as receitas que auferir para administrar o fundo comum que irá cobrir riscos bem delimitados, enquanto o segurado quer se proteger contra o maior número de riscos pelo menor custo possível. A vontade livremente expressa pelas partes na escolha dos riscos cobertos pela apólice deveria revelar, portanto, o ponto ótimo de equilíbrio contratual. Ocorre que isso nem sempre ocorre na prática e, como consequência, o Poder Judiciário é frequentemente chamado a solucionar litígios que envolvem cláusulas defeituosas, práticas comerciais abusivas e eventual má-fé de uma das partes contratantes.

Trata-se de boa-fé objetiva, devendo ser compreendida como regra de comportamento e não como mero estado subjetivo dos contratantes. Nesse sentido objetivo, a boa-fé exige que os contratantes se tratem com lealdade, de forma que a relação contratual não seja fonte de prejuízo para as partes. E mais do que ser fonte de deveres laterais, a boa-fé exerce papel relevante na limitação ao exercício inadmissível de posições jurídicas. A boa-fé restringe, portanto, o exercício de direitos, para que não se configure a abusividade. O contratante não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar o outro contratante (STJ - REL Nº 763.648 - PR (2005/0108429-5 - Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi).

Partindo desta premissa, fica fácil perceber que a cláusula contratual que exclui a cobertura de quimioterapia é sem dúvida alguma incompatível com a boa-fé ou a equidade.

*Data venia*, o câncer é uma das doenças que mais causa mortes no mundo atualmente, de forma que um contrato de plano de saúde que exclui procedimentos relacionados ao seu tratamento não se coaduna com a própria essência da avença, que é resguardar a saúde do consumidor.

Neste particular, o Código de Defesa do Consumidor expressamente declara ser exagerada a vontade que restringe obrigações inerentes à própria natureza do contrato e capazes a ameaçar seu objeto, senão vejamos:

Art. 51. [...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

[...]

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

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.

Cientes desta proteção legal a doutrina e o Poder Judiciário vêm repelindo certas práticas das operadoras em face do leigo consumidor de saúde. A propósito, colham-se as importantes conclusões do Congresso Nacional do Consumidor sobre o tema Seguro-saúde e Planos de saúde, publicadas na *Revista de Direito do Consumidor*, nº 26, p. 244/246:

Na regulamentação da matéria, o interesse social deve prevalecer sobre o interesse econômico, levando-se em conta o direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana (aprovada por unanimidade).

A interpretação dos contratos deve ser feita sob a regra da boa-fé (aprovada por unanimidade).

Ao negar cobertura a determinados tipos de doenças a empresa atenta contra os direitos - absolutos - à saúde e à vida dos segurados e tal disposição será tida por ilícita exatamente porque descumprida está a função do contrato (aprovada por unanimidade).

Todas as cláusulas inseridas em contratos de seguro-saúde que denotem o exercício antifuncional do direito de contratar são ilícitas, por configurarem abuso deste direito (aprovada por unanimidade).

O abuso de direito constitui fundamento jurídico na proibição de clausular abusivamente nos contratos de seguro-saúde (aprovada por unanimidade).

Seguindo este raciocínio, o ilustre doutrinador Nelson Nery Júnior assevera que:

É nula, por ofender a boa-fé, a cláusula geralmente inserida nos contratos de plano de saúde, de não cobertura de algumas moléstias, como AIDS e câncer. Quem quer contratar plano de saúde quer cobertura total, como é óbvio. Ninguém paga plano de saúde para, na hora em que adoecer, não poder ser atendido. De outro lado, se o fornecedor desse serviço exclui de antemão determinadas moléstias, cujo tratamento sabe dispendioso, estará agindo com má-fé, pois quer receber e não prestar o serviço pretendido pelo consumidor (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 570).

Desta forma, o ilustre doutrinador chama a atenção para a arbitrária conduta das operadoras de plano de saúde, que, a todo custo, tentam afastar a cobertura dos procedimentos dispendiosos, tal como a quimioterapia, para maximizar seus ganhos numa interminável ânsia por lucro.

Ocorre que o interesse social deve sempre prevalecer sobre o interesse econômico, tomando-se em conta o direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana, como bem decidido pelo Congresso Nacional do Consumidor.

Nesse diapasão, pouco importa a existência de cláusula expressa excluindo a cobertura da quimioterapia, até mesmo porque se deve sempre buscar o justo equilíbrio contratual, mitigando-se, quando necessário, o clássico princípio do *pacta sunt servanda*.

Veja bem, o entendimento de que o contrato deve ser cumprido em seus estritos termos, mesmo quando importa em vantagem excessiva de uma das partes e desvantagem elevada para a outra já se encontra superado na Doutrina. Nesse sentido é a lição de Paulo Luiz Netto Lobo:

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas, se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas (LOBO, Paulo Luiz Netto. 2005, *passim*).

Traçando a atual limitação ao princípio do *pacta sunt servanda*, Cláudia Lima Marques pontifica:

O Código de Defesa do Consumidor inova consideravelmente o espírito do direito das obrigações, e relativo à máxima *pacta sunt servanda*. A nova Lei vai reduzir o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, proibindo que se pactuem determinadas cláusulas, vai impor normas imperativas que visam proteger o consumidor, reequilibrando o contrato, garantindo as legítimas expectativas que depositou no vínculo contratual. Na proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual vem *a posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente; quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está inequitativo. As novas proibitórias de cláusulas abusivas são de ordem pública, imperativas, inafastáveis pela vontade das partes. Estas normas do CDC aparecem como instrumentos do direito para restabelecer o equilíbrio, para restabelecer a força da 'vontade', das expectativas legítimas do consumidor, compensando, assim, sua vulnerabilidade fática. Se no direito tradicional, representado pelo Código Civil de 1916 e pelo Código Comercial de 1850, já conhecíamos normas de proteção da vontade, considerada a fonte criadora e, principalmente, limitadora da força vinculativa dos contratos, passamos a aceitar no Brasil, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a existência de valores jurídicos superiores ao dogma da vontade, tais como a equidade contratual e a boa-fé objetiva, os quais permitem ao Poder Judiciário um novo e efetivo controle do conteúdo dos contratos de consumo (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. 2010. RT, p. 939).

Em igual sentido leciona Antônio Herman V. Benjamin:

Fato é que a concepção clássica do contrato, construída no século XIX fundamentadamente a partir dos princípios da autonomia privada, da intangibilidade do contrato - *pacta sunt servanda* - e da relatividade das convenções, foi revista, dando lugar à cláusula geral da boa-fé objetiva, ao princípio do equilíbrio econômico e à função social do contrato (*Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 281).

Com efeito, tal observação há muitos anos já era feita pelo Ministro do STJ Ruy Rosado Aguiar. Conforme pontuava o sábio Ministro, o primado da vontade cedeu lugar ao da Justiça, senão vejamos:

Os princípios fundamentais que regem os contratos deslocam seu eixo do dogma da autonomia da vontade e do seu corolário da obrigatoriedade das cláusulas, para considerar que a eficácia dos contratos decorre da lei, a qual sanciona porque são úteis, como condição de serem justos [...]. O primado não é da vontade, é da justiça, mesmo porque o poder da vontade de uns é maior que o de outros e, nos contratos de adesão, como é o caso dos autos, é mínimo o componente de vontade do aderente para estabelecer o conteúdo da avença (STJ - REsp. 45.666-5-SP, j. em 17/5/1994, Rel. Min. Barros Monteiro).

Nessa ordem de ideias, não se revela nem um pouco justo que o consumidor cumpra suas obrigações contratuais, suportando o pagamento das elevadas mensalidades cobradas pelas operadoras de plano de saúde, para, no momento de maior necessidade, ter negada a cobertura do procedimento capaz de lhe restituir a saúde.

Impõe-se, então, concluir ser devida a cobertura do tratamento de quimioterapia, conforme jurisprudência iterativa deste Tribunal de Justiça Mineiro:

Ação declaratória de nulidade c/c cominatória. Plano de saúde. Exclusão de cobertura. Câncer. Exclusão do tratamento de quimioterapia. Informação no ato da contratação. Ainda que celebrado o contrato de plano de saúde antes do advento da Lei 9.656/98, as previsões nele encerradas devem ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor. É abusiva a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que exclui a cobertura para o tratamento de câncer, por afronta aos arts. 46 e 47 do CDC, principalmente quando não foi comprovado que o aderente conhecia tal exclusão (Apelação Cível nº 1.0103.08.006662-6/001, Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. em 23/7/2009, p. em 18/8/2009).

Apelação cível. Plano de saúde. Cláusula abusiva. Consumidor em desvantagem exagerada. Dificuldade de compreensão do sentido e alcance da previsão. Indenização por danos morais. Valor. 1. Deve ser reconhecida a abusividade de cláusula de exclusão constante em contrato de plano de saúde, quando referida cláusula coloca o consumidor em desvantagem exagerada, dificultando sua compreensão sobre o sentido e alcance da previsão. 2. A recusa injusta de cobertura de tratamento necessário à preservação da saúde do paciente se afigura manifestamente abusiva. 3. É devida a indenização por danos morais nas hipóteses de recusa injusta do plano de saúde à cobertura de tratamento de quimioterapia e radioterapia, uma vez que referida conduta agrava a situação de angústia do segurado, que já se encontra com a saúde debilitada. 4. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (Apelação Cível nº 1.0024.09.510411-3/001, Rel. Des. Wagner Wilson, j. em 2/10/2013, p. em 11/10/2013).

Plano de saúde. Ação de obrigação de fazer. Quimioterapia. Medicamentos de uso domiciliar. - Quando determinada pelo médico associado a necessidade de medicamentos de uso domiciliar, mister se faz o custeio de tal medicamento. - É nula a cláusula que prevê a exclusão de determinada cobertura, se a

mesma fere a finalidade básica do contrato, ou seja, limita direitos essenciais à garantia do bem-estar e à vida do usuário do plano de saúde (Apelação Cível nº 1.0145.08.500330-2/004, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. em 7/10/2010, p. em 26/10/2010).

É, pois, obrigação da apelante a cobertura de todos os exames e procedimentos necessários ao completo diagnóstico da enfermidade enfrentada pelo consumidor, sendo abusiva a limitação destes.

Doutro norte, descabida a alegação de que são legítimas as negativas de cobertura, uma vez que correspondente a procedimentos não cobertos em contrato de plano de saúde não regulamentado, anterior à vigência da Lei nº 9.656/98.

Sobre o assunto, o entendimento sedimentado no STJ é de que, ainda que não se possa aplicar a Lei nº 9.656/98 retroativamente, os contratos de plano de saúde celebrados anteriormente à entrada em vigor dessa legislação estão sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, considerando-se que as obrigações convencionadas nesses contratos são de trato sucessivo.

Destarte, não merece reparos a sentença neste ponto.

De outro norte, quanto à violação do disposto no art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98, tem-se que em nenhum momento a requerida aviou tal alegação, caracterizando verdadeira inovação, o que não pode ser aceito.

Dessa forma, deve ser mantida a sua condenação na restituição dos valores pagos pela parte autora.

Outrossim, o hodierno entendimento jurisprudencial, especificamente quanto à situação fática aqui analisada, tem se inclinado a uma visão mais elástica, no sentido de que, relativamente ao relacionamento entre segurado e plano de saúde, em momentos críticos de atendimento de urgência, é evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Neste particular, oportuno transcrever posicionamento adotado em voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi, no REsp nº 993.876/DF, 3ª Turma, DJe de 18/12/2007:

[...] traçou-se um levantamento histórico da jurisprudência específica do STJ a respeito desse pedido de danos morais, ficando ali consignado que, de início, o Tribunal não reconhecia o direito à compensação, vislumbrando mero inadimplemento contratual nessas circunstâncias; porém, a partir de 2004, “passou-se a adotar tese segundo a qual o dano moral pela indevida recusa em fornecer o serviço de seguro esperado pelo consumidor, em momento de extrema angústia como a que se analisa nos presentes autos, decorre diretamente desse próprio fato

[...]

Embora se reconheça que a regra geral, nessa matéria, seja a de que o mero inadimplemento contratual não gera, por si só, dano moral, verifica-se que, na hipótese dos autos, não é preciso que se demonstre a existência do dano extrapatrimonial. Acha-se ele *in re ipsa*, ou seja, decorre dos próprios fatos que deram origem à propositura da ação, pelos quais é possível verificar consequências de cunho psicológico que são resultado direto do inadimplemento culposo. A propósito, confira-se o seguinte julgado:

“Civil. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Negativa ilegal de cobertura, pelo plano de saúde, a atendimento médico de emergência. Configuração de danos morais. Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Recurso especial provido (STJ, REsp 907718/ES, 3ª Turma, Rel.ª Ministra Nancy Andrighi, j. em 7/10/2008).



Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, colhe-se:

Indenização. Danos morais e materiais. Código de Defesa do Consumidor. Defeito na prestação de serviços. Negativa de atendimento. Reparação devida. Valor. Ao contrato de prestação de serviços de atendimento médico, denominado de plano de saúde, são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, evidenciando um contrato de adesão e uma relação de consumo entre os contratantes. A negativa indevida de atendimento dá ensejo à indenização por danos materiais e por danos morais, porque gera irresignação, humilhação e perplexidade, obrigando o consumidor a realizar despesas que não esperava. Recurso provido (Apelação Cível nº 1.0699.08.083283-4/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Evangelina Castilho Duarte, j. em 16/9/2010).

Ação de indenização c/c obrigação de fazer. Plano de saúde. Cobertura negada. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Fato negativo. Ônus do réu. Dano moral puro. Indenização devida. Majoração. Cabimento. Aplicável aos contratos de plano de saúde as regras do Código de Defesa do Consumidor. A negativa de cobertura do plano de saúde por não encontrar sequer respaldo contratual é ilegítima e configura situação passível de compensação financeira pelos danos morais e materiais gerados, aqueles que decorrem da dor, angústia e sofrimentos desnecessariamente suportados pela autora em virtude da atitude abusiva da Operadora. Não restando comprovado o nexo causal entre o valor gasto a título de danos materiais e a negativa de atendimento, deve ser mantida a improcedência do pleito. Em se tratando o caso de fato negativo, o autor não tem o ônus de provar a inexistência do fato constitutivo do aludido débito. O réu é que deverá provar esse fato. Ao autor, nesse caso, incumbirá provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do mesmo débito, que porventura tenha alegado na inicial. A ocorrência do dano simplesmente moral, também chamado dano moral puro, sem repercussão no patrimônio, não exige do ofendido a prova efetiva do dano, bastando demonstrar os fatos e a existência de um constrangimento, de tal porte que seja capaz de atingir a dignidade da pessoa humana (Apelação Cível nº 1.0024.07.806087-8/002, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 9/7/2009).

Atento a estas orientações, tenho que no caso em apreço se encontra palpável a lesão de ordem moral ao consumidor. O usuário suporta o pagamento mensal de plano de saúde particular, com pesados custos, justamente para que, quando lhe falte a saúde, tenha a segurança de ser amparado, não por mera liberalidade, mas em virtude do cumprimento de uma obrigação avençada.

Inegavelmente, quando somos portadores ou estamos às voltas com familiares com graves problemas de saúde, nos encontramos mais fragilizados e sensíveis em virtude da doença que nos visita.

Todos nos abastecemos de esperança e nos fortalecemos para enfrentar e superar esta adversidade. A luta pela sobrevivência é um instinto natural do ser humano.

Todavia, em virtude de uma equivocada e injusta interpretação da operadora do plano de saúde, contrariando, na maioria das vezes, a solicitação do médico e pacífica jurisprudência, somos impedidos de ter acesso a determinado recurso médico, que nos possibilitaria continuar vivendo.

Neste momento delicado, nossa ilusão de amparo é prontamente modificada para abandono. Como não se sentir agredido em virtude desta grave violação?

Destarte, esta recusa abusiva nos gera inegável abalo moral. Somos agredidos em nossa esfera psíquica, nossas emoções são provocadas, nossa indignação é acionada, nossa paz é perturbada, nossa alma é magoada, nossa esperança é mutilada, assim, este quadro não se equivale a mero dissabor, que faz parte de nosso cotidiano; pelo contrário, estamos em uma situação excepcional de anormalidade, mas, mesmo assim, impiedosamente não somos amparados, e somente estaremos livres desta situação se buscarmos o auxílio do Judiciário. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firmado, vejamos:



Recurso especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura integral. Prótese necessária ao sucesso do tratamento médico. Danos morais. Cabimento. Matéria pacificada. 1. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que, ainda que admitida a possibilidade de o contrato de plano de saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor, revela-se abusiva a que exclui o custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento da doença coberta pelo plano. Precedentes. 2. “Nos termos da jurisprudência reiterada do STJ, ‘a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito’ (REsp 657717/RJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, DJ de 12/12/2005)” (AgRg no Ag 1318727/RS, de minha relatoria, Quarta Turma, j. em 17/5/2012, DJe de 22/5/2012)”. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 512.109/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 24/6/2014, DJe de 1º/8/2014).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Contrato. Plano de saúde. Negativa de cobertura indevida. Danos morais configurados. - Na linha dos precedentes desta Corte, a indevida negativa de cobertura de tratamento ou atendimento por parte de plano de saúde, caracteriza dano moral indenizável. - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 511.754/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 10/6/2014, DJe de 13/6/2014).

Outrossim, entendo que o caso em questão merece especial apreço. As empresas operadoras de plano de saúde são de grande porte e suas ações causam reflexos num universo considerável de consumidores, por isso, deveriam agir com mais prudência na relevante prestação dos serviços médicos, adotando uma postura mais humana e razoável diante dos tratamentos que lhes são solicitados.

Penso que, tal como ocorre na hipótese em apreço, quando a jurisprudência já se sedimentou no sentido de manter a cobertura, não deveriam resistir a proporcionar ao paciente e familiares o indispensável alento no momento crucial da existência, sob pena de prejudicar pessoas de boa-fé.

Dessa forma, deve ser mantida a sentença que reconheceu a existência de danos morais do requerente falecido.

Numa outra perspectiva, sabe-se que a mensuração do dano moral é tarefa extremamente difícil imposta ao magistrado, tanto pela sua própria natureza, quanto pela falta de critérios objetivos. Neste 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 (CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. Editora Malheiros, p. 83).

E o magistério de Maria Helena Diniz e de Caio Mário da Silva não discrepa:

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*, n. 3, de 31/3/1997).

[...] 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).

Assim, doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que, para a fixação do valor da compensação em casos como este, deve-se considerar a extensão do dano experimentado pela vítima, a repercussão no meio social, a situação econômica do ofendido, bem como do agente causador do dano, para que se chegue a uma justa composição, evitando-se, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou seja inexpressivo.

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).

Na espécie, considerando a gravidade da conduta da operadora de planos de saúde, ao se negar a custear tratamento médico de urgência, em paciente cuja gravidade do estado foi atestada inequivocamente pelo profissional médico, bem como a extensão da dor moral experimentada, tenho que a quantia de R\$15.000,00 (quinze mil reais) atende aos preconizados preceitos da proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre o valor devido, incidirão juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação e correção monetária, pela tabela da Corregedoria de Justiça, desde a publicação do acórdão.

Destarte, não merece reparos a bem lançada sentença de Primeiro Grau.

Diante do exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a sentença proferida pela Culta Magistrada, Dra. Flávia Generoso de Mattos.

Majoro os honorários advocatícios para 20% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do NCPC/2015.

Custas recursais pela apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCO AURÉLIO FERENZINI e VALDEZ LEITE MACHADO.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Jurisdição voluntária - Retificação de registro civil - Suposta ausência de interesse de agir - Realização direta perante o Oficial Registrador na via extrajudicial - Faculdade da parte interessada - Ascendente imigrante italiano - Legitimidade ativa *ad causam* da descendente - Desnecessidade da presença em juízo de todos os integrantes da família - Finalidade - Obtenção de cidadania italiana - Extinção do processo sem resolução de mérito - Impossibilidade - Teoria da Causa Madura - Aplicabilidade - Apreciação do mérito da demanda - Art. 1.013, § 3º, I, do CPC - Recurso provido - Sentença cassada - Constatação de equívoco - Aparente inexistência de prejuízo a terceiros - Pedidos julgados procedentes

- O pedido de retificação de registro civil perante o Oficial Registrador, na via extrajudicial, constitui faculdade da parte, não havendo óbice à sua efetivação mediante procedimento judicial, pelo que deve ser afastada a preliminar de ausência de interesse de agir reconhecida em primeira instância.

- A descendente tem legitimidade para pleitear a retificação de registro civil de ascendente já falecido com o objetivo de adquirir segunda nacionalidade.

- “Desnecessária a inclusão de todos os componentes do tronco familiar no polo ativo da ação, uma vez que, sendo, via de regra, um procedimento de jurisdição voluntária, no qual não há lide nem partes, mas tão somente interessados, incabível falar-se em litisconsórcio necessário, máxime no polo ativo, em que sabidamente o litisconsórcio sempre se dá na forma facultativa” (STJ, 4ª Turma, REsp 1.138.103-PR, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. em 6/9/2011, DJe de 29/9/2011, LEXSTJ 266/244).

- De acordo com a norma prevista no art. 1.013, § 3º, I, do CPC, e, em nome dos princípios da efetividade e celeridade processuais, deve a Teoria da Causa Madura ser aplicada aos casos de extinção do processo sem resolução de mérito, quando o processo já estiver em condições de imediato julgamento. Sentença cassada.

- Havendo justo motivo – obtenção de outra nacionalidade – e inexistindo aparente prejuízo a terceiros, deve ser julgado procedente o pedido de retificação em registro público, atendendo, de forma concreta, o princípio de verdade real que norteia o assentamento público, de modo a espelhar a realidade dos fatos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0392.17.002395-7/001 - Comarca de Malacacheta - Apelante: Rosana Charbaje Colen - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA E, NOS TERMOS DO ART. 1.013, § 3º, I, DO CPC, JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS.

Belo Horizonte, 25 de outubro de 2018. - *Elias Camilo Sobrinho* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. ELIAS CAMILO SOBRINHO - Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença de f. 86/87, que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir e por ilegitimidade ativa *ad causam*, ressaindo ausente a condenação da apelante ao pagamento das custas e despesas processuais por litigar sob o pálio da assistência judiciária gratuita.

Insurge-se a apelante nas razões recursais e documentos de f. 89/134, sustentando, em suma, que o pedido formulado na inicial perante o Oficial Registrador, na via extrajudicial, constitui faculdade da parte, não havendo óbice à sua efetivação mediante procedimento judicial. Assevera que a descendente tem legitimidade, inclusive em relação a terceiros interessados, para pleitear a retificação de registro civil de ascendente já falecido, com o objetivo de adquirir segunda nacionalidade.

No mérito, ressalta a existência de justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros. Assim, com fulcro no art. 1.013, § 3º, I, do CPC, pugna pelo provimento do recurso para cassar a sentença, julgando procedente o pedido inicial.

Sem contrarrazões.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, opinando pelo provimento do recurso para, reformando a sentença, julgar procedentes os pedidos iniciais (f. 140/142).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Passo à decisão.

Infere-se dos autos que a apelante, Rosana Charbaje Colen, ajuizou a presente ação retificação de registro civil, em que busca provimento jurisdicional que lhe assegure o direito de ter retificado seus registros civis e de seus parentes. Assevera que é descendente do italiano Nicola Mazzinghi e, por erro material ocorrido no registro civil deste no Brasil, e nos registros de seus descendentes, constou o sobrenome grafado como Mazzinghy. Afirma que a diferença estaria impedindo a apelante de conseguir a cidadania italiana.

Em primeiro aspecto, cinge-se a controvérsia a verificar se a apelante detém interesse processual.

O interesse de agir deve ser visto sob o enfoque estritamente processual, pois consiste em poder a parte, em tese, buscar a tutela jurisdicional. Ressalta-se que existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando esta tutela jurisdicional pode trazer-lhes alguma utilidade do ponto de vista prático.

O ajuizamento da demanda é uma faculdade que não pode ser afastada da parte interessada, sob pena de ofensa à garantia constitucional de acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrados no inciso XXXV do art. 5º da CF/1988, pelo que deve ser afastada a alegação de falta de interesse de agir reconhecida em primeira instância.

Sobre a questão, em caso análogo, destaca-se da precedência deste egrégio Tribunal: 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0414.17.000790-3/001, Relator Des. Gilson Soares Lemes, acórdão de 22/2/2018, p. em 5/3/2018.

Em segundo aspecto, impende asseverar que, nos termos da Lei nº 6.015/1973, os registros deverão corresponder à realidade dos fatos, de modo a reparar os equívocos da grafia incorreta.

Assim, a descendente tem legitimidade para pleitear a retificação de registro civil de ascendente já falecido com o objetivo de adquirir segunda nacionalidade. De mais a mais, não se revela razoável limitar a legitimidade ativa ao ancestral já falecido, inviabilizando que o(a) descendente vivo(a) exerça seu direito a segunda nacionalidade.

Com efeito, possuindo a autora, aqui apelante, legitimidade ativa para os termos da ação, não pode subsistir a sentença que extinguiu o processo sem resolução do mérito por tal motivo, *data venia*.

Nesse exato sentido, vem a lume deste egrégio Tribunal: 3ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0430.14.001417-5/001, Relator Des. Jair Varão, acórdão de 18/2/2016, p. em 4/3/2016; 7ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0441.13.003157-4/001, Relator Des. Oliveira Firmo, acórdão de 24/11/2015, p. em 30/11/2015.

Insta salientar, também, a desnecessidade do chamamento de todos os membros da família interessados na retificação, a fim de obter a dupla cidadania no polo ativo da ação, razão pela qual a apelante tem legitimidade, inclusive, para pleitear a retificação dos registros públicos de seus filhos, irmã e sobrinho. Aliás, sobre o tema, destaca-se do Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Registro público. Nome civil. Retificação do patronímico. Erro de grafia. Pretensão de obtenção de dupla cidadania. Possibilidade. Desnecessidade da presença em juízo de todos os integrantes da família. - A regra da inalterabilidade relativa do nome civil preconiza que o nome (prenome e sobrenome), estabelecido por ocasião do nascimento, reveste-se de definitividade, admitindo-se sua modificação, excepcionalmente, nas hipóteses expressamente previstas em lei ou reconhecidas como excepcionais por decisão judicial (art. 57 da Lei 6.015/75), exigindo-se, para tanto, justo motivo e ausência de prejuízo a terceiros. - No caso em apreço, o justo motivo revela-se presente na necessidade de suprimento de incorreções na grafia do patronímico para a obtenção da cidadania italiana, sendo certo que o direito à dupla cidadania pelo *jus sanguinis* tem sede constitucional (art. 12, § 4º, II, *a*, da Constituição da República). - A ausência de prejuízo a terceiro advém do provimento do pedido dos recorridos – tanto pelo magistrado singular quanto pelo tribunal estadual –, sem que fosse feita menção à existência de qualquer restrição. Reexame vedado pela Súmula 7 do STJ. - Desnecessária a inclusão de todos os componentes do tronco familiar no polo ativo da ação, uma vez que, sendo, via de regra, um procedimento de jurisdição voluntária, no qual não há lide nem partes, mas tão somente interessados, incabível falar-se em litisconsórcio necessário, máxime no polo ativo, em que sabidamente o litisconsórcio sempre se dá na forma facultativa. - Recurso especial não provido (STJ, 4ª Turma, REsp 1.138.103-PR, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, j. em 6/9/2011, DJe de 29/9/2011, LEXSTJ 266/244).

Em igual sentido, daquele Colendo Tribunal Superior, em sede de decisão monocrática: REsp nº 1.005.021-PR, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 25/6/2018, DJe de 28/6/2018.

Assim, dou provimento ao recurso para afastar a decisão que extinguiu o processo, sem resolução de mérito, por ausência de interesse processual e por ilegitimidade ativa *ad causam*, cumprindo asseverar que, no caso concreto, estando presentes os pressupostos do art. 1.013, § 3º, I, do CPC, tendo em vista que se trata de questão exclusivamente de direito e o processo se encontra em condições de imediato julgamento, passo ao exame do mérito do pedido inicial.

Importa consignar que a retificação do registro civil é medida excepcional, admitida apenas mediante comprovação cabal do erro nos dados nele inseridos, conforme se depreende da leitura da Lei nº 6.015/1973:

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

[...].

Defende a apelante a necessidade de uniformidade nos dados e nomenclaturas de seus ancestrais, excluindo o empecilho que impossibilita o reconhecimento da cidadania italiana oriunda de seu avô italiano Nicola Mazzinghi. E, através dos documentos que instruem os autos, é possível constatar que as alegações são suficientes para justificar as retificações dos documentos da apelante e de seus familiares já falecidos.

Segundo a certidão de nascimento emitida pelo Registro Civil Italiano da Província de Chieti, o nome original do avô da apelante é Nicola Mazzinghi (f. 55). Fica claro e evidente, portanto, que o prenome não é Nicolas ou Nicolau, como foi grafado em alguns documentos lavrados no Brasil.

Em relação ao sobrenome, constata-se, também, erro material, possivelmente causado por se tratar de patronímico estrangeiro. De fato, a certidão retrocitada evidencia que a escrita correta é Mazzinghi com “i” no final e não com “y”, como ocorreu com os registros realizados no Brasil.

Assim, é plausível a alegação da apelante quanto ao pedido de retificação em seus registros de nascimento e de casamento.

A apelante tem também legitimidade, conforme expandido anteriormente, para requerer retificação nos assentamentos dos parentes já falecidos, como do próprio avô Nicola Mazzinghi e da avó Maria dos Anjos Mazzinghi Charbaje.

Não é excesso de zelo asseverar que tudo isso decorre do interesse de agir da apelante, que almeja as retificações dos documentos dos familiares já falecidos para pleitear a cidadania italiana. De fato, a retificação pretendida não terá o condão de causar prejuízos a terceiros, já que não acarretará mudanças significativas no meio social.

Ora, havendo justo motivo – obtenção de outra nacionalidade – e inexistindo aparente prejuízo a terceiros, deve ser julgado procedente o pedido de retificação em registro público, atendendo, de forma concreta, o princípio de verdade real que norteia o assentamento público, de modo a espelhar a realidade dos fatos.

A propósito, sobre a questão de fundo, destacam-se, mais uma vez, da precedência deste egrégio Tribunal: 1ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0216.15.008386-5/001, Relator Des. Alberto Vilas Boas, acórdão de 26/9/2017, p. em 4/10/2017; 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0699.14.013415-5/001, Relatora Des.<sup>a</sup> Yeda Athias, acórdão de 9/5/2017, p. em 19/5/2017.

Com tais considerações, dou provimento ao recurso para, reconhecendo o interesse de agir e a legitimidade ativa *ad causam* da apelante, cassar a sentença e, com fundamento no art. 1.013, § 3º, I, do CPC, julgar procedentes os pedidos nos exatos termos formulados na inicial.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JUDIMAR BIBER e JAIR VARÃO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA CASSAR A SENTENÇA E, NOS TERMOS DO ART. 1.013, § 3º, I, DO CPC, JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS.

• • •

## Apelação cível - Ação de indenização por danos morais - Acusação de prática de crime de furto - Divulgação para terceiros - Danos morais - Configuração

- A imputação da prática de crime a cliente do estabelecimento, bem como a divulgação do fato perante terceiros, causa para aquele danos morais, mormente se provado que o ato não foi por ele praticado.

- A abordagem de clientes por empresas, em que pese constitua exercício regular de direito (art. 188, I, CC), deve ser efetivada com o máximo de discrição, para que não haja exposição vexatória daqueles.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0520.14.002531-0/001 - Comarca de Pompéu - Apelante: Drogaria Popular Pompeana Ltda. - Apelado: José Soares de Oliveira - Relatora: Des.<sup>a</sup> APARECIDA GROSSI**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Aparecida Grossi* - Relatora.

### Voto

DES.<sup>a</sup> APARECIDA GROSSI - Trata-se de recurso de apelação interposto pela Drogaria Popular Pompeana Ltda. contra a sentença proferida nos autos da ação indenizatória ajuizada por José Soares de Oliveira, que julgou procedente o pedido inicial, nos seguintes termos (f. 73/77):

Lastreado nos fundamentos aqui expostos, julgo procedente o pedido, para condenar a ré a pagar ao autor o montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais), acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), além de correção monetária pelos índices CGJMG, desde data da presente decisão (Súmula 362 do STJ).

Em razão da sucumbência, condeno a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

A requerida aviu embargos de declaração às f. 78/79, os quais foram rejeitados, nos termos da decisão de f. 80.

Nas razões recursais, a recorrente afirmou, de forma sucinta, que

[...] 'o conjunto probatório apresentado acima não é suficiente para comprovar que a apelante cometera qualquer ato ilícito passível de reparação e a sentença deve ser reformada.'

Destacou alguns trechos dos depoimentos testemunhais que lhe favorecem e, ao final, pleiteou a reforma da sentença, para que seja julgado improcedente o pedido indenizatório.



Contrarrazões pelo apelado à f. 87, pugnando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Juízo de admissibilidade.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise de suas razões.

Preliminares.

Não há preliminares a serem enfrentadas.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia à análise da possibilidade de ser a apelante responsabilizada por suposto dano moral causado ao apelado em razão da conduta de seu funcionário, que imputou a esse a prática do crime de furto de celular no interior do seu estabelecimento comercial.

Inicialmente, releva assinalar que, por se tratar de incontroversa relação de consumo, aplicável o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, *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.

Assim, incide a responsabilidade objetiva, quando se tratar de danos causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação de serviços, sendo desnecessária, portanto, a comprovação da culpa da requerida.

Nesse sentido, a fornecedora só não será responsabilizada, quando o defeito inexistir ou se houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sobre o tema, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura).

Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva, porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do *onus probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida.

Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano (*Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22).

Convém esclarecer, *a priori*, que o Código de Defesa do Consumidor não alterou as regras do ônus da prova estabelecidas no art. 373 do CPC, permanecendo, para a parte autora, a prova dos fatos constitutivos do direito invocado e, para a parte ré, a dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

A partir daí, forçoso concluir que incumbe ao autor provar a conduta lesiva, supostamente praticada com excesso, pelo preposto da ré, bem como deve demonstrar a situação vexatória à qual foi exposto.

Compulsando os autos, extrai-se que, após ter realizado uma compra no estabelecimento comercial requerido, a irmã do autor foi surpreendida por um funcionário daquele e um terceiro, os quais alegavam que o recorrido havia cometido furto de um telefone celular no referido local.

Diante da situação relatada, foi lavrado Boletim de Ocorrência a pedido do autor (f. 13/14), através do qual relatou os fatos ocorridos, a saber:

Relata a vítima que efetuou uma compra na farmácia Farmelhor; que algumas horas após sair da farmácia, sua irmã Nair foi procurada por um indivíduo conhecido por Zezinho, sendo que este estava acompanhado por um funcionário da citada Farmácia; que Zezinho alegou que teve seu celular furtado e que funcionários na Farmácia, ao verificarem os vídeos das câmeras de segurança apontaram como suspeito, a vítima em questão; que, ao ser informado por sua irmã do ocorrido, dirigiu-se ao estabelecimento na companhia de sua filha Glauciene, para resolver a questão; chegando lá já havia um cidadão devolvendo o aparelho, que tal cidadão tem aparência física bem diferente da vítima; que se sentiu constrangido com todo o ocorrido e deseja registrar o fato para providências cabíveis; que Zezinho mora no prédio laranja em frente a Apae.

*In casu*, a prova testemunhal corrobora a alegação do autor de que o preposto da ré praticou conduta ilícita, na medida em que imputou a ele, indevidamente, a prática do crime de furto, externando sua suspeita para terceiros.

Nota-se que o preposto da ré se dirigiu à residência do autor, onde relatou o ocorrido para quem os recebeu, mesmo estando esse ausente, bem como compareceu ao trabalho da filha do requerente, solicitando a sua presença na farmácia para analisar as imagens de monitoramento de câmeras.

Dos depoimentos testemunhais colacionados aos autos, sobressaem as seguintes informações:

Arivelto Alves Barbosa (f. 59/60): que atualmente trabalha junto à Drogaria Americana; [...] que trabalhou na empresa ré por um ano e oito meses; [...] que um cliente confundiu suspeitando que o autor tenha sido o responsável pela subtração de seu celular; que Zezinho foi quem desconfiou que fosse o autor o responsável pela subtração do celular; que, em determinado instante, Zezinho sentiu falta do celular, ocasião em que inúmeros clientes já haviam deixado a farmácia; que, apavorado, Zezinho pediu ao proprietário da farmácia Pedro que averiguasse junto ao sistema de monitoramento por câmera; que, vistas as imagens, Zezinho relatou que fora o autor quem tinha se apoderado do aparelho celular; [...] que o depoente compareceu à casa do autor requerente acompanhando de Zezinho; que compareceram então à casa do autor, residente junto à rua Olegário Maciel; que, chegando à residência do requerente, tendo sido atendido por uma senhora, cujo parentesco nada sabe a respeito do autor, que questionou tal senhora se, por algum motivo, o autor havia se confundido e pegado de forma equivocada outro celular que não só o seu; [...] que, diante da informação de que o autor ainda estava na cidade fazendo compras, decidiram comparecer junto ao supermercado do Chicão; que foram ao supermercado, mas não encontraram o autor, tendo retornado à farmácia; que, após voltar à farmácia nada sabe; que ouviu relatos que

Zezinho chegou a comparecer até no serviço da filha da senhora que o atendeu na residência; que sabe que Zezinho recuperou o celular.

José Gumercindo Rocha Pereira (f. 67/69): [...] que sabe que o furto foi capturado por sistema de filmagem do local; que o celular foi restituído posteriormente ao depoente; [...] que o celular do depoente foi subtraído no dia em que lá esteve na farmácia o autor; que a tentativa de procurar o requerente foi para visualizar se o mesmo havia levado por engano o celular; que compareceram no trabalho da filha do autor no intuito de que esta comparecesse na farmácia e averiguasse pelo sistema de filmagens, bem como se reconheceria pelas imagens o pai; que não houve o reconhecimento de tal pessoa após vistas as imagens; [...].

Logo, embora a requerida afirme que não houve a acusação propriamente dita de furto, não restam dúvidas de que o autor teve sua honra e dignidade abaladas, principalmente perante terceiros, em razão da abordagem pelo preposto da ré, haja vista que fora tratado como suposto agente de furto apenas porque alguém o confundiu pelas imagens da câmera de monitoramento.

Frisa-se que, neste caso específico, a conduta da apelante, através de seu funcionário, não pode ser vista como exercício regular de direito, nos termos do art. 188, I, do Código Civil.

Isto porque, não obstante seja lícita a defesa do patrimônio e da segurança do estabelecimento comercial, esse não pode se descurar dos direitos à intimidade, à privacidade, à honra e dignidade dos clientes, o que, a toda evidência, não ocorreu no caso dos autos.

Assim, restou suficientemente comprovado que houve abordagem injusta e abusiva por parte do funcionário da apelante, colocando o apelado em uma inconcebível situação de constrangimento perante terceiros, por ter sido injustamente acusado de ter praticado crime de furto.

Ressalta-se, ainda, que, embora a abordagem não tenha sido escandalosa ou agressiva, é certo que causou a exposição desnecessária e vexatória do apelado. Conforme confirmado pelas testemunhas ouvidas, o preposto da ré relatou o caso a terceiros sem qualquer relação com o ocorrido, tendo, inclusive, se dirigido ao local de trabalho da filha do apelado e à residência dele.

Desta forma, provado o ilícito praticado pela apelante do qual decorreu a ofensa aos direitos da personalidade do autor (honra e dignidade), cabe àquela arcar com a indenização por danos morais fixadas na sentença, não havendo que se falar em modificação deste *decisum*.

A propósito, confira a jurisprudência do Colendo STJ:

Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Falsa acusação de furto em estabelecimento comercial. Abordagem inadequada. Dano moral. Configurado. Fixação do *quantum*. Relação extracontratual. Correção monetária. Súmula nº 362/STJ. Juros de mora. Súmula nº 54/STJ. 1 - A falsa acusação de furto e a abordagem inadequada dos prepostos do estabelecimento comercial expõem a pessoa a situação vexatória ensejadora de abalo emocional, ensejando, portanto, a indenização por dano moral. 2 - O termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais é a data do seu arbitramento, consoante dispõe a Súmula n. 362/STJ: 'A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento'. 3 - Os juros moratórios, em se tratando de responsabilidade extracontratual, incidem desde a data do evento danoso, na forma da Súmula nº 54/STJ: 'Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade

extracontratual. 4 - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1258882/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 18/6/2013, DJe de 27/6/2013).

No mesmo sentido já decidiu esta 17ª Câmara Cível, *mutatis mutandis*:

Apelação cível. Responsabilidade civil. Estabelecimento comercial. Abordagem de cliente por seguranças. Excesso configurado. Dano moral. Obrigação de indenizar. Quantum indenizatório. Manutenção. - A abordagem por agentes de segurança de estabelecimento comercial, quando realizada de forma abusiva, expõe a pessoa agredida ao constrangimento e à violação da sua honra. - No arbitramento do valor de indenização por dano moral devem ser observados os critérios de moderação, proporcionalidade e razoabilidade em sintonia com o ato ilícito e as suas repercussões, como, também, com as condições pessoais das partes. - A indenização por dano extrapatrimonial não pode servir como fonte de enriquecimento do indenizado, nem consubstanciar incentivo à reincidência do responsável pela prática do ilícito (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.13.162284-7/001, Relator Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 24/8/2017, p. em 5/9/2017).

Feitas tais considerações, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela recorrente.

Em observância do disposto no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários sucumbenciais para 15% (quinze por cento) do valor da condenação.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES e AMAURI PINTO FERREIRA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Anulatória de testamento - Direitos Civil e Constitucional - Casal homoafetivo - Reconhecimento como entidade familiar - ADI 4.277 e ADPF 132 STF - Reprodução assistida - Morte do companheiro antes do nascimento - Reconhecimento de filiação em testamento - Legalidade e validade - Repercussão geral reconhecida - Concomitância entre paternidades socioafetiva e biológica - STF: RE 898.060 - Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos - Novas formas de família - Multiparentalidade - Paternidade responsável - Art. 226, § 7º, da Constituição da República - Incapacidade da testadora não comprovada - Perícia oficial conclusiva - Recurso não provido

- A legislação civil contempla, em diversos diplomas normativos, o reconhecimento de filiação em testamento, não cabendo impor limitação à hipótese única de filho havido fora do casamento e à existência de vínculo biológico, por manifesta ausência de vedação na ordem jurídica em vigor.

- A compreensão jurídica contemporânea das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar.

- A partir dos julgamentos paradigmas do STF em repercussão geral, todas as formas de união que resultem em entidade familiar merecem proteção constitucional, inclusive quanto à constituição de prole, ainda que resulte em múltiplos vínculos, sejam biológicos e, não só, mas também afetivos.

- A incapacidade do testador deve ser demonstrada mediante provas robustas e idôneas, quanto à falta de discernimento para a prática do ato por livre vontade.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.13.003018-6/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelantes: M.A.F.H.C., A.J.F.C. e outro - Apelados: D.C.R.B., C.A.B. representada pela curadora especial J.C.D.H.A. - Relator: DES. MARCELO RODRIGUES**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018 - *Marcelo Rodrigues* - Relator.

### Voto

DES. MARCELO RODRIGUES - Cuida-se de recurso de apelação interposto por A.J.F.C. e M.A.F.H.C. em face da sentença de f. 501 a 509-TJ, pela qual foi julgado improcedente seu pedido inicial na ação de anulação de testamento que movem contra D.C.R.B. e C.A.B., menor, representada pela curadora especial.

Condenou os autores ao pagamento de custas e honorários fixados em R\$2.000,00 (dois mil reais).

Houve interposição de embargos de declaração pelos autores às f. 510 a 524-TJ, rejeitados pela decisão de f. 525-TJ.

Em suas razões de recurso de f. 526 a 552-TJ, os apelantes alegam a ilegalidade do reconhecimento de filiação por testamento, quando não se amolda à hipótese legal de filho havido fora do casamento. Discorrem que a apelada C. não é filha biológica da testadora, motivo pelo qual não se aplica o disposto no art. 1.609, do Código Civil.

Apontam, também, que, por não se tratar de inseminação artificial heteróloga, não há como aplicar o art. 1.597, inciso V, do Código Civil, conforme também a Resolução 2.121, de 2015, do Conselho Federal de Medicina.

Sustentam que a menor vem desenvolvendo relacionamento afetivo com o pai biológico, F.M.M., e que a falecida não teve qualquer relação socioafetiva com a menor a ensejar o reconhecimento da filiação.

Aduzem, ainda, que o negócio jurídico, como o testamento, exige objeto lícito (fato não constatado neste processo), e que o recebimento da herança não pode estar condicionado à prática de ato contrário à lei, à ordem pública, à boa-fé e aos bons costumes.

Discorrem que a testadora não estava na plena faculdade de discernimento, e que toda esta fraude foi tentada pela sua companheira, a primeira apelada D., porquanto tinha acabado de ser internada e medicada com remédios que alteram a capacidade cognitiva, sendo a perícia do juízo inconclusiva neste sentido.

Alegam que a falecida M.A. jamais manifestou qualquer intenção de ter filhos ou beneficiar a apelada com a totalidade de seus bens, fatos que foram confirmados pelos depoimentos testemunhais que não foram sequer observados na sentença.

Pugnam pela reforma da sentença para procedência do pedido.

Preparo do recurso à f. 553

Contrarrazões pela primeira apelada às f. 554 a 565-TJ, e pela segunda apelada às f. 565-TJ verso.

Diligência determinada por este Relator à f. 575-TJ, cumprida às f. 579 e 580-TJ.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 583 a 585-TJ.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de ação anulatória de testamento proposta por A.J.F.C. e M.A.F.H.C., genitores da testadora M.A.C., apontando no polo passivo D.C.R.B. e C.A.B.

A pretensão inicial fixou-se na incapacidade da testadora para praticar o ato de última vontade, motivo pelo qual o negócio jurídico seria nulo, tanto a disposição dos bens como o reconhecimento de filiação.

Por sua vez, no recurso de apelação, já trouxeram argumentos novos relativos à ilegalidade ou impossibilidade do reconhecimento de filiação em testamento fora das hipóteses legais elencadas.

Pois bem.

De início, poder-se-ia entender como inovação recursal a modificação da causa de pedir que, na petição inicial, versava exclusivamente sobre a incapacidade da testadora, sendo que já na tese da apelação argumenta sobre as hipóteses legais de reconhecimento de filho.

Ocorre que, a partir do momento em que se alegou nulidade do negócio jurídico, atraiu matéria de ordem pública, consoante disposto no art. 168, parágrafo único, do Código Civil.

Necessário um breve esboço histórico da causa para melhor compreensão do convencimento a que cheguei.

Extrai-se dos autos que M.A.C. iniciou um relacionamento homoafetivo com D.C.R.B. ainda em setembro de 2009, oportunidade na qual passaram a conviver sob o mesmo teto (documento de f. 17-TJ).

Em novembro de 2011, as conviventes decidiram formalizar a união estável mediante confecção de um contrato particular, conforme documento de f. 19 a 25-TJ, no qual estabeleceram cláusulas e relacionaram os bens adquiridos na convivência mútua.

Por sua vez, em 6/12/2011, as partes formalizaram mediante escritura pública a ratificação desta união, conforme documento de f. 17 e 18-TJ, adotando-se o regime de comunhão parcial dos bens descritos no contrato.

Com relação à doença que levou a testadora a óbito, tem-se que os exames e prontuários médicos indicam que ela somente foi descoberta na data de 25/6/2012, ou seja, dois dias antes da lavratura do testamento, que ocorreu em 27/6/2012, conforme relato do perito oficial (f. 287-TJ).

Passo ao exame da alegação de ilegalidade do reconhecimento de filiação, no caso concreto.

Em que pese aos argumentos dos apelantes, não se vislumbra um rol taxativo de possibilidade de reconhecimento de filiação na legislação atual.

Cada caso deve ser analisado sob o enfoque afetivo, social e familiar.

No caso em apreço, não se tem qualquer dúvida de que D. e M.A.C. decidiram se unir para constituir uma família, considerando-se todos os atos praticados desde o começo de sua convivência em setembro de 2009.

Com efeito, desde o julgamento da ADI 4.277, e da ADPF 132, pelo STF, não há que se contestar a legalidade da união homoafetiva e sua proteção igualitária com as demais formas de entidade familiar.

Vale dizer, então, que, se a união homoafetiva encontra proteção como entidade familiar na Constituição da República, qualquer ato praticado por seus membros no sentido de se estabelecer este vínculo merece a mesma proteção legal.

Partindo-se desta premissa, oportuno também pontuar que o STF julgou inconstitucional o art. 1.790, do Código Civil, na parte em que estabelece a distinção entre cônjuge e companheiro quanto aos direitos sucessórios (RE 646.721, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 10/5/2017, repercussão geral, p. em 11/9/2017).

A partir de referidos julgamentos, tem-se que qualquer norma legal que disponha sobre o cônjuge deve ser aplicada também ao companheiro, dada a igualdade de tratamento que deve emanar da lei quanto às formas de união familiar.



Prosseguindo em novo exame sobre temas de família, à luz da Constituição, com o julgamento do RE 898.060, o STF fixou em repercussão geral a tese: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Com relação à tese de fundo dos apelantes, podemos dizer que o reconhecimento de filiação em testamento é legalmente previsto em várias legislações esparsas do nosso ordenamento jurídico, como no art. 26 do Estatuto da Criança e Adolescente, no art. 1º da Lei 8.560, de 1992 (regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências), e no art. 1.609, inciso III, do Código Civil.

E aqui reside a indagação dos apelantes: é legal o reconhecimento de filho dentro do casamento (ou da união estável), por aquele que não é, biologicamente, o genitor da criança?

Ou seja, é legal e possível o reconhecimento de filho por aquele que não gerou a criança, e nem foi o cônjuge ou companheiro a se relacionar com outra pessoa fora do casamento e a gerar biologicamente o filho?

Certamente que esta resposta passa pela evolução do instituto do reconhecimento de paternidade ou maternidade que o direito pátrio vem enfrentando.

Desde o Código Civil de 1916, o reconhecimento de paternidade exigia a judicialização da matéria para que se efetivasse qualquer alteração do assento de nascimento.

A partir da evolução jurisprudencial, e também da medicina, várias outras formas de gestação foram surgindo, assim como de relações afetivas, tais como as inseminações artificiais, gestação por substituição (útero emprestado ou barriga de aluguel) e paternidades socioafetivas.

Um bom exemplo desta transformação é a Resolução 1.358, de 1992, que foi editada pelo Conselho Federal de Medicina para estabelecer as normas técnicas de reprodução assistida, normas estas que foram sofrendo alterações ao longo dos anos, inclusive após o julgamento das já citadas ADI 4.277, e da ADPF 132, pelo STF.

Certo é que, desde a Resolução 2.013, de 2013, o Conselho Federal de Medicina regulamentou a reprodução assistida para casais homoafetivos.

Neste sentido, questiona-se: têm estas resoluções e regramentos o condão de solucionar todas as demandas sobre a matéria? Efetivamente não.

Conforme já citei, na vigência do Código Civil de 1916, exigia-se provimento judicial para reconhecimento de paternidade e alteração do assento de nascimento. Na nova ordem jurídica, esta exigência tem sido minimizada.

Na VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, sob coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, foi aprovado o Enunciado 608, com a seguinte redação:

É possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local. Parte da legislação: arts. 1.593 e 1.596 do Código Civil, Livro IV.

Por sua vez, no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte em outubro de 2015, sob coordenação do professor Flávio Tartuce, foi aprovado o Enunciado 12, do seguinte teor: “É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil”.

Desde então, em 14/3/2016, o Conselho Nacional de Justiça, por sua Corregedoria Nacional, editou o Provimento 52, uniformizando o procedimento para reconhecimento de filhos por reprodução assistida diretamente no Serviço de Registro Civil.

Atualmente vige o Provimento 63, da Corregedoria Nacional de Justiça, que trouxe sensíveis alterações ao normativo anterior, e que, cada vez mais, amplia as hipóteses de reconhecimento de filiação.

Ora, se é possível o registro de nascimento direto pelo casal homoafetivo, qual seria o impedimento para seu reconhecimento via testamento?

Onde a lei não veda, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Consoante este entendimento, tem-se o disposto no art. 1.857, § 2º, do Código Civil, que considera válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Certo é que há previsão na legislação sobre a possibilidade de reconhecimento de filiação mediante testamento e, por muito menos, a partir dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, estabeleceu-se o direito à simples declaração diretamente perante o Serviço de Registro Civil.

Portanto, sopesados todos estes fundamentos, tem-se que não há vedação ao reconhecimento de filiação no ato de última vontade pelo testador, em hipóteses não previstas expressamente pela legislação atual, mas consolidadas nas relações interpessoais.

Com relação à ausência de relação socioafetiva, ou mesmo de reprodução assistida na forma estabelecida nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, ou admitidas na medicina, tenho que não pode ser óbice ao reconhecimento realizado.

Hoje, uma nova realidade bate às portas do Poder Judiciário, a das pessoas que não têm condições de realizar o procedimento de reprodução assistida em laboratórios especializados, devido ao alto custo, e utilizam-se de métodos alternativos, inclusive a tradicional fecundação por relação sexual.

Explico. As pessoas de baixa renda acabam utilizando do seu ciclo de amizade para uma reprodução natural, a fim de realizarem o sonho de criar uma família com filhos gestados por um dos companheiros.

Teria esta nova realidade o condão de vedar o reconhecimento da filiação entre os companheiros?

Também entendo que não.

A título de exemplo, a matéria já foi submetida ao crivo do Poder Judiciário, conforme processo julgado no Tribunal de Justiça do Pará (<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/casal-homoafetivo-do-para-consegue-na-justica-o-direito-de-registrar-crianca-com-duas-maes.ghtml> - acesso em 28/8/2018 às 16h:30min).

Destaco que foi trazida aos autos uma declaração firmada pelo médico Osvaldo Baccharini Costa, que acompanhou a gravidez de D., conforme documento de f. 228-TJ, atestando que realizou o procedimento de reprodução assistida na paciente após exaustiva conversação com o casal, em que pese ter utilizado de doação de espermatozoides de pessoa conhecida do casal.

Não há como negar que a gestação de D. era também fruto da vontade da testadora M.A.C., a partir do momento do reconhecimento da entidade familiar formada com a união homoafetiva devidamente formalizada pela escritura pública.

Assim, as eventuais alegações em contrário dos membros da família da falecida, que residem em outro país, que não tinham contato direto com o casal, ainda que admitidas como testemunha, não têm o condão de elidir a declaração de última vontade.

E, em que pese o evento morte da testadora, pelo simples fato de a criança estar sendo gerada pelo casal tem-se por implícita a afetividade com o nascituro, sentimento natural de quem pretende constituir família.

Afastar a afetividade da testadora pelo fato de não ter tido contato com a criança e a questão biológica de não ser a gestante ou doadora do espermatozoides, é reduzir, novamente, o aspecto familiar à questão genética.

Valho-me dos fundamentos do ministro Luiz Fux, quando do julgamento do RE 898.060-STF:

A família, à luz dos preceitos constitucionais introduzidos pela Carta de 1988, apartou-se definitivamente da vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos que informava o sistema do Código Civil de 1916, cujo paradigma em matéria de filiação, por adotar presunção baseada na centralidade do casamento, desconsiderava tanto o critério biológico quanto o afetivo. 3. A família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. 4. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador (RE 898060, Rel. Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 21/9/2016, repercussão geral - mérito, p. em 24/8/2017).

Certo é que qualquer situação que enseja o reconhecimento da unidade familiar deve ter a proteção do Estado para consolidação de seus propósitos.

Ademais, não se pode deixar de lado o princípio maior encampado no melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da Constituição da República), além da própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição).

E, ainda que a menor esteja hoje tendo contato com o suposto pai biológico, este fato não afasta a possibilidade, inclusive, de registro da paternidade e da dupla maternidade, como corolário do reconhecimento da multiparentalidade.

Prosseguindo em seu julgamento do RE 898.060-STF, o Ministro Luiz Fux pontua:

A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. 6. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à

centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 26/8/2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* de 14/10/2011. 7. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. 8. A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art. 226, § 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, § 4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, § 6º). 9. As uniões estáveis homoafetivas, consideradas pela jurisprudência desta Corte como entidade familiar, conduziram à imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil (ADI nº 4277, Rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. em 5/5/2011). 10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. 11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação, quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. 12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). 13. A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

Portanto, a fatalidade da ocorrência da morte da testadora antes do nascimento da criança não pode ser óbice ao reconhecimento da validade de sua declarada intenção de registrar o nascituro como seu filho, o que representaria, inclusive, ofensa ao princípio da livre decisão do casal de planejamento familiar (art. 226, § 7º, da Constituição da República).

Com relação à incapacidade de testar da falecida M.A.C., também não há elementos nos autos que conduzam a esta conclusão.

De acordo com o laudo pericial de f. 269 a 296-TJ, o perito oficial concluiu que a testadora não estava com a capacidade comprometida na data da lavratura do testamento.

À f. 288-TJ, o perito oficial descreveu:

O cerne de toda discussão é o estado psíquico da periciada e sua condição para testamentar. Impreterivelmente isto deve ser avaliado no momento em que ela o fez, 27/6/2012. Por aproximação avalia-se também o período entorno de tal data. Durante sua internação na Santa Casa, todas as expressões que possam ter alguma inferência no estado psíquico são no sentido que a mesma estava lúcida. A única

informação no período que poderia ter uma conotação diferente foi a utilização de grades na cama da mesma. No entanto, esta tem sido uma conduta adotada pela enfermagem quase de maneira universal, para se evitar quedas do leito, mesmo em pacientes lúcidos e orientados.

As medicações até então em uso não apresentavam a capacidade de alterar o sensorio. O único psicotrópico prescrito foi o Lexotan 3mg, um ansiolítico, que pode desencadear o sono e era administrado às 22 horas, mas que não alteraria o estado de lucidez no dia seguinte. Caso tivesse algum efeito no dia seguinte do medicamento, seria claramente visível por todos a sonolência ou queda sensorio, o que seria descrito no prontuário. Nada há em relação a isto. Portanto, no caso em questão, não havia medicações capazes de interferir no discernimento da paciente.

No que se refere à doença em si, não há nenhuma descrição, nos livros e artigos pesquisados, de que a mesma teria o potencial de interferir no sensorio ou prejudicar a capacidade civil da doente.

Em seu depoimento na audiência de instrução e julgamento, o perito pontuou que, qualquer alteração relativa à medicação seria visível por uma pessoa leiga, motivo pelo qual deveria constar do prontuário do Hospital, situação não verificada nos documentos periciados (f. 372-TJ).

E esta foi uma informação que não foi rebatida pelo assistente técnico dos apelantes, seja em seu laudo de f. 314 a 318-TJ, seja no depoimento de f. 373-TJ.

Por fim, há que se considerar que o Tabelião de Notas, no exercício da sua atividade, tem fé-pública, da qual se origina o poder certificante quanto aos atos que atesta, sendo certo que na escritura de testamento declarou ter promovido todos os atos necessários, certificando-se de estar a testadora em perfeito juízo e no gozo pleno de suas faculdades mental e psíquica (f. 27-TJ).

Diante do exposto, nego provimento ao recurso para manter íntegra a sentença.

Custas pelos apelantes e honorários que majoro em 5%.

DES. RAIMUNDO MESSIAS JÚNIOR - De acordo com o Relator.

DES.<sup>a</sup> HILDA TEIXEIRA DA COSTA - Acompanho o judicioso voto exarado pelo em. Des. Relator, para negar provimento ao recurso, de modo a manter integralmente a r. sentença, aproveitando o ensejo para declinar os fundamentos que passo a expor.

A parentalidade socioafetiva consiste em criar-se o vínculo de parentesco não pelo sangue ou procriação, mas pelo afeto, pelos cuidados, pelo sentimento paterno-filial, pelo ato de vontade e escolha pelo amor. Vincula-se à filiação e, conseqüentemente, ao parentesco pela convivência e não biologicamente, constituindo e materializando-se no afeto.

A doutrina de Luiz Edson Fachin, com muita acuidade observa, nesse sentido, que

a verdadeira paternidade pode também não se explicar apenas na autoria genética da descendência. Pai também é aquele que se revela no comportamento cotidiano, de forma sólida e duradoura, capaz de estreitar os laços de paternidade numa relação psicoafetiva, aquele, enfim, que além de poder lhe emprestar seu nome de família, o trata verdadeiramente como seu filho perante o ambiente social” (FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1992, p. 169).

Após examinar detidamente os autos, verifica-se que a testadora, M.A.C., iniciou um relacionamento homoafetivo com D.C.R.B., aqui apelada, em 2009; tendo formalizado a união estável, por meio de contrato particular, o qual foi ratificado por meio de escritura pública, segundo documento juntado às f. 17/18 - TJ, em 6/12/2011.

Deve-se registrar, ainda, que a testadora fez testamento após a ter conhecimento de que estava doente, tendo pleno domínio sobre sua vontade, inclusive, para contemplar em sua manifestação de última vontade o reconhecimento de sua filha, fato que não pode ser desconsiderado, diante da manifestação clara de sua intenção de criá-la com todo afeto, típico da filiação socioafetiva que as vincularia para toda a vida.

A em. Min. Nancy Andrighi em seu voto proferido no julgamento do REsp n. 878941/DF, adverte e reafirma a existência do vínculo socioafetivo para se configurar a filiação jurídica, ao sustentar que:

[...] onde há dissociação entre verdade biológica e socioafetiva, o STJ vem dando prioridade ao critério biológico nas circunstâncias em que a paternidade socioafetiva desapareceu ou nunca existiu, haja vista que não se pode impor os deveres de cuidado e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser o pai socioafetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica.

De mais a mais, os Professores Walsir Edson Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida, em *Direito Civil Famílias*, falando de paternidade socioafetiva, descrevem:

A socioafetividade ganha importância isolada e passa a corresponder a critério autônomo de filiação quando ausente o vínculo paterno ou materno já estabelecido pelo parâmetro biológico ou jurídico. É na circunstância em que a presunção matrimonial ou a imposição genética do vínculo de descendência não foram capazes de gerar uma relação afetiva que surge espaço para o aprimoramento filial. Logo, se a ideia é de acréscimo, não parece haver obstáculo à defesa, nestes casos, do reconhecimento de uma segunda mãe ou de um segundo pai socioafetivo.

[...]

Em síntese: parece permissível a duplicidade de vínculos materno ou paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico preestabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento de paternidade ou maternidade biológica. (p. 357/358; *Direito Civil Famílias*, 2. ed. Editora Atlas).

Por derradeiro, endossando, ainda, o judicioso voto prolatado pelo em. Des. Relator, importante consignar que o objeto do testamento não se limita a questões de natureza eminentemente patrimonial, à medida que diz respeito, outrossim, a questões afetas à natureza existencial do testador.

Nesse passo, apresento o substancioso ensinamento dos juristas Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias, na obra *Curso de direito civil sucessões*. 2. ed., da Editora Jus Podium:

Conquanto escape ao senso comum vigente, a simples análise do conceito de testamento revela que o seu objeto não se restringe à disposição de patrimônio pelo testador.

Efetivamente, é possível a utilização do testamento para a consecução de outras finalidades, de diversos matizes e naturezas, tenham, ou não, conteúdo patrimonial. Isso porque a marca registrada do testamen-

to é a declaração de vontade, como expressão indiscutível da autonomia privada. Funda-se, por conseguinte, na possibilidade de regulamentação de interesses particulares, independentemente da gênese patrimonial.

(...)

Exemplificando, se, porventura, um testador reconhece a paternidade de um filho não registrado, mesmo que o testamento venha a ser revogado ou declarado inválido (nulo ou anulável), perdura o reconhecimento filiatório, plenamente válido e eficaz (*Curso de direito civil sucessões*, 2. ed., Salvador: Jus Podium, p. 372/373).

Dessa forma, embora não usual, não há vedação legal ao reconhecimento de filiação sócio afetiva por testamento, principalmente considerando as particularidades dos envolvidos, a manifestação de vontade e seus efeitos jurídicos.

Em face do exposto, adiro *in totum* às razões sustentadas pelo robusto voto do em. Des. Relator, e nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença recorrida.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •



Apelação cível - Gratuidade de justiça - Deferimento - Ação de reparação de danos morais e materiais - Locação de trajes para casamento religioso - Vestimentas sujas e defeituosas - Improriedade para o uso - Falha na prestação de serviços - Caracterização - Ofensa moral configurada - Prejuízo material evidenciado - Indenizações devidas - Sentença mantida

- Demonstrada a hipossuficiência financeira da parte apelante, é de rigor a concessão da gratuidade de justiça postulada em sede de apelação, mas sem a produção de efeitos retroativos.

- Dispõe o art. 14 do CDC que “O fornecedor de serviço responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação do serviço...” O § 3º estabelece: “O fornecedor do serviço só não será responsabilizado quando provar: a) - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; b) - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. É a responsabilidade objetiva, pelo fato do serviço.

- Demonstrada a falha na prestação de serviços pela pessoa jurídica demandada, ora apelante, que entregou à locatária trajes defeituosos e sujos, os quais seriam usados pelos nubentes no dia do casamento, mas não o foram em razão de impróprios para o fim colimado, impõe-se a confirmação da sentença que a condenou ao pagamento de indenização por danos morais e materiais infligidos à consumidora.

- Na fixação de indenização por dano moral, o julgador deve levar em conta o caráter reparatório e pedagógico da condenação, de forma a não permitir o lucro fácil do ofendido, mas também sem reduzir a indenização a um valor irrisório, sempre atento às peculiaridades do caso concreto.

- Evidenciado que o valor da indenização foi arbitrado em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por não haver qualquer excesso, impõe-se a rejeição do pedido de redução formulado pela recorrente.

- Recurso conhecido e não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0625.15.003026-4/001 - Comarca de São João del-Rei - Apelante: Maison Luiz Antônio Ltda. - Apelada: Luana Cintia Aparecida Alves - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018. - *Vicente de Oliveira Silva* - Relator.

#### **Voto**

DES. VICENTE DE OLIVEIRA SILVA - Trata-se de recurso de apelação interposto por Maison Luiz Antônio Ltda. - ME, por meio do qual busca a reforma da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da

Comarca de São João Del-Rey (f. 104/106-v) que, em autos de Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais, ajuizada em seu desfavor por Luana Cíntia Aparecida Alves, julgou procedentes os pedidos deduzidos na petição inicial. Condenou a ré a pagar à autora a importância de R\$5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigida monetariamente pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, a contar da data do arbitramento, com o acréscimo de juros de mora de 1% ao mês, aplicados da data de intimação da sentença, bem como indenização por danos materiais, na quantia de R\$2.220,00 (dois mil duzentos e vinte reais), acrescida de atualização monetária, a partir de 2/1/2015, mais juros de mora de 1% desde a data de citação.

Os ônus da sucumbência ficaram a cargo da ré, ora recorrente, sendo os honorários de advogado fixados em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

Em suas razões recursais (f. 110/118), a recorrente postula, inicialmente, a concessão da gratuidade de justiça, dizendo não possuir condições de arcar com o pagamento das custas e dos honorários advocatícios. Explica que, em razão da grave crise econômica e da queda do movimento, teve de encerrar as suas atividades comerciais, inclusive foi despejada do imóvel onde era sediada.

No mérito, a recorrente alega que, no dia 2/9/2014, locou da empresa ré trajes (vestido de noiva, vestidos de damas, ternos e vestidos de festa), cujo preço avençado foi de R\$1.600,00 (mil e seiscentos reais), para pagamento em duas parcelas de R\$800,00 (oitocentos reais) cada.

Afirma que não causou qualquer espécie de dano à recorrida, pois entregou a ela as vestimentas alugadas no dia 23/12/2014, nos termos contratados, com mais de uma semana de antecedência do casamento, ocorrido no dia 3/1/2015.

Salienta que, nos termos da cláusula 11 do contrato pactuado entre as partes, a ora apelada vistoriou o vestido antes de sair de seu estabelecimento comercial.

Enfatiza que a apelada, em seu depoimento pessoal, confessou que chegou a “provar” o vestido antes de levá-lo, como também declarou não ter ligado para reclamar dos alegados defeitos nos trajes alugados, fatos que denotam que o contrato foi cumprido na forma ajustada.

Sustenta a absoluta ausência de danos morais a merecer indenização, com o entendimento de que os fatos narrados na petição inicial configuram mero descumprimento contratual.

Enfatiza que a ora recorrida admitiu que uma semana antes do casamento havia alugado os trajes em outra loja, todavia a testemunha Maria do Carmo Barreto Costa, contraditoriamente, declarou “que quatro ou cinco dias antes da cerimônia teria visto a autora questionando como procuraria um vestido em cima da hora”.

Insiste no argumento de que o vestido de noiva foi devidamente entregue à apelada na data aprazada, respeitada a qualidade, tanto é que fora realizada a prova e não houve nenhuma reclamação.

Assegura que as alegações da recorrida não merecem credibilidade, por estarem em desconformidade com a realidade processual, restando ofuscado o seu pleito indenizatório.

Com base no princípio da eventualidade, manifesta-se pela redução da reparação por danos materiais para o importe de R\$1.600,00 (mil e seiscentos reais).

Por fim, requer seja dado provimento ao recurso com a integral reforma da sentença hostilizada.

Preparo: não foi realizado em decorrência do pedido de gratuidade de justiça formulado nas razões recursais.

Respondendo ao recurso (f. 141/143), a apelada bate pelo não provimento do recurso e conseguinte confirmação da sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

Como sabido, não é exigível a comprovação imediata do pagamento de preparo recursal se a parte apelante pede a concessão do benefício da justiça gratuita, como disposto no art. 99, § 7º, do CPC.

Nesses casos, o requerimento deve ser apreciado de plano e, somente se indeferido, deve a parte ser intimada para efetuar o pagamento das custas recursais, sob pena de deserção.

Nesse sentido:

Recurso especial. Execução. Título extrajudicial. Negativa de prestação jurisdicional. Omissão. Não ocorrência. Pedido de assistência judiciária. Indeferimento. Apelação. Deserção. Manifestação do tribunal acerca do pedido de gratuidade. Necessidade. Precedentes. Recurso especial provido. [...] - A falta do recolhimento do preparo da apelação não autoriza o Tribunal a decretar a deserção do recurso, sem que haja prévia manifestação acerca do pedido de gratuidade de justiça, que constitui o mérito do próprio apelo; - Caso o Tribunal de origem, mediante decisão fundamentada, manifeste-se contrariamente ao deferimento da assistência judiciária gratuita, deve possibilitar ao apelante a abertura de prazo para o pagamento do numerário correspondente ao preparo, que só ali se tornou exigível; Recurso especial provido (REsp 1087290/SP, 3ª Turma/STJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. em 5/2/2009, *DJe* de 18/2/2009).

Processo civil. Recurso especial. Assistência judiciária. Pedido. Momento. Requisitos. Pleito indevido. Multa. Imposição de ofício. Possibilidade. Apuração no próprio incidente. Culpa da parte. Demonstração. Necessidade. Apelação não conhecida. Agravo retido. Conhecimento. Possibilidade. - Não tendo havido a apreciação do pedido de justiça gratuita pelo Poder Judiciário, é defeso ao Tribunal Estadual julgar deserta a apelação da parte sem antes analisar o pleito e, sendo o caso de indeferimento do benefício, deve ser aberto prazo para o recolhimento das respectivas custas. [...] (REsp 1125169/SP, 3ª Turma/STJ, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 17/5/2011, *DJe* de 23/5/2011).

Segundo os termos da Lei 1.060/50 e do art. 98 do atual CPC, tanto a pessoa natural como a jurídica pode obter o benefício da justiça gratuita.

A Constituição Federal também prevê a possibilidade da prestação de justiça gratuita aos necessitados (art. 5º, LXXIV).

A justiça gratuita enseja suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, pelo prazo de 5 anos, e, não, de isenção, como expressamente prevê o § 3º do art. 98 do CPC.

Na hipótese em apreço, a apelante formulou pedido de justiça gratuita no âmbito da peça recursal. A justificar a pretensão ao benefício declinou ter encerrado as suas atividades e haver sido despejada do imóvel no qual estava sediada, alegando, ainda, que nem mesmo apresentou declaração de imposto de renda nos últimos anos.

Com o propósito de corroborar as suas alegações, juntou aos autos declaração de pobreza e extratos bancários.

Levando-se em linha de conta as peculiaridades envolvendo o caso em análise, de minha parte estou convencido da existência de elementos suficientes a demonstrar a hipossuficiência financeira da parte apelante, frisando que a autora/apelada sequer impugnou o pedido de gratuidade de justiça materializado na peça recursal.

Concedo, pois, a justiça gratuita em favor da parte ré/apelante, sem a produção de efeitos retroativos.

Por conseguinte, conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos condicionantes de sua admissibilidade.

Inexistindo preliminar ou questão prejudicial a merecer solução, passo diretamente ao julgamento do mérito recursal.

Mérito.

Pretende a recorrente, *Maison Luiz Antônio Noivas Ltda. - ME*, em seu apelo, a reversão da sentença que julgou procedentes os pedidos deduzidos na petição inicial e a condenou a pagar à autora/apelada indenização por danos morais e materiais.

Compulsando-se os autos, noto que a ora apelada, fundada no art. 5º, incisos V e X, da Constituição da República, arts. 14 e 20 do CDC, art. 475 do Código Civil, ingressou com ação de reparação por danos morais e materiais contra a apelante, mediante os argumentos de que os trajes alugados para serem usados em cerimônia de casamento lhe foram entregues pela ré sujos, com manchas e alguns descosturados, rasgados, impossibilitando o seu uso regular. Declinou, ainda, que foi obrigada a alugar outros trajes, sob o custo de R\$2.200,00 (dois mil e duzentos reais).

Defendendo-se, a ré, aqui apelante, rechaçou os fatos alegados na petição inicial e negou serem devidas as indenizações postuladas na petição inicial.

O juiz de primeiro grau, com base nos fatos e nas provas por ele apreciadas, julgou procedentes os pedidos iniciais, o que gerou o inconformismo recursal apresentado às f. 110/118.

Depois de realizar profusa análise do contexto fático/probatório, de minha parte estou convencido de que o inconformismo recursal não merece ser albergado.

No caso, a relação jurídica debatida nos autos é de consumo e, portanto, deve ser apreciada e dirimida à luz das normas da Lei nº 8.078/90, pois caracterizadas as figuras da consumidora e da fornecedora, personagens abrangidos pelos arts. 2º e 3º da citada lei.

E como decorrência da responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços, na hipótese de demanda judicial pertinente à apuração da responsabilidade, existe uma natural obrigação imposta ao fornecedor para que ele possa afastar a obrigação de indenizar.

As alternativas para que o fornecedor dos serviços possa afastar a sua responsabilidade estão elencadas no § 3º do art. 14 do CDC, *verbis*: “§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Na espécie, conquanto a apelante negue a falha na prestação de serviços e o direito da apelada em ser indenizada pelos danos morais e materiais reclamados na petição inicial, o contexto probatório não milita favoravelmente às teses recursais.

Infere-se dos autos que, entre as partes, aos 2 de setembro de 2014, foi celebrado o Contrato de Locação de Roupas, documento acostado à f. 18, as quais seriam utilizadas em cerimônia religiosa de casamento marcada para o dia 3 de janeiro de 2015. No instrumento de contrato estão discriminados os seguintes trajes: 1 vestido de noiva; 5 vestidos para damas; 3 Ternos; 4 vestidos de festa.

Observo que a relação contratual fora celebrada com 4 (quatro) meses de antecedência, sendo que a data da prova foi marcada para o dia 23/12/2014.

O simples passar de olhos sobre os anexos fotográficos acostados às f. 27/37 leva ao convencimento de que os trajes discriminados no contrato entabulado entre as partes, em decorrência do mal estado de conservação (manchas e defeitos aparentes), realmente não se prestavam para serem usados na cerimônia de casamento.

No depoimento pessoal prestado pela parte autora ela foi incisiva ao afirmar que o vestido por ela alugado se encontrava sujo e as demais peças de roupas “mal costuradas”. E o fato de a nubente ter experimentado o vestido em nada afasta a responsabilidade da apelante, pois, ao chegar a sua casa, a apelada logrou constatar se tratar de vestimentas sujas e defeituosas. Vale lembrar que a retirada se dera no dia 23/12/2014, data próxima de feriados nacionais, sendo que a formalização de reclamação naquele período não se concretizou, isso porque o estabelecimento se encontrava fechado.

Contrariamente ao ponto de vista defendido pela apelante, a prova testemunhal produzida é firme e bem comprova os fatos alegados na petição. A propósito confira as declarações prestadas por Maria do Carmo Barreto Costa:

[...] que o que sabe é que a sogra da requerente chamou a depoente, porque sua nora estava chorando, muito nervosa; que foi chamada para ver as roupas fornecidas pelo requerido; que viu que o vestido de noiva estava encardido, que o colarinho da camisa do noivo estava sujo, bem como debaixo do braço; que o sapato também estava sujo; que a requerente ficou nervosa, dizendo “como vou procurar outro vestido agora em cima da hora”; que a depoente tentou acalmar a requerente; que não era possível a utilização de qualquer das peças no casamento; “que foi ver a requerente uns dias antes do casamento; que não sabe dizer se foi menos ou mais de uma semana; que acredita que foram quatro a cinco dias.

Tem-se, ainda, o depoimento prestado pela costureira Rosemary Gonçalves Navega:

que a depoente é vizinha da mãe do marido da requerente; que trabalha todos os dias até a noite; que chegou em casa numa sexta-feira à noite; que foi pegar umas roupas para fazer bainhas; que, como é costureira, a sogra da requerente chamou a depoente, solicitando que ela olhasse o vestido da requerente; que ela estava em dúvida sobre a cor do vestido e o estado do vestido; que de branco o vestido não tinha nada e estava desgastado e sujo; que a depoente disse que não poderia fazer nada; que a depoente disse que o ideal seria que a requerente tentasse conseguir outro vestido; que, no dia seguinte, por volta do meio dia, ainda esteve na casa da sogra da requerente e examinou a camisa do noivo e o vestido; que não havia condições de utilização das peças; que, pelo que percebeu, o vestido não foi higienizado; que o vestido tinha pelos, cabelo, picão; que o vestido era bem usado.

Frente a esse cenário, forçoso reconhecer que a prova coligida ao processo, correta e harmoniosa, como, aliás, reconheceu o juiz de primeiro grau, não deixa dúvidas de que a ora recorrente, efetivamente, descumpriu o pactuado, pois alugou vestimentas sem condições de uso.

Em conclusão. O ora recorrente não se desincumbiu de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito autoral, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Evidenciada a falha na prestação dos serviços, indubitosa a responsabilidade da apelante pelos danos experimentados pela autora-apelada.

Danos morais.

A censurável conduta em que incorreu a apelante, não há dúvidas, foi capaz de afetar o estado psicológico da autora/apelada, que, em data próxima de seu casamento, teve de providenciar a locação de outro vestido para ser utilizado na cerimônia religiosa. O dano moral infligido à autora/recorrida é incontestado e merece ser reparado.

Os lamentáveis fatos, sobejamente comprovados nos autos, foram além dos meros aborrecimentos do dia a dia e, com certeza, tiveram o condão de causar abalo ao patrimônio imaterial da apelada.

Do *quantum* indenizatório.

No que se refere à fixação da verba indenizatória a mitigar os efeitos dos danos morais, o juiz deve estar atento a todas as circunstâncias que regem o caso concreto, firme nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como nas diretrizes do art. 944 do Código Civil.

Sobre o tema, Rui Stoco, em sua obra *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*, 3. ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 564, sustenta: “[...] o eventual dano moral que ainda se possa inferir, isolada ou cumulativamente, há de merecer arbitramento tarifado, atribuindo-se valor fixo e único para compensar a ofensa moral perpetrada”.

Daí caber ao juiz a tarefa de arbitrar o valor da reparação, sem que possibilite lucro fácil à parte autora ou reduza a indenização a valor ínfimo ou simbólico.

A doutrina e a jurisprudência têm procurado estabelecer parâmetros para o arbitramento do valor da indenização, traduzidos, por exemplo, nas circunstâncias do fato, nas condições do autor do ilícito e do ofendido, devendo a condenação corresponder a uma sanção ao responsável pelo fato, para que não volte a cometê-lo.

Também há de se levar em consideração que o valor da indenização não deve ser excessivo a ponto de constituir fonte de enriquecimento do ofendido, nem apresentar-se irrisório.

Nessa linha, é a lição de Maria Helena Diniz:

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 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 (A Responsabilidade Civil por Dano Moral, *Revista Literária de Direito*, ano II, nº 9, jan./fev. de 1996, p. 9).

Ainda sobre a matéria, transcreva-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Para a fixação do valor da indenização por danos morais deve-se considerar as condições pessoais e econômicas das partes e as peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito (STJ - AGA 425317-RS - 3ª Turma, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, j. em 24/6/2002).

O arbitramento da indenização por danos morais, no montante de R\$5.000,00 (cinco mil reais), bem atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, está de acordo com o enunciado do art. 944 do Código Civil.

Danos materiais

De igual modo, também é devida a indenização pelos danos materiais, uma vez que a falha na prestação dos serviços levou a apelada a ter gastos com a locação de novas vestimentas.

O montante empregado com a locação de trajes perante terceira empresa restou comprovado pelos documentos anexados aos autos com a petição inicial, conforme se verifica às f. 19/24, daí derivando o legítimo direito da consumidora em ser integralmente reparada pela quantia despendida.

Em face do exposto, nego provimento ao recurso.

Considerando a natureza cogente do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, elevo para 16% os honorários advocatícios fixados na sentença.

Custas recursais pela parte recorrente, suspensa a exigibilidade nos termos do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MANOEL DOS REIS MORAIS e CLARET DE MORAES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •



Apelação cível - Outorga de escritura - Assinatura, pelo outorgado, do contrato de compra e venda de imóvel - Ausência de vícios e regularidade formal das negociações - Posterior falecimento do outorgado, antes da assinatura da escritura - Responsabilidade do outorgante pela assinatura da escritura

- Se, ao tempo da assinatura do contrato de compra e venda de imóvel, todas as partes eram capazes e todos os requisitos de validade formal do contrato e da procuração por instrumento público, em favor do outorgado que assinou o contrato pelo vendedor, estavam presentes, cumpre validar inteiramente a negociação realizada.

- O fato de a parte outorgada (procurador) ter falecido antes de assinar a escritura de compra e venda em favor dos compradores não invalida o negócio, sendo da responsabilidade do outorgante a obrigação de assinar a escritura pública, em favor dos compradores, autores da ação de outorga de escritura, mormente quando restou comprovado nos autos que os compradores cumpriram inteiramente a obrigação pelo pagamento assumida no contrato.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0309.14.003052-4/001 - Comarca de Inhapim - Apelante: Osias de Souza Neto - Apelados: Clodomiro de Carvalho Neto e outro, Eloisa Eulália de Carvalho - Relator: DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2018. - *Luiz Carlos Gomes da Mata* - Relator.

### Voto

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Versa o presente embate sobre recurso de apelação interposto por Osias de Souza Neto, face à sentença proferida pelo ilustre Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Inhapim, Dr. João Fábio Bomfim Machado de Siqueira, que julgou procedente o pedido inicial da ação de adjudicação, promovida por Clodomiro de Carvalho Neto e sua esposa Eloisa Eulália de Carvalho, ora apelados, decisão que declarou o direito postulado na inicial e determinou a adjudicação do imóvel descrito na causa de pedir, em favor dos apelados autores.

Sustenta a parte apelante, que a sentença deve ser reformada, porquanto não se ateu o magistrado aos reais fatos ocorridos entre todos os interessados na lide.

Afirma que restou desconsiderado que o apelante é vítima nos fatos ocorridos, pois está ficando sem o único bem que lhe pertence e reafirmando que não recebeu a parte que lhe cabia na transação realizada entre ele e Geraldo Apolinário.

Reafirma que há necessidade de discutir a questão afeta ao espólio de Geraldo Apolinário, já que a omissão do espólio o tem levado ao enriquecimento ilícito.

Assim, diz, a verdade é que o apelante nunca pactuou negócio algum com os apelados e, ainda assim, estes exigem do apelado que responda por eventual inadimplência, o que não se mostra possível, pois o requerido é vítima de todo o infortúnio ao qual não deu causa, tendo em vista que, por ocasião da morte do procurador, não teve o apelante o recebimento de valores, o que deveria ter sido honrado por parte do emitente das notas promissórias, 02 (duas) notas mencionadas e, ainda, tem como ausente a regularização de toda a documentação do imóvel residencial, localizado na cidade de Ipaba, que deveria ser transferido para o nome dele a fim de, pelo menos, amenizar os prejuízos.

Por fim, tece considerações sobre o elevado valor da condenação, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso e reforma da sentença, para que o pedido inicial seja julgado improcedente.

Recurso devidamente preparado, com a juntada do comprovante original de recolhimento às f. 271, restando atendida a determinação de f. 309.

Contrarrrazões apresentadas, pugnando pela manutenção da sentença. Este é o relatório. Decido.

Conheço do recurso, diante da presença dos pressupostos de admissibilidade.

Vejo que os autores apelados, Clodomiro de Carvalho Neto e sua esposa Eloisa Eulália de Carvalho, ingressaram com a ação de adjudicação compulsória de imóvel rural, contra o apelante requerido, Ozias de Souza Neto, alegando, de forma resumida, que o suplicado cedeu, através de contrato e procuração pública, vários imóveis rurais em favor de Geraldo Apolinário Lacerda de Melo e este, por sua vez, realizou a contraprestação em forma de permuta por outros imóveis descritos, vindo posteriormente a vender os imóveis descritos nos itens de f. 07 e 08 em favor dos autores.

Ainda de acordo com a inicial, foram imitidos na posse dos imóveis e, após passado o tempo de pouco mais de 01 (um) ano, antes que se assinasse a escritura, terminou o Sr. Geraldo Apolinário por falecer e, tendo os autores procurado a parte requerida para que assinasse as escrituras, o mesmo teria se recusado a fazê-lo, justificando a ação proposta.

Em defesa, alegou a parte apelante, também de forma que ora resumo, não ter feito negócio dos bens citados com os autores e, ainda, não ter recebido o valor correspondente às notas promissórias anteriormente emitidas pelo Sr. Geraldo Apolinário e, portanto, a situação de fato retornou ao estado de antes, já que não foram transferidos quaisquer bens em cartório pelas partes.

A sentença proferida, constante de f. 265/267, julgou procedente o pedido inicial, reconhecendo válidas todas as negociações que foram feitas e, inclusive, reconhecendo que os autores cumpriram integralmente a sua parte nos contratos firmados.

Nessa análise, vejo que os fatos narrados não denotam análise de maior complexidade, porquanto o cerne do litígio está assentado na validade ou não das negociações feitas, ao tempo da assinatura dos contratos e procurações.

Assim, ao tempo em que a parte requerida firmou a negociação com o terceiro, Sr. Geraldo Apolinário, referidas partes eram plenamente capazes, o objeto era lícito e os contratos e as procurações se revestiram

de toda a legalidade possível, sendo este um fato incontroverso nos autos, ou seja; sendo fato devidamente aceito pela parte requerida apelante.

Depois de um tempo razoável dessas negociações, terminou o Sr. Geraldo Apolinário por falecer, vítima de acidente de trânsito, tempo este em que os imóveis anteriormente recebidos pelo Sr. Geraldo já haviam sido repassados para os autores, em outra negociação. E como nenhuma das partes citadas providenciou o registro dos imóveis envolvidos nas negociações, enquanto ainda vivo o Sr. Geraldo Apolinário, agora se veem na necessidade de recorrer a quem de direito para obter o registro; ou seja, os autores que adquiriram os imóveis com base em um instrumento de procuração cedido pela parte requerida em favor do Sr. Geraldo, pretendem que a parte requerida cumpra com a obrigação de assinar a escritura de transferência. E a parte requerida, por sua vez, afirma que, da negociação feita anteriormente com o Sr. Geraldo, este ainda ficou lhe devendo parte dos valores pactuados na negociação, obrigação que não mais poderá ser cumprida, em razão do falecimento da referida pessoa.

De início, ao contrário do que afirma a parte requerida, ora apelante, não procede a afirmação de que não manteve negócio com os autores, porquanto, ao assinar o instrumento de procuração pública em favor do Sr. Geraldo Apolinário objetivando a venda dos imóveis objeto da ação, isso possibilitou que a negociação se concretizasse entre ele - apelante - e os autores, quando o Sr. Geraldo realizou a venda, com base na procuração por instrumento público anteriormente outorgada pelo apelante.

E tanto assim o é que, do instrumento de procuração de f. 214, consta que o apelante requerido constitui o Sr. Geraldo Apolinário Lacerda de Melo como seu procurador, com amplos e ilimitados poderes para vender a quem quisesse. Logo, o laço contratual entre as partes restou demonstrado nos autos.

Quanto ao instrumento de procuração em si, o mesmo reveste inteiramente as formalidades previstas em lei, não havendo quaisquer vícios no instrumento e, ainda, não havendo quaisquer impeditivos à venda do bem. Acrescento mais, não havia nem mesmo a necessidade de o outorgado prestar contas.

Os autores cumpriram a contento as obrigações assumidas no contrato firmado com o requerido, assinado pelo Sr. Geraldo Apolinário, na qualidade de procurador devidamente constituído por esse último, o que significa dizer que o negócio se concretizou normalmente, ressoando daí a obrigação da parte requerida de assinar a escritura de compra e venda em favor dos autores, tal qual como reconhecido pela sentença.

A tese da parte apelante de que não teria recebido integralmente os valores devidos pelo Sr. Geraldo Apolinário não tem o condão de invalidar a venda dos imóveis, em favor dos autores, mormente pelo fato de as negociações citadas não guardarem dependência entre si. Cabe, assim, ao apelante, valer-se dos seus direitos junto ao espólio e herdeiros do Sr. Geraldo Apolinário, a toda evidência, em procedimento próprio e específico para tal.

No mais, cito a jurisprudência:

Apelação cível. Promessa de compra e venda- outorga de escritura. Mandatário - Legitimidade - Prova do pagamento. - Existindo procuração outorgada com poderes para assinar escritura e alienar bens, mesmo sem especificação daquela a ser alienada, comprovando a intenção dos proprietários de outorgar ao mandatário tais poderes, resta afastada a alegação de ilegitimidade passiva do mandatário. Demonstrado nos autos que cumpriu a parte autora da ação a sua obrigação de pagamento pela compra do imóvel objeto do contrato de promessa de compra e venda, deve ser mantida a decisão que julgou

procedente o pedido de outorga de escritura (Apelação Cível nº 1.0301.10.003359-8/001. TJMG - Rel. Des. Estevão Lucchesi).

Logo, importa reconhecer que todas as negociações, ao tempo em que foram realizadas, atenderam todos os requisitos formais. E reitero, na negociação estabelecida entre os autores e a parte requerida, por intermédio do Sr. Geraldo Apolinário, este assinando o contrato munido do instrumento de procuração pública devidamente formalizado, igualmente cumpre reconhecer que se fizeram presentes todos os requisitos de validade do negócio jurídico ao tempo da assinatura citada no contrato de compra e venda, seguido do cumprimento da obrigação pelos autores da presente ação, fatos estes não negados pela parte apelante.

Assim, alternativa outra não resta, senão confirmar inteiramente a sentença proferida, por seus próprios fundamentos, razão pela qual, nego provimento ao recurso de apelação.

Atento ao disposto no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, elevo o percentual dos honorários de sucumbência a 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, devidamente corrigido.

Custas recursais e finais, pela parte apelante. É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA e NEWTON TEIXEIRA CARVALHO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível - Indenização por danos morais - Abordagem por policiais - Indicação pelo réu como participante de crime - Constrangimento - Ausência de má-fé ou excesso por parte do denunciante - Ilícito não configurado - Indenização indevida - Reconvenção - Danos materiais e morais por apresentação de queixa-crime rejeitada - Exercício regular do direito - Excludente de responsabilidade - Inteligência do art. 188, I, do CC - Dever indenizatório inexistente - Improcedência

- Ainda que a autora da ação tenha se sentido constrangida ao ser abordada por policiais dentro de estabelecimento comercial, após sua filha, que a acompanhava, ter sido apontada pelo réu como autora de crime contra a propriedade intelectual, tal fato, por si só, não dá azo à reparação por danos morais, visto que o denunciante agiu em exercício regular do direito ao requerer a apuração, sem abusos, dos fatos dos quais teve notícia.

- Afastada a ocorrência de ato ilícito, não há por que falar em indenização por danos morais.

- Atua em exercício regular de direito aquele que, sem temeridade ou imprudência e imbuído de boa-fé, solicita à autoridade competente a instauração de inquérito policial, bem como a abertura de processo criminal contra pessoa que acredita ter praticado ato criminoso contra si, situação que, a teor do art. 188, I, do CC, constitui excludente de responsabilidade.

- O oferecimento de queixa-crime, ainda que rejeitada, não gera direito a indenização por danos morais ou materiais, sob pena de negativa de vigência ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0696.11.003171-8/001 - Comarca de Tupaciguara - Apelante: J.N.V. - Apelada: R.M.S. - Relator: DES. JOÃO CÂNCIO**

#### **Acórdão**

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

Belo Horizonte, 23 de outubro de 2018 - *João Câncio* - Relator.

#### **Voto**

DES. JOÃO CÂNCIO - Trata-se de apelação cível interposta por J.N.V. contra a r. sentença proferida nos autos da “ação de indenização por danos morais” ajuizada por R.M.S. em face do ora recorrente, que julgou procedente o pedido inicial e improcedente a reconvenção.

Em suas razões (f. 134/148), o recorrente alega a ausência de provas para sedimentar sua condenação, pois o Boletim de Ocorrência foi ato unilateral de A. e a única testemunha, K., que teriam faltado com a verdade em seus depoimentos.

Aduz que, em momento algum, entrou na loja com o Tenente L., pois teriam ficado na calçada; que inexistem provas de que tenha acusado a autora de estar vendendo CDS piratas, ou que a tenha chamando de vagabunda ou safada, tendo, sim, afirmado que “uma mulher” estava vendendo, conforme restou confirmado por K., dona da loja (Casa Nova Materiais para Construção) onde ocorreram os fatos.

Diz ser integrante da Univídeo - União das Vídeo-Locadoras do Triângulo, possuindo comércio regular de CDs, e asseverou sobre a quantidade de produtos piratas que assolam o comércio local; que o “J. da Pastelaria” lhe teria informado que uma mulher morena, gordinha, estava vendendo CDs piratas, e estava passando em frente ao seu comércio, mas do outro lado da rua.

Argumenta que as declarações prestadas à Polícia pela própria autora destoam daquelas feitas por K., e afirma não ter imputado à autora qualquer fato definido como crime, e que a informação à polícia sobre a possível existência de um delito não tem o condão de gerar direitos indenizatórios, mesmo porque havia dentro da loja uma pessoa vendendo os produtos ilícitos.

Sustenta que apresentar queixa criminal já com o prazo decadencial consumado dá ensejo à indenização por dano moral, pugnando pela procedência da reconvenção por ele apresentada.

Contrarrazões às f. 150/152.

É o relatório.

Passo a decidir.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Através da presente ação, a autora pretende receber indenização pelos danos morais sofridos em decorrência do constrangimento sofrido em razão da imputação ofensiva à sua reputação e dignidade que lhe foi dirigida pelo réu, em 9/2/2010, enquanto fazia compras na loja de materiais de construção “Casa Nova”, acompanhada de sua filha.

Afirmou a autora ter sido abordada dentro da loja por policiais militares, para que fosse revistada sua bolsa, tendo sido levada para um cômodo para revista pessoal, quando o réu adentrou o estabelecimento afirmando em voz alta que estava vendendo DVDs piratas juntamente com sua filha, envergonhando-as e humilhando-as, não só por lhes imputar falsamente a prática de crime, mas também por se dirigir a elas de maneira ofensiva, valendo-se de palavras vulgares e de baixo calão, maculando sua imagem e honra.

O réu apresentou contestação às f. 15/33, negando ter dirigido qualquer palavra ofensiva à autora, e alegando, em suma, a ausência de configuração do alegado dano moral. E apresentou reconvenção às f. 45/53, requerendo a condenação da autora/reconvinda ao pagamento de indenização por danos materiais, que teve com advogado em processo criminal e cópias reprográficas, no valor de R\$3.057,64 e por danos morais por ter apresentado queixa-crime contra si, apenas para desmoralizá-la.

A d. sentenciante julgou procedente o pedido inicial e improcedente a reconvenção para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$2.000,00 (dois mil reais). Condenou o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixando estes últimos em 10% do valor da condenação.

Inconformado, o réu apela, nos termos já relatados.

Eis os contornos da lide.

Conforme cedição, ao dever de indenizar impõe-se ocorrência de ato ilícito, nexa causal e dano, nos termos em que estatuídos nos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, *verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Na lição de Yussef Said Cahali, o dano moral pode ser conceituado como

[...] a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Aos julgadores impõe-se cuidado na análise de sua configuração, pois a meros aborrecimentos e insatisfações cotidianos, por se tratarem de fatos corriqueiros e atinentes à vida em sociedade, não se deve atribuir indenização.

Diz a doutrina:

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri, com razão, que só se deve reputar como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

No caso *sub judice*, a autora alega ter sofrido constrangimentos em razão da abordagem feita por policiais após falsa imputação, pelo réu, de crime contra a propriedade intelectual (venda de CDs/DVDs piratas), enquanto fazia compras na loja de materiais de construção “Casa Nova”, juntamente com sua filha (f. 04).

Consta do Boletim de Ocorrências de f. 37/39, que o réu acionou a Polícia mediante a afirmação de que a Sra. A. (filha da autora) encontrava-se no referido estabelecimento comercial vendendo CDs/DVDs piratas. Tal denúncia, contudo, fez com que os policiais se dirigissem até o local e abordassem também a autora, que se viu constrangida a ter sua bolsa revistada, conforme restou incontroverso nos autos.

Segundo se infere dos autos, o réu não imputou a prática de crime ou dirigiu qualquer palavra ou ofensa à autora, mas somente à sua filha. Mas a autora também foi abordada pelos policiais que atenderam ao chamado/denúncia do réu.



Conforme a própria autora afirmou em seu depoimento perante a delegacia de polícia, os policiais pediram para revistar a sua bolsa, mas não acharam nada, tendo o réu acusado sua filha de vender produtos ilícitos. Narrou que “J. estava na calçada do lado externo da loja e este apontava o dedo para A. dizendo: ‘vagabunda, é você quem vende CDs piratas’ (f. 41).

A testemunha K.M.M., proprietária da loja onde ocorreram os fatos, confirmou em depoimento realizado em 5/3/2010, perante a Delegacia de Polícia da Comarca de Tupaciguara, ter visto a vítima A.

ser abordada pelos Policiais Militares; que A. estava acompanhada de sua mãe e os policiais militares revistaram a bolsa da mãe de A. em um cômodo o que fica dentro da referida loja; que, segundo a declarante os Policiais Militares não acharam nada com a mãe de A. e nem com a própria A. (f. 40).

Disse, ainda, que o réu, J., chegou ao local acusando A., dizendo:

[...] que estava vendendo CDs piratas dentro da loja de Materiais de Construção; que A. ficou bastante apavorada não sabia o motivo por que estava sendo acusada e caluniada pelo J.; que J. ficou bastante nervoso e dizia para A. que ela estava mentindo e acusava esta dizendo que estava vendendo CDs piratas e que isso era crime e dizia que A. era uma safada e uma vagabunda na frente de todos da loja.

Pela análise das provas dos autos, é inegável que a autora, apesar de não ter sido a vítima da suposta calúnia e ofensas por parte do réu, sofreu constrangimentos ao ser abordada por policiais para averiguação da denúncia de que sua filha, que a acompanhava, havia cometido um crime, culminando na sua condução até local diverso (cômodo) para que olhassem o conteúdo de sua bolsa, em busca de provas/evidências do suposto delito.

Tem-se, todavia, que a conduta do requerido/apelante, que fez a denúncia da prática de suposto crime, apesar de ter culminado na abordagem da ora requerente (como coautora ou partícipe), não pode ser considerada ato ilícito a ensejar reparação, pois caracteriza exercício regular de direito (art. 188, I, do CC/2002):

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

A propósito, vale esclarecer que não restou demonstrado o intuito do réu de lesar a honra da autora. Ao contrário, infere-se facilmente dos autos que o réu, na ânsia de cumprir os deveres por ele assumidos perante a Associação Univideo (União de Vídeo Locadoras) de fiscalizar e coibir a venda e locação de CDs e DVDs piratas, confundiu a pessoa que estaria cometendo o ilícito, valendo-se das informações que recebeu de I.M.J.

O Sr. I., que também depôs perante a Delegacia de Polícia daquela Comarca, confirmou as alegações do réu, afirmando que

ligou para J. e disse que a moça que estava vendendo CDs piratas estava passando em frente ao comércio do J.; que o declarante descreveu a moça para J. com as seguintes características: ela estava com uma bolsa florida, camiseta rosa, calça jeans escura, gordinha, cabelos longos (f. 43).

Conforme consta do B.O., a Sra. K., testemunha presencial dos fatos, confirmou que

...a mulher que estaria vendendo tais objetos era outra mulher que já tinha saído daquele local tomando rumo incerto, mas que a roupa dela seria igual a da senhora A. (f. 38v).

A testemunha C.H.G.S., um dos policiais que atendeu à ocorrência em questão, também confirmou em seu depoimento perante o Juízo que

quando foram acionados foram informadas as características das pessoas que estariam vendendo CDs piratas; que as características coincidiram com a roupa de A. (f. 123).

Desse contexto, extrai-se que o réu-apelante nada mais fez do que exercer o seu direito, constitucionalmente assegurado, de pôr fim à suposta prática delituosa, requerendo a averiguação dos fatos pela autoridade policial, inexistindo prova de quaisquer abusos contra a autora, não havendo, por óbvio, falar em ato ilícito e, por conseguinte, em dever de indenizar.

A respeito, merece destaque o ensinamento de Maria Helena Diniz:

Há hipóteses excepcionais que não constituem atos ilícitos apesar de causarem danos aos direitos de outrem, isto porque o procedimento lesivo do agente, por motivo legítimo estabelecido em lei, não acarreta o dever de indenizar, porque a própria norma jurídica lhe retira a qualificação de ilícito. Assim, ante o artigo *sub examine* não são ilícitos: a legítima defesa, o exercício regular de um direito e o estado de necessidade (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 2. ed., art. 160, p. 170. São Paulo: Saraiva, 1996).

E ainda, a lição de Humberto Theodoro Júnior:

A simples *notitia criminis* sem intenção clara de lesar ou prejudicar a outrem não pode configurar denúncia caluniosa para efeito de reparação civil do dano (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Leud, 1986, p. 36).

No mesmo sentido, os seguintes julgados deste eg. Tribunal:

Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e morais. Furto. Boletim de ocorrência. Inquérito policial. Exercício regular do direito. Exorbitância indemonstrada. Recurso improvido. - O ordenamento civil brasileiro adotou, como regra, a teoria subjetiva ou da culpa, segundo a qual três requisitos devem estar presentes para gerar a responsabilidade civil: uma conduta antijurídica do agente, potencialmente danosa (*eventus damni*), uma lesão efetiva (dano) e a relação de causa e efeito entre elas (*nexo causal*). Ausente qualquer desses elementos, afasta-se o dever indenizatório. - Não há imputar responsabilidade civil e consequente obrigação de indenizar àquele que age no exercício regular de um direito, ao acionar a Polícia Militar, a fim de ser lavrado Boletim de Ocorrência, para apuração de furto ocorrido em seu estabelecimento, se não se comprova que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada e de má-fé (Apelação Cível nº 1.0470.09.058181-5/001, Rel. Des. Tarcisio Martins Costa, j. em 3/5/2011).

Ação de indenização por danos morais. Mandado de intimação. Comparecimento à delegacia para prestação de informações acerca de um suposto delito. Ilícito não comprovado. Exercício regular de direito. Sentença confirmada. - Para que se configure o ato ilícito previsto no art. 186 do Novo Código Civil, no sentido de obrigar o agente causador do dano a repará-lo, é imprescindível que haja prova do fato lesivo

causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, do dano patrimonial ou moral e do nexo de causalidade entre este e o comportamento do agente. A instauração de procedimento investigativo, compelindo o investigado a comparecer à Delegacia de Polícia para prestar esclarecimentos acerca de um delito não consiste em fato que demonstra a culpa de qualquer pessoa, mas ato tendente a apurar a materialidade e autoria do suposto crime. Ante a ausência de comprovação da ocorrência de ato ilícito, tendo agido a parte no exercício regular de direito ao requerer a abertura de inquérito investigatório para apuração de suposto delito, a confirmação da improcedência do pedido indenizatório é medida que se impõe (Apelação Cível nº 1.0686.06.172875-0/001, Rel. Des. Wanderley Paiva, j. em 26/1/2011).

Ação de indenização por danos morais. Denúncia contra policial militar. Instauração de sindicância. Exercício regular de direito do denunciante. Dano moral. Não comprovação. Ausência dos requisitos da responsabilidade civil. - Age no exercício regular de direito o cidadão que, sem excesso, denuncia ao comando da Polícia Militar conduta de policial que entende irregular, ensejando instauração de sindicância. Ausentes os requisitos da responsabilidade civil, não há que se falar em indenização por danos morais. (Apelação Cível nº 1.0558.08.008871-6/001, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. em 7/4/2010).

Afastada, portanto, a ocorrência de ato ilícito, merece reforma a sentença, para excluir a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais.

Entretanto, descabido o pedido reconvenicional do réu de ser indenizado por ter a autora apresentado queixa-crime em seu desfavor (f. 56/60).

Ora, o fato de a apelada, entendendo-se vítima de suposto crime de calúnia, ter apresentado queixa-crime contra a recorrente, não significa que tenha que lhe indenizar pelos inconvenientes decorrentes da ação criminal e seus efeitos, ainda que esta tenha sido posteriormente considerada infundada pelo Poder Judiciário, no caso, por extinção da punibilidade em razão da decadência (f. 83/84).

Decerto que a queixa-crime caluniosa, descuidada, precipitada e com excesso é passível de causar, injustamente, abalo de ordem moral a qualquer pessoa, tendo em vista os transtornos, constrangimentos e sofrimentos pelos quais o acusado é obrigado a passar, tendo sua honra e dignidade afetadas perante a sociedade, situação diante da qual não haveria dúvida quanto ao seu direito à reparação civil pela conduta negligente, imprudente ou até mesmo de má-fé e, portanto, ilícita, do denunciante.

Em casos semelhantes, a jurisprudência pátria firmou o entendimento de que o pleito de indenização, nas hipóteses de provocação de investigações policiais ou instauração de ação penal só encontra guarida, quando se mostrarem presentes elementos evidentes de imprudência grave, má-fé ou leviandade, a evidenciarem a intenção de expor pessoas inocentes à abominação pública.

Contudo, tal hipótese não se amolda à situação tratada nos autos, na qual o autora/reconvinda, embasada nos fatos por ela vivenciados, ofereceu queixa-crime em desfavor do réu/reconvinte, acreditando estar no exercício regular de um direito.

Não consta do caderno probatório qualquer indício de que a autora/reconvinda (ora recorrida) tenha agido de má-fé ou com imprudência.

Assim, não obstante a rejeição da queixa-crime por extinção de punibilidade (decadência), dúvida não há de que a apelada, ao ajuizar a ação penal privada, agiu no exercício regular de um direito, já que entendia ser o comportamento do apelante um ilícito penal.

O pedido de averiguação de suposto crime, bem como o ajuizamento de ação penal privada não podem ser vistos como ofensa moral à pessoa, sob pena de se negar vigência à garantia prevista no art. 5º, XXXV, da CF/88, de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Quanto ao tema, ensina-nos Rui Stoco:

Sustenta Caio Mário que o fundamento moral dessa causa de isenção da responsabilidade civil encontra-se no adágio: *qui iure utitur neminem laedit*, ou seja, quem usa de um direito seu não causa dano a ninguém. Na ideia de ato ilícito exige-se o procedimento antijurídico ou da contravenção de uma norma de conduta preexistente, de modo que não há ilícito quando inexistente procedimento contra direito. Daí o inciso I do art. 160 do Código Civil enunciar a inexistência de ato ilícito quando o dano é causado no exercício regular de direito.

No mesmo sentido também leciona Yussef Said Cahali :

Sob esse aspecto, e especialmente em casos de calúnia e denunciação caluniosa, nossos tribunais, desde longa data, firmaram o entendimento de que ‘não pode o réu ser responsabilizado pela prática de ato ilícito consistente em denunciação caluniosa se a representação por ele feita contra o autor à autoridade policial não se reveste de dolo, temeridade ou má-fé’. Desse modo, ‘para que possa prosperar a ação de indenização fundada em denunciação caluniosa, é imprescindível a condição prévia do próprio acusador ter ciência plena da falsidade da acusação. O erro de fato sobre a inocência do acusado ou a dúvida ou suspeita nesse sentido excluem a culpabilidade’, portanto, ‘a simples comunicação de um fato à autoridade competente para que seja apurado eventual ilícito penal não implica, por si só, a responsabilidade indenizatória do comunicante, se a investigação resultar inócua. Para que ele seja condenado a compor perdas e danos, é mister que tenha agido com imprudência grave ou leviandade inescusável em sua denúncia.’

Do contrário, haveria, ademais, grande insegurança jurídica, pois estar-se-ia admitindo a possibilidade de o cidadão, fundado em indícios palpáveis e imbuído de boa-fé, ser responsabilizado civilmente por dar queixa de fato que entende delituoso à autoridade competente.

Com efeito, o pedido de instauração de inquérito policial e o oferecimento de queixa-crime pela recorrida traduziu em legítimo exercício regular de direito, uma vez não comprovado que a instauração do procedimento se deu de forma despropositada e injusta, com o objetivo flagrante de prejudicar o recorrente, que se considera inocente.

Sobre o tema este Eg. Tribunal já se manifestou no mesmo sentido reiteradas vezes, confira-se:

Ação de indenização. Prescrição. Não ocorrência. Instauração de inquérito policial. Exercício regular de direito. Dano moral. Inexistência. Justiça gratuita. Concessão. 1. Sob a égide do Código Civil de 1916, é de 20 anos o prazo prescricional para a pretensão de reparação civil por danos morais, cuja contagem tem início na data da prática do ilícito. 2. O justificado pedido de instauração de inquérito policial destinado a apurar a autoria de furto, com indicação dos suspeitos, em se tratando de ato despido de má-fé ou dolo, consubstancia-se em exercício regular de direito, que não configura ofensa moral passível de merecer reparação civil. 3. Para assegurar os princípios constitucionais do acesso à justiça e da assistência jurídica integral, eventual dúvida sobre a pobreza do interessado resolve-se a seu favor (AC Nº 1.0133.05.023300-5/002, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 8/9/2010).

No caso *sub judice*, verifica-se que a causa eficiente e apta a produzir os prejuízos que o réu/reconvinte sustenta ter sofrido foi a apresentação de queixa-crime pela autora

Diante dessas considerações, entendo que também fica prejudicado o pedido reconvenicional de que a recorrida seja responsabilizada pela reparação de eventuais danos materiais sofridos pelo reconvinte/apelante.

Conclusão.

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso, para, reformando a sentença, julgar improcedentes os pedidos iniciais, mantendo a improcedência da reconvenção.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais e de honorários advocatícios fixados em 12% do valor da causa, já considerado o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015, ficando suspensa, entretanto a exigibilidade de tais verbas por estar litigando sob o pálio da justiça gratuita (f. 12).

Condeno o réu(reconvinte) ao pagamento das custas e despesas processuais da reconvenção, bem como de honorários advocatícios de 10% do valor da causa (f. 53).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER e MOTA E SILVA.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação - Ação de indenização - Perfuração de poço para extração de água mineral - Perfuração em local diverso do autorizado pelo órgão federal competente - Falha na prestação do serviço - Dano material - Reembolso da quantia paga - Lucros cessantes - Inexistência - Necessidade de prova cabal - Dano moral

- Comprovada a falha na prestação de serviços, em razão da perfuração de poço para extração de água mineral em local diverso do autorizado pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, é devido o reembolso das despesas gastas referentes ao processo de obtenção da referida autorização.

- A condenação ao pagamento da indenização correspondente aos lucros cessantes depende da demonstração cabal da sua existência, com a especificação do prejuízo sofrido.

- A ocorrência de aborrecimentos, contrariedades da vida cotidiana, como os provenientes de uma relação contratual insatisfatória, não caracteriza dano moral.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0261.15.003444-3/001 - Comarca de Formiga - Apelante: Ronaldo Carlos Faria - Apelante adesivo: Geoconômica Minas Ltda. - Apelado: Ronaldo Carlos Faria, Geoconômica Minas Ltda. - Relator: DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2018. - *Carlos Henrique Perpétuo Braga* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA - Apelação interposta por Ronaldo Carlos Faria e apelação adesiva interposta por Geoconômica Minas Ltda. contra a r. sentença prolatada pelo MM. Juiz Ramon Moreira, da 1ª Vara Cível da Comarca de Formiga, que, na ação de indenização movida pelo apelante principal contra o apelante adesivo, decidiu a lide, nos termos seguintes:

Ante o exposto e o mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento no importe de seis mil, seiscentos e trinta e dois reais e sessenta centavos (R\$6.632,60), corrigido monetariamente pelos índices da tabela CGJ, com juros de 1% ao mês, ambos contados da data do evento danoso.

Considerando que o autor decaiu em parte substancial do pedido, distribuo proporcionalmente a sucumbência, arcando a ré com 25% e o autor com 75% das custas do processo, fixo os honorários a teor do art. 85, § 8º, do CPC/15 em mil reais, verbas que ficam suspensas para a parte autora, na forma do art. 98, § 3º, do CPC/15.

Publicar, registrar e intimar. (f. 351/357).

Embargos de declaração opostos (f. 359/362) e rejeitados às f. 363/364.

O apelante principal (Ronaldo Carlos Faria) apontou que a sentença merece reforma, pois houve vício na prestação do serviço de confecção do “Relatório Final de Pesquisas”.

Asseverou que o erro da apelada lhe causou prejuízos ocasionados pela demora no processo de aprovação.

Pugnou pelo provimento do recurso, para condenação da apelada ao pagamento de indenização por lucros cessantes (f. 366/373).

Preparo não realizado em razão da concessão da justiça gratuita (f. 357).

Contrarrrazões, às f. 375/376, infirmando a insurgência.

A apelante adesiva arguiu a inexistência de falha na prestação do serviço.

Aduziu que realizou, sem qualquer custo, a apresentação de novo relatório final de pesquisas em nome do requerente, adiantando o processo de requerimento da nova área.

Sustentou que por haver realizado o novo relatório sem qualquer custo, é incabível sua condenação ao pagamento de indenização.

Pugnou pela condenação do apelante principal ao pagamento de multa por litigância de má-fé (f. 377/379).

Preparo, às f. 380/381.

Contrarrrazões ao recurso adesivo, às f. 383/385, em evidente infirmação.

É o relatório.

Presentes os pressupostos legais, conheço de ambos os recursos.

Os recursos serão analisados conjuntamente.

Trata-se de ação de indenização movida por Ronaldo Carlos Faria contra Geoconômica Minas Ltda., postulando o recebimento de R\$6.632,60, a título de dano material, R\$912.375,00, a título de lucros cessantes, e indenização por dano moral em valor a ser arbitrado.

Extrai-se dos autos que o apelante principal (Ronaldo Carlos Faria) efetuou registro de requerimento para exploração comercial de água em sua propriedade no Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) – documentos de f. 17/20.

Consta da exordial que, em 28/7/2009, o apelante principal contratou a apelante adesiva (Geoconômica Minas Ltda.) para realizar serviço de marcação do poço para captação de água, pagando R\$4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

A apelante adesiva apresentou, em 10/11/2009, nova proposta para término dos serviços e apresentação de relatório final de pesquisas junto ao DNPM, orçando-a em R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

Protocolizou-se o relatório final de pesquisas, em 3/11/2010, com a perfuração do poço no local indicado pela requerida.



Realizou-se levantamento topográfico do posicionamento da fonte de água mineral pelo fiscal federal do DNPM, em 17/7/2013. Concluiu-se que a fonte se encontrava fora da poligonal aprovada no Processo nº 832.794/2007, a uma distância de 5,32 metros, o que culminou na desaprovação do relatório final de pesquisas, em 19/9/2013 – documento de f. 18.

Em razão disso, protocolizou-se novo requerimento para exploração da área (Processo nº 832.036/2013) e, em contato com a requerida, esta apresentou novo relatório final de pesquisas em nome do requerente, sem custos, adiantando o processo de requerimento da nova área.

Segundo o apelante principal, em razão do erro na prestação dos serviços, sofreu prejuízo de R\$6.632,60 (seis mil, seiscentos e trinta e dois reais e sessenta centavos), referente aos valores totais pagos para o primeiro requerimento de exploração de água mineral desaprovado.

A demandada, em sua defesa, arguiu que o monitoramento através de aparelho não é de precisão absoluta, pelo que não se pode cogitar de falha na prestação de serviço.

Asseverou que, dois meses antes da publicação do indeferimento do primeiro relatório de pesquisa, providenciou a rápida liberação de novo alvará, inexistindo prejuízo no andamento do projeto.

A sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos deve ser mantida.

O vício na prestação do serviço foi comprovado, pois a necessidade de abertura de novo processo de autorização para perfuração de poço visando à extração de água mineral é fato incontroverso entre as partes e comprovado pelos documentos de f. 17/19.

O documento de f. 30 comprovou que a demandada foi contratada para realização dos serviços dentro da área do poligonal referente ao primeiro processo de requerimento no DNPM (Processo nº 832.794/2007).

Comprovou-se a perfuração de poço em local diverso do poligonal autorizado no Processo nº 832.794/2007 pelo Departamento Nacional de Produção Mineral.

O apelante principal, em depoimento pessoal realizado à f. 336, aduziu:

[...] que contratou a empresa ré para a marcação do local de perfuração de um poço para extrair água mineral; que acompanhou o Sr. Weber em toda a área 'sem conhecimento técnico exato de divisa'; que são locais diferentes dentro do polígono; que o Sr. Weber buscou o melhor local dentro do polígono, segundo ele; que estava junto com o Sr. Weber quando este indicou o local ideal para a perfuração do poço; que o Sr. Weber é o profissional que a empresa mandou para fazer a locação do poço; que Weber estava com um aparelho para conferir se o local indicado estava dentro do polígono; que Weber foi ao local onde existe uma mina, na várzea, mas referido local não estava determinado como sendo o local para a perfuração do poço; que Weber escolheu e marcou o local para a perfuração do poço; que não existia no local cerca demarcando o polígono de 49.000m<sup>2</sup>; que a localização foi indicada de acordo com a utilização do aparelho por Weber; que, quando do comparecimento dos técnicos do DNPM, ficou constatado que o poço havia sido perfurado há (*sic*) uma distância de 5.60m da linha divisória do polígono; que, antes do comparecimento dos técnicos do DNPM o próprio declarante suspeitava que o ponto indicado por Weber estava fora do polígono; que os técnicos do DNP não ofereceram para o declarante nenhuma solução para resolver aquele problema; que o poço foi marcado fora do polígono de registro do declarante, em uma área livre; que referida área tinha uma extensão de 28m entre o polígono do declarante e o polígono de terceiro; que então o declarante ligou para o seu engenheiro, Elessandro Lamounier, e em

conversas com ele constataram que a área estava livre, então pediu a ele que providenciasse o pré-requerimento para o registro daquela área; que os técnicos falaram sobre a possibilidade de empenhar para solucionar o problema; que, após os procedimentos próprios, foi aproveitada a vistoria e a medição da vazão realizada pelos técnicos do DNPM; que o processo ainda se encontra em andamento, os procedimentos estão sendo tomados para a exploração do poço perfurado no local indicado por Weber e que, de início, não estava dentro do polígono do declarante; que a exploração será feita porque o declarante conseguiu o registro da área no local onde o poço foi perfurado; que solicitou à empresa ré que fizesse estudo de viabilidade econômica para pesquisa e exploração de argila na área de 49.000m<sup>2</sup>, qual seja o polígono que o declarante já detinha o registro; que o declarante não teve nenhum custo, ou seja, não pagou a empresa ré por este requerimento; que a demora para providenciar o requerimento de lavra demorou porque os trâmites ‘são difíceis’, não sabendo quanto tempo; que a licença ambiental já está regularizada, mas não sabendo desde quando, o que pode ser verificado através da documentação contábil.

A testemunha Elessandro Lamounier, à f. 337, informou:

[...] que foi procurado pelo autor em data que não se recorda, há uns dois anos atrás, por telefone, indicando uma coordenada geográfica para saber se referido ponto se encontrava dentro de um polígono em um processo dele junto ao DNPM; que realizou a consulta e constatou que o ponto estava fora do polígono; que, feita essa constatação, o autor solicitou ao depoente que providenciasse o registro da área cuja coordenada havia sido informada junto ao DNPM, pois tratava de uma área livre de registro; que, de um dia para o outro, devido à urgência relatada pelo autor, o declarante providenciou o protocolo no DNPM; que o requerimento já era suficiente para garantir o (*sic*) autor prioridade na exploração desde que não ocorresse nenhum problema técnico; que, de fato, não ocorreu nenhum problema técnico, vindo posteriormente a ser liberado o alvará de pesquisa, salvo engano no prazo de uns dois ou três meses; que acredita que o trabalho de verificação do poço que já havia sido realizado pelo DNPM tenha sido aproveitado, porque saiu a aprovação do relatório final de pesquisa; que não se recorda ao certo, mas o autor deve ter pago ao depoente em torno de R\$1.800,00, valor este estimado porque atualmente o declarante cobra em torno de R\$2.000,00 para este tipo de serviço.

[...] que o problema do poço ter sido furado fora do polígono com certeza pode ter atrasado o procedimento para a exploração; que a demarcação de poços pode ser feita por geólogo ou engenheiro de minas; que não sabe informar se no momento em que Ronaldo estava com os técnicos no local onde foi perfurado o poço, referido poço já estava perfurado ou apenas demarcado; que é habilitado em Engenharia de Minas.

[...] que o depoente fez, apenas, o requerimento que originou o alvará inicial de pesquisa; que não sabe se foi necessária a realização de algum trabalho pela empresa ré para a obtenção da autorização de lavra pelo autor do referido poço; que esteve no local onde o poço se encontra perfurado, inclusive, foram feitas fotos nesta oportunidade; que não sabe se o poço está localizado no local indicado por Weber.

A testemunha Flávia das Graças Leite Savassi, à f. 339, asseverou:

[...] que Weber é prestador de serviços para a empresa ré e a depoente tem conhecimento de que ele vistoriou a área e viu que existia um poço impróprio para fins de exploração mineral e emitiu um laudo constatando que o poço deveria ser feito em um outro local apropriado; que retornou ao campo e fez uma nova inspeção acompanhado de outras pessoas e fizeram a locação para a nova perfuração; que a empresa ré fez todo o trabalho de pesquisa com relação ao referido poço; que o referido poço foi autorizado e está apto para obtenção da portaria de lavra; que a empresa ré tomou conhecimento de que o poço estava localizado fora do polígono de registro, mas, por orientação dos técnicos do DNPM, foram

aproveitados todos os estudos, uma vez que estavam corretos; que os estudos foram aproveitados e aprovados pelo DNPM; que foi inserida uma nova área, então a empresa ré teve que fazer uma inspeção de campo para ser elaborado um novo mapa geográfico da área, uma nova planta de situação, uma nova planta geológica e as demais informações foram apuradas e retrabalhadas; que a empresa ré nada recebeu por esses trabalhos; que o poço que está apto para receber portaria de lavra é exatamente o que foi localizado por Weber.

[...] que o processo está em tramitação; que a empresa ré não enviou nenhum outro orçamento, nem cobrança pelo segundo serviço que se refere exatamente à regularização do poço; que dois meses antes de publicado o indeferimento da primeira área, o autor já estava com a autorização para a nova área com o mesmo poço; que não sabe quanto tempo decorreu entre a reprovação do primeiro processo até a aprovação do segundo processo, que os valores constantes no relatório final de pesquisa condiz (*sic*) com a realidade de mercado.

Portanto, o ressarcimento do valor gasto pelo apelante principal (R\$ 6.632,60) no primeiro processo de requerimento para exploração de água mineral deve ser ressarcido/promovido pela apelada.

Destaque-se que inexistiu impugnação específica do valor de R\$6.632,60 como sendo o valor despendido.

Em relação aos lucros cessantes, não há como acolher a pretensão do demandante.

Inobstante tenha sido comprovado o atraso de 15 meses entre a desaprovação do primeiro requerimento de exploração e a aprovação do segundo (f. 18 e 20), o fato, por si, não indica que, nesses quinze meses, o demandante já estaria extraindo a água mineral e que sua venda ocorreria nos valores apontados às f. 133/135-v. e 327/332.

Os valores apontados à f. 133-v. resumem-se à estimativa de produção.

Os documentos de f. 327/332 se referem a cartas de intenção de compra e venda, não se referindo a compromisso firmado com garantia de compra dos galões de água mineral.

Destaque-se que a condenação ao pagamento da indenização correspondente aos lucros cessantes depende da demonstração cabal da sua existência, com a individualização do prejuízo sofrido (art. 403, CC). Assim, não cabe presunção de prejuízo patrimonial experimentado.

Nesse sentido:

Apelação cível. Ação de reparação civil. Acidente de trânsito. Liquidação extrajudicial. Suspensão do feito. Fluência dos juros de mora. Suspensão. Vedação à correção monetária. Não ocorrência. Responsabilidade seguradora. Direta e solidária. Danos materiais. Danos emergentes. Orçamento emitido por oficina especializada. Prova hábil. Lucros cessantes. Não comprovação. - A suspensão das ações e execuções, prevista no art. 18 da Lei 6.024/74, não alcança as ações de conhecimento voltadas à obtenção de provimento judicial relativo à certeza e liquidez do crédito. - Decretada a liquidação extrajudicial, deve ser suspensa a fluência dos juros, sejam eles legais ou contratuais, até o momento em que todo o passivo da liquidanda for integralmente quitado, nos termos do art. 18, alínea *d*, da Lei 6.024/74. - A correção monetária, cujo objetivo é recompor o valor da moeda, é devida mesmo no regime de liquidação extrajudicial. - A seguradora denunciada pode ser condenada direta e solidariamente junto com este a pagar a indenização devida à vítima, nos limites contratados na apólice.- O orçamento feito por oficina especializada é prova idônea para comprovação dos danos materiais sofridos, cabendo à parte contrária desconstituí-la. - Para a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, faz-se

necessária a demonstração cabal da sua existência, com a individualização do prejuízo sofrido, o que impede condenações baseadas em simples expectativas de prejuízo patrimonial (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.13.365307-1/001, Rel. Des. José Américo Martins da Costa, j. em 7/6/2018, p. em 15/6/2018).

Quanto ao dano moral, a falha na prestação do serviço, por si, não é apta à sua caracterização.

A ocorrência de aborrecimentos, contrariedades da vida cotidiana, como os provenientes de uma relação contratual insatisfatória, não caracteriza dano moral. Este somente deve ser reconhecido quando demonstrada efetiva violação de direitos da personalidade, quais sejam dignidade, honra, imagem, intimidade ou vida privada.

Leciona Sérgio Cavalieri Filho:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.111).

Nesse sentido é, também, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no agravo (art. 544 do CPC). Ação de anulação de negócio jurídico de compra e venda. Vícios na avença. Inadimplemento contratual. Dano moral. Não cabimento. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. - A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior permeia-se no sentido de que o mero inadimplemento contratual não se revela suficiente a ensejar dano de ordem moral hábil a perceber indenização, porquanto considerado como hipótese de dissabor do cotidiano, razão pela qual o entendimento perflhado pela Corte de origem se coaduna com o posicionamento adotado por esta Casa. Incidência da Súmula 83/STJ. Precedentes. AgRg no REsp 1.408.540, REsp 1.129.881/RJ, REsp 876.527/RJ. - Ainda assim, a Corte Estadual com base na análise acurada dos autos concluiu que o caso vertente se afasta de hipótese extraordinária autorizadora à indenização por danos extramateriais, derruir o entendimento exarado implicaria o revolvimento das matérias fática e probatória da demanda, o que incide no óbice da Súmula 7/STJ, em ambas alíneas. - Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 362.136/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 3/3/2016, DJe de 14/3/2016).

Logo, ainda que o apelante principal tenha suportado aborrecimentos, dissabores, é inviável o reconhecimento de dano moral, uma vez que ausente a comprovação de violação aos direitos da personalidade.

Por fim, rejeito o pedido de aplicação de multa por litigância de má-fé à apelante, por não vislumbrar qualquer das hipóteses previstas no art. 80 do CPC.

Nesse contexto, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Dispositivo.

Fundado nessas razões, encaminho à votação no sentido de negar provimento a ambos os recursos.

Os apelantes deverão arcar com o pagamento das custas recursais de seus respectivos recursos.

Cada parte pagará ao procurador da parte adversa honorários advocatícios no percentual de 20% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos o art. 85, § 11, do CPC.

Suspendo a exigibilidade das referidas verbas em relação ao autor, considerando a gratuidade da justiça que lhe foi conferida.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA e MAURÍLIO GABRIEL.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

• • •

Apelação cível - Ação de reparação de danos - Contrato bilateral -  
Obrigações sinalagmáticas - Exceção de contrato não cumprido -  
Inteligência do art. 476 do Código Civil - Improcedência do pedido inicial

- É da natureza dos contratos bilaterais o dever de cumprimento recíproco das obrigações assumidas, não podendo nenhum dos contraentes exigir o implemento da prestação que cabe à contraparte, antes de cumprida a que lhe compete, por força do art. 476, do Código Civil.

- Não afasta a oponibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* o cumprimento parcial ou defeituoso da prestação, por se tratar de má-execução, que gera a mesma consequência, ou seja, o inadimplemento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0520.13.003863-8/001 - Comarca de Pompéu - Apelante: Danilo Daniel Lopes Carvalho, Danilo Daniel Lopes Carvalho - ME e outro - Apelado: Carlos Eduardo Durcercino da Silva - 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 PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Roberto Soares de Vasconcellos Paes* - Relator.

#### Voto

DES. ROBERTO SOARES DE VASCONCELLOS PAES - Danilo Daniel Lopes Carvalho - ME e outro inter-puseram apelação contra a r. sentença de f. 268/274-TJ, que, em ação de reparação de danos promovida por Carlos Eduardo Durcercino da Silva, julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar os réus a pagar, solidariamente, a quantia de R\$86.292,57 (oitenta e seis mil, duzentos e noventa e dois reais e cinquenta e sete centavos), corrigida pela variação do IGP-M e acrescida da multa de 10% (dez por cento), prevista na cláusula nona do contrato firmado entre as partes; a indenização por danos materiais, no valor de R\$7.937,50 (sete mil novecentos e trinta e sete reais e cinquenta centavos), acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a data da citação, e atualizado monetariamente, a partir da publicação da decisão; e as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o *quantum* da condenação.

Foram opostos embargos de declaração pelo autor, ora recorrido, cujo acolhimento ensejou apenas a correção de erro material existente na r. sentença (f. 289-TJ).

Nas razões de f. 276/286-TJ, os réus, ora recorrentes, sustentam que os problemas verificados no sistema de irrigação advêm do descumprimento de obrigações contratuais por parte do apelado e, principalmente, por não ter sido fornecido ao sistema água suficiente ao seu abastecimento.

Ressaltam que o sistema de irrigação foi entregue em perfeitas condições, sendo que eventuais falhas existentes nos equipamentos decorrem do uso inadequado que dele fizeram o recorrido e os funcionários que trabalham em sua fazenda.

Argumentam que, por expressa disposição contratual, competia ao apelado construir a casa de bombas e promover a abertura das valas.

Asseveram que o recorrido foi o único responsável pelas irregularidades que o perito indicou, em especial no tocante à profundidade das valas.

Relatam que, após a instalação do sistema de irrigação, o apelado permitiu que gado e tratores circulassem sobre a área, o que levou à ruptura dos canos.

Informam que o projeto original previa a extração de água em poços artesianos, mas, por exigência do recorrido, a água passou a ser retirada de um açude próximo à fazenda, que se mostrou insuficiente para abastecer todo o sistema de irrigação.

Defendem que, como inexistente descumprimento contratual, não é cabível a aplicação da penalidade prevista na Cláusula Nona do Contrato celebrado entre as partes.

Entendem que não remanesceu comprovada a existência de danos materiais, porque as sementes deixaram de ser plantadas não devido às falhas do sistema de irrigação, mas, sim, porque o apelado não teve tempo para adubar a terra.

Ao final, requerem o provimento do recurso.

O recorrido ofereceu contrarrazões (f. 290/295-TJ), nas quais se opõe aos fundamentos e às pretensões recursais.

É o relatório.

Decido.

Registro que, para a admissibilidade da apelação, deve ser observado o regramento contido no Novo Código de Processo Civil (art. 14), tendo em vista a data de publicação da decisão motivadora da sua interposição (9/2/2018 - f. 274-v.-TJ): “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: “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 essas observações, conheço do recurso, porque, além de próprio, foi interposto tempestivamente e o preparo se encontra regular (f. 274-verso, 276 e 287-TJ).

Na petição inicial, o autor narra que firmou com os réus, em 28/3/2013, um “Contrato de Fornecimento de Materiais e Instalação de Sistema de Irrigação por Malha Enterrada”, cuja cópia se encontra às f. 27/32-TJ.



Informa que, além de os demandados não terem cumprido o prazo de entrega do serviço, o sistema de irrigação, uma vez concluído, passou a apresentar uma série de “vícios sistêmicos”, que seriam caracterizados pela existência de aspersores com tubo solto, canos não enterrados, outros em profundidade diversa daquela especificada no contrato e vazamentos nas emendas.

Argumenta que, diante do descumprimento das obrigações assumidas, os requeridos devem se sujeitar à penalidade prevista na Cláusula Nona do Contrato (f. 32-TJ), com a restituição de toda a quantia já paga, acrescida de multa de 10% (dez por cento).

Pede, ainda, o pagamento de indenização por danos materiais, porque as sementes adquiridas não puderam ser plantadas em virtude da ineficiência do sistema de irrigação.

Na contestação, os réus alegam que não descumpriram nenhuma cláusula contratual e que o autor é que se encontra inadimplente.

Ressaltam que cabia ao requerente a construção da “casinha da bomba” e a perfuração das “valas”, o que não foi feito.

Além disso, afirmam que os funcionários da fazenda do demandante, embora soubessem da existência do sistema de irrigação por malha enterrada, trabalhavam com tratores sobre a área, o que ocasionou o rompimento de tubulações.

A partir desse relato, observo que a controvérsia enseja a análise das obrigações contratuais assumidas pelas partes, haja vista que uma imputa à outra o descumprimento de cláusulas do “Contrato de Fornecimento de Materiais e Instalação de Sistema de Irrigação por Malha Enterrada” (f. 27/32-TJ).

Não se pode olvidar que é da natureza dos contratos bilaterais o dever de cumprimento recíproco dos encargos assumidos, não podendo nenhum dos contraentes exigir o implemento da prestação que cabe à contraparte, antes de cumprida a que lhe compete, por força do art. 476 do Código Civil.

Sílvio de Salvo Venosa leciona:

As obrigações correspectivas dos contratos bilaterais aparecem de forma cristalina no art. 476: ‘Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro’ (antigo art. 1.092). Trata-se do tradicional princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, que não é de origem romana, mas posterior.

[...]

Como foi exposto, nos contratos bilaterais, cada parte tem direito de exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. É característica ínsita ao sinalagma presente nesse negócio. Permite a lei que o contratante suste sua parte no cumprimento até que o outro contratante perfaça a sua. É uma exceção tratada dentro do princípio romano de que a *exceptio* é uma forma de defesa. O contratante opõe essa exceção como forma de se defender contra o outro contratante inadimplente. É exceção de mérito. Com essa oposição, o contratante logra apor um obstáculo legal à exigência de seu cumprimento, pelo não cumprimento da outra parte. Pressupõe-se, por outro lado, que o contratante em falta esteja a exigir indevidamente o cumprimento do contrato. Esse é justamente o âmago da questão, a ser examinado pelo juiz em cada caso concreto. Se o contratante está em dia com o cumprimento de suas obrigações, pode

validamente exigir que o outro cumpra a avença no que lhe couber (Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, V. II, p. 410).

No mesmo sentido:

Nos contratos bilaterais (sinalagmáticos, portanto), à prestação de uma parte corresponde contraprestação da outra, de tal sorte que o credor também é devedor: se o credor (que é devedor) não quer cumprir sua prestação, o devedor (que é credor) também pode legitimamente resistir ao cumprimento de sua parte na avença. O dispositivo legal [art. 582 do CPC], que pretende resolver o impasse (em conjunto com o art. 615, IV), nada mais significa que uma transposição, para o processo, de questão típica de contrato bilateral, tratada no Código Civil no art. 476. (Antônio Carlos Marcato (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 1.914).

A Jurisprudência não discrepa:

Processual civil. Execução. Título executivo judicial. Obrigações recíprocas. Descumprimento pelo exequente. Embargos à execução. Cabimento. 1 - Nenhum dos sujeitos da relação jurídica, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o adimplemento da obrigação contraposta, eis a transposição para o processo da máxima civilista do *exceptio non adimplenti contractus* (STJ - REsp. nº 826.781/RS, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 22/2/2011, DJe de 25/2/2011).

Indenização. Danos morais e materiais. *Exceptio non adimplenti contractus*. Ônus da prova. Boa-fé objetiva. - De acordo com o art. 476, do Código Civil, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. - Embora o contrato faça lei entre as partes, deve prevalecer o princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual os contratantes devem prezar pela transparência, honestidade, lealdade e segurança com o objetivo de realizar os fins econômicos e sociais do contrato (TJMG - Apelação Cível nº 1.0694.11.004024-3/001, Relatora a Desembargadora Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, j. em 23/4/2015, p. em 5/5/2015).

Apelação. Contrato de compra e venda de imóvel. Rescisão. Obra inacabada. Cláusula de prorrogação de prazo. Validade. *Exceptio non adimplenti contractus*. Pena convencional. Bilateralidade. - Não se vislumbra qualquer abusividade na cláusula de prorrogação de prazo de entrega do imóvel expressamente pactuada entre as partes e prevista contratualmente. - A exceção do contrato não cumprido encontra fundamento na equidade e parte da premissa, segundo a qual, nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da obrigação do outro. - Não tendo cumprido a requerida sua obrigação no contrato, não pode exigir que o autor cumpra a dele. - Em contratos bilaterais, comutativos e sinalagmáticos, a cláusula penal prevista expressamente apenas em prol de uma das partes deve ser estendida também em benefício da outra, como imperativo lógico da isonomia, boa-fé e do equilíbrio contratual (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.12.308849-4/001, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, 14ª Câmara Cível, j. em 26/3/2015, p. em 8/4/2015).

No caso, remanesceu evidenciado o fato de que o sistema de irrigação apresenta falhas, funcionando de forma precária e insuficiente, conforme atestou o perito:

Ficou constatado que o Sistema de Irrigação implantado no local da perícia estava funcionando de forma precária e só promovia a irrigação em um dos setores da malha de irrigação implantada na fazenda, setor este mais próximo do curral, conforme indicado na foto de satélite e nas fotos tiradas no local; (f. 205-TJ).

Esses problemas, em parte, advêm das valas em que se encontram os tubos. Algumas possuem menos de 40 (quarenta) centímetros de profundidade, enquanto outras não foram fechadas, o que favoreceu a quebra e esmagamento da tubulação pelo gado, além de sujeitá-la às intempéries.

A propósito, as conclusões do Laudo Oficial:

Em diversos locais do sistema de irrigação foram encontrados tubos enterrados a menos de 40 cm da superfície do solo, sendo verificados, inclusive, tubos a céu aberto, procedimento este inadequado, por favorecer o ressecamento por incidência das intempéries, assim como a quebra e amassamento dos tubos pela passagem de animais ou veículo que por ali transitem [...] (f. 207-TJ).

Idêntica resposta foi dada ao Quesito nº 07, formulado pelo autor:

07 - Queira o il. Expert informar se as tubulações hidráulicas estão devidamente embutidas no solo?

R - Não estão. Foram encontradas tubulações a menos de 40 cm da superfície do solo, estando algumas visíveis ao nível do solo, conforme se constata por meio dos anexos fotográficos (f. 209-TJ).

No mesmo sentido, a fotografia de f. 214-TJ, que revela a existência de tubulação exposta, com a seguinte observação do perito: “[...] a instalação da tubulação próxima à superfície, ou mesmo exposta, como se demonstra na foto abaixo, favorecia a quebra ou esmagamento da tubulação pelo gado”.

Semelhante comentário recebeu a imagem de f. 216-TJ: “Foto demonstrando que a tubulação foi instalada na superfície e sem ser aterrada, parcialmente visível no chão. Tal procedimento é inadequado, pois favorece a quebra e esmagamento dos tubos por pisadura de animais.”

Em depoimento prestado na audiência de instrução e julgamento, o Sr. Danilo Elias Soares, ex-funcionário dos réus, disse que, pouco tempo depois da instalação do sistema de irrigação, teve que voltar à fazenda para realizar alguns reparos na tubulação, devido a um “impacto físico” (f. 243-TJ).

O Sr. Welber Fernandes da Costa, ex-empregado do autor, também afirmou que o gado da fazenda danificou parte do sistema, além de noticiar que um tratorista havia cortado acidentalmente um dos tubos de irrigação:

[...] que já trabalhou na fazenda pertencente ao autor na condição de encarregado do imóvel; que trabalhava na fazenda por ocasião da contratação do sistema de irrigação; que acompanhou toda a instalação do referido sistema; que o que aconteceu foi que o gado ‘soltou pra lá e pisou em uma bomba’; que se trata de gado solteiro, pertencente ao próprio requerente; [...] que o único vazamento que houve no sistema de irrigação foi o corte do cano por um tratorista (f. 244-TJ).

Enfatizo que no Projeto de Irrigação (f. 19/23-TJ) foi atribuído ao autor a responsabilidade pela abertura, limpeza e fechamento das valas:

A Contratante será responsável por:

1. Abertura de valetas para a acomodação e montagem da tubulação enterrada, limpeza das encruzilhadas e posterior fechamento das valas (f. 22-TJ).

Por conseguinte, os problemas atestados pelo *expert* não podem ser imputados aos réus, uma vez que, como ajustado pelas partes, ao autor competia a abertura, limpeza e fechamento das valetas.

O laudo pericial apontou outro defeito no sistema de irrigação, consistente na incorreta fixação dos tubos de alimentação dos aspersores às suas respectivas bases:

10 - [...] os tubos de alimentação dos aspersores foram amarrados por arame farpado a peças de eucalipto chumbadas no solo, procedimento que foi feito de forma inadequada, por promover o estrangulamento, perfuração e rompimento dos tubos, sendo recomendada sua fixação por dispositivo de fixação adequado (fita de lacre, braçadeira ou qualquer outro dispositivo adequado de fixação que não estrangulasse os tubos); (f. 207-TJ).

As fotografias de f. 220-TJ comprovam a existência de aspersores conectados por meio de arame farpado, o que causou o “estrangulamento” da tubulação.

Essa falha também não pode ser atribuída aos requeridos, porquanto gerada por funcionários da fazenda do demandante, que, na tentativa de afugentar o gado, resolveram utilizar arame farpado no sistema de irrigação.

Nesse sentido, o depoimento prestado pelo Sr. Welber Fernandes da Costa:

[...] que já trabalhou na fazenda pertencente ao autor na condição de encarregado do imóvel; que trabalhava na fazenda por ocasião da contratação do sistema de irrigação; que acompanhou toda a instalação do referido sistema; [...] que a ideia de amarrar os canos com arame farpado, a exemplo do anexo fotográfico de f. 220, foi do depoente ‘e dos meninos’, na intenção de afugentar o gado caso se aproximasse do objeto; que não comunicou nem ao autor e nem ao réu a circunstância de ter amarrado os canos com arame (f. 244-TJ).

Com efeito, a prova testemunhal é hábil a afastar a responsabilidade atribuída aos demandados, à consideração de que o próprio autor, por iniciativa dos seus prepostos, é que deu causa ao estrangulamento, perfuração e rompimento dos tubos do sistema de irrigação.

Outra irregularidade apontada pelo perito oficial consistiu na indevida instalação da base de sustentação dos motores:

08 - Queira o il. expert informar se a base para os motores da casa de máquinas estão devidamente instaladas?

R - Não estão. Os motores com suas bombas estavam apenas apoiados sobre madeiras e tijolos, conforme se constata por meio dos anexos fotográficos (f. 209-TJ).

Todavia, após detida análise do Projeto de Irrigação e das Cláusulas Contratuais pactuadas pelos litigantes, concluí que ao autor, e não aos réus, coube o encargo de construir a base de concreto:

Cláusula Sétima: Responsabilidade da Contratante

A Contratante será responsável por:

1. Construção de base de concreto e paredes para o conjunto moto bomba (f. 31-TJ).

O próprio *expert*, à f. 206-TJ, registrou ter “constatado que era obrigação do autor construir as bases de fixação das bombas”.

Assim, nesse ponto, não verifico configurado o inadimplemento dos requeridos.

O perito informou, também, que, por não ser fornecido ao sistema de irrigação água suficiente ao seu abastecimento, ele vinha funcionando de forma precária.

Concluiu que, como “o volume de água bombeada era superior ao volume de água captada” (f. 212-TJ), o sistema ficava impedido de operar de forma eficiente.

Além disso, devido ao baixo nível de água captada, havia a exposição da “válvula de retenção”, ocasionando a entrada de ar na tubulação, como demonstra o acervo fotográfico de f. 222-TJ:

Foto na qual se percebe a válvula de retenção exposta pela falta de nível mínimo de captação, procedimento este inadequado por favorecer a entrada de ar nas tubulações quando o nível da água estiver abaixo da válvula de retenção.

Outrossim, conforme verificado pelo *expert*, a existência de ar na tubulação fazia com que o sistema de irrigação, a cada vez que era ligado, demorasse, em média, 30 (trinta) minutos para começar a funcionar:

Ao acionar as bombas de irrigação, constatou-se que o sistema apresentava problemas em sua captação devido à entrada de ar nas tubulações, demorando em média 30 minutos para ser acionado, demora esta devida à necessidade de ser retirado o ar da tubulação (f. 205-TJ).

Ao demais, foi esclarecedor o depoimento prestado pelo Sr. Welber Fernandes da Costa (f. 244/245-TJ).

Segundo ele, antes mesmo de ser instalado o sistema de irrigação, o açude já vinha secando, tendo o requerente sido advertido de que, considerando o baixo volume de água no local, o sistema não funcionaria de forma satisfatória.

Entretanto, o autor insistiu para que a água fosse captada diretamente daquele reservatório, uma vez que, posteriormente, iria perfurar dois poços, que serviriam para o reabastecimento e a recomposição da sua capacidade hídrica.

Transcrevo excertos do relato da mencionada testemunha:

[...] que já trabalhou na fazenda pertencente ao autor na condição de encarregado do imóvel; que trabalhava na fazenda por ocasião da contratação do sistema de irrigação; que acompanhou toda a instalação do referido sistema; [...] que o açude aonde a água era coletada vinha baixando muito rápido; que o poço também vinha secando e ‘com dificuldade para jogar lá’; [...] que o depoente comentou com o autor a circunstância de não ligar a bomba diante do pouco volume do açude; que Danilo [2º réu] nada relatou quanto ao açude, a não ser que achava não ser possível o sistema aguentar; que o autor relatou que iria furar outros dois poços e que ‘jogando para dentro do açude iria aguentar’ (f. 244-TJ).

Portanto, os elementos produzidos no feito corroboraram a tese defensiva de que, no momento da instalação do sistema de irrigação, o autor exigiu que a água fosse retirada do açude próximo à fazenda, e não de poços artesianos, como previa o projeto original.

Saliento que, a teor da Cláusula Quinta, do Instrumento Contratual, a responsabilidade dos demandados foi expressamente ressalvada no caso de o contratante, ao tempo da montagem do sistema de irrigação, promover alterações conducentes à “modificação do seu desempenho” ou “adaptação à realidade de campo”, *verbis*:

Cláusula quinta: Garantias dos equipamentos

[...]

5. A Centrominas Irrigações não assume responsabilidade sobre o Contratante promover alterações técnicas no sistema de irrigação, quando de sua montagem, no sentido de modificar o seu desempenho, bem como adaptá-lo à realidade de campo (f. 31-TJ).

Destarte, reitero que a inexistência de água suficiente para o regular funcionamento do sistema de irrigação não pode ser imputada aos réus, tendo em vista que o demandante solicitou que a água fosse coletada do açude.

Ainda que assim não fosse, não se poderia desconsiderar que a capacidade hídrica existente na fazenda envolvia incontáveis fatores, inclusive climáticos e meteorológicos, e que dos requeridos não poderia ser exigida a garantia de que, após a instalação do sistema de irrigação, não faltaria água para abastecê-lo.

Por ser manifestamente relevante, assinalo que, após a instalação do sistema de irrigação, nenhuma falha foi detectada, conforme as informações prestadas pelo Sr. Danilo Elias Soares:

[...] que, ao que viu, após a instalação, foi cumprido todo o prometido pela empresa ré; que o declarante compareceu à fazenda após a entrega formal do sistema de irrigação; [...] que quando o depoente esteve na fazenda o sistema estava funcionando normalmente, inclusive de modo a evidenciar quais os aspersores deveriam ser substituídos; [...] que, quando compareceu na fazenda, o declarante não constatou qualquer irregularidade que pudesse impedir o bom funcionamento do sistema de irrigação; [...] que no dia que compareceu na fazenda o sistema funcionava normalmente; que não se recorda por quanto tempo permaneceu na fazenda; que é variável de cada projeto o tempo necessário de constatação quanto à regularidade do sistema de irrigação, mas pode atestar que funcionava regularmente durante o período em que lá esteve (f. 243-TJ).

O depoente Welber Fernandes da Costa também esclareceu que, nos 2 (dois) meses em que permaneceu como encarregado do imóvel, após a instalação do sistema de irrigação, verificou a normalidade do seu funcionamento:

[...] que trabalhava na fazenda por ocasião da contratação do sistema de irrigação; que acompanhou toda a instalação do referido sistema; [...] que o depoente deixou de trabalhar na fazenda cerca de 60 dias após a instalação do sistema de irrigação; [...] que, ao deixar o trabalho na fazenda, o sistema de irrigação estava funcionando normalmente (f. 244-TJ).

Portanto, as provas coletadas ao longo da instrução processual esclareceram que, nos primeiros meses, o sistema de irrigação funcionou normalmente, bem como que, por força do baixo volume de água do açude; do estrangulamento, perfuração e rompimento de tubos pelos funcionários da fazenda, que os fixaram com arame farpado; e da quebra e esmagamento da tubulação pelo gado e por tratores, aquele equipamento começou a apresentar falhas, tornando-se incapaz de irrigar toda a área cultivável.

Assinalo que vigora no ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado, podendo o Julgador decidir de acordo com a valoração atribuída aos elementos apresentados no feito.

É o que dispõe o art. 371, do Código de Processo Civil: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero ensinam:

1. Apreciação da prova. O juiz apreciará a prova das alegações de fato em conformidade com o modelo de constatação que deve ser empregado para análise do caso concreto levado a seu conhecimento. Dentro do modelo, apreciará livremente, sem qualquer elemento que vincule o seu convencimento a priori. Ao valorar livremente a prova, tem, no entanto, de indicar na sua decisão os motivos que lhe formaram o convencimento. No direito brasileiro vige, pois, o sistema da livre valoração motivada (também conhecido como sistema da persuasão racional da prova) (Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 177/178).

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior pontifica:

O sistema da livre convicção é o oposto do critério da prova legal. O que deve prevalecer é a íntima convicção do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa, tanto quanto aos meios de prova como ao método de avaliação.

[...]

O sistema da persuasão racional é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional.

[...]

Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. Além disso, o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência (Curso de Direito Processual Civil - atualizado de acordo com o Novo CPC. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. I, p. 859/860).

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

Processo civil. Administrativo. Relação empregatícia anterior à Constituição Federal de 1988. ART. 131 do CPC. - O princípio do livre convencimento motivado garante ao magistrado a desvinculação de critérios probatórios apriorísticos ou hierarquia entre provas (REsp. nº 600.075/RJ, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, in *Lex-STJ* 190/121).

Em conclusão, após minuciosa análise das obrigações contratuais assumidas pelas partes e do conjunto probatório, entendo por não evidenciado o inadimplemento atribuído aos réus, na peça vestibular, por não lhes ser devida a imputação de responsabilidade pelos problemas apresentados no sistema de irrigação contratado pelo autor.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.



Imponho ao autor o pagamento das custas processuais, incluídas as recursais, e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, já considerada a regra de majoração prevista no seu § 11.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AMAURI PINTO FERREIRA e LUCIANO PINTO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Direito registral - Apelação cível - Pedido de expedição de alvará judicial - Registro de escritura pública - Imóvel urbano com área inferior ao mínimo - Lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79) - Direito de propriedade e de moradia - Dignidade da pessoa humana - Garantias constitucionais - Indeferimento do pedido - Reforma da sentença - Provimento do recurso

- A norma veiculada pela Lei nº 6.766/79 não deve ser interpretada isoladamente, mas sob o prisma da efetivação de garantias fundamentais insertas na Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito de propriedade e de moradia.

- Não se revela razoável que, após 30 (trinta) anos da aquisição do imóvel, sem qualquer óbice da Administração Pública, o requerente se veja cerceado em seu direito de propriedade.

Vv.: - Conforme dispõem o art. 65 da Lei nº 4.504/64, o art. 8º da Lei nº 5.868/72 e o art. 172 do Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registros do Estado de Minas Gerais, é vedado o registro de escritura pública de imóvel rural com área inferior à fração mínima permitida (módulo rural).

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0015.17.003968-7/001 - Comarca de Além Paraíba - Apelante: Lauro Alves de Barros - Relator: DES. WANDER MAROTTA - Relator para o acórdão: 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. *Wander Marotta* - Relator. - *Carlos Levenhagen* - Relator p/ o acórdão.

#### **Voto**

DES. WANDER MAROTTA - Trata-se de apelação interposta por Lauro Alves de Barros contra a r. sentença de f. 19/20, que julgou improcedente o pedido de expedição de alvará judicial, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Nas razões recursais, o apelante sustenta ter adquirido um terreno com área de 112,50 m<sup>2</sup>, por meio de escritura pública lavrada em 21/12/1988, o qual inicialmente encontrava-se em área rural, mas, atualmente, está situado em perímetro urbano. Defende que, conquanto a área do imóvel seja inferior à fração mínima permitida pelo Município, esse direito deve ser interpretado levando-se em consideração os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito de propriedade. Acrescenta que a autorização judicial pretendida não prejudicará o direito de terceiros. Requer, assim, o provimento do recurso para que se julgue procedente o pedido inicial, determinando-se ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis que proceda ao registro do bem (f. 22/25).

Sem contrarrazões.

Foram os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça, que afirmou ser desnecessária sua intervenção no feito.

É o relatório.

Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Mérito.

Consta dos autos que o autor/apelante apresentou para registro no Cartório do Registro de Imóveis de Além Paraíba uma escritura pública de compra e venda, lavrada em 21/12/1988, por meio da qual adquiriu um imóvel com área total de 112,50 m<sup>2</sup>. No entanto, o Oficial do Registro de Imóveis informou-lhe da necessidade de alvará judicial para proceder a esse registro, tendo em vista que o imóvel possui área inferior a 125 m<sup>2</sup>.

A Lei nº 4.504/64, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, prevê, em seu art. 65, que o imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural.

O módulo rural é a área mínima, variável de acordo com cada região e determinado segundo as normas do Sistema de Cadastro Rural, criado pela Lei nº 5.868/72, que dispõe:

Art. 8º - Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do Art. 65 da Lei número 4.504, de 30 de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área.

§ 1º - A fração mínima de parcelamento será:

- a) o módulo correspondente à exploração hortigranjeira das respectivas zonas típicas, para os Municípios das capitais dos Estados;
- b) o módulo correspondente às culturas permanentes para os demais Municípios situados nas zonas típicas A, B e C;
- c) o módulo correspondente à pecuária para os demais Municípios situados na zona típica D.

[...]

§ 3º São considerados nulos e de nenhum efeito quaisquer atos que infrinjam o disposto neste artigo não podendo os serviços notariais lavrar escrituras dessas áreas, nem ser tais atos registrados nos Registros de Imóveis, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e criminal de seus titulares ou prepostos.

Além disso, o art. 172 do Provimento nº 260/CGJ/2013, que codifica os atos normativos da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais relativos aos serviços notariais e de registro, veda a lavratura de escritura pública de área inferior ao módulo rural, *in verbis*:

Art. 172. A alienação de parte ideal de imóvel rural somente será instrumentalizada pelo tabelião de notas se o imóvel integral possuir todos os documentos necessários à sua alienação e sua área não for

inferior ao do módulo calculado para o imóvel ou da fração mínima de parcelamento, prevalecendo a de menor área, bem como se não houver localização, demarcação ou divisão da parte ideal.

Parágrafo único. Se o tabelião de notas verificar que na realidade existem fundados indícios de fraude ao disposto no *caput* deste artigo, de modo a configurar ocupação irregular do solo, recusará a prática do ato mediante nota fundamentada.

Dessa maneira, renovando vênias, mostrando-se incontroverso o fato de que a área do imóvel é inferior ao módulo rural, deve ser mantida a r. sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

No mesmo sentido já decidiu este eg. TJMG em casos análogos:

Apelação cível. Alvará judicial. Preliminares de nulidade do processo por ausência de manifestação do ministério público e nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Rejeitadas. Escritura e registro de imóvel. Área inferior ao módulo rural. Impossibilidade. Sentença mantida. [...] - Considerando que a área é inferior ao módulo rural do Município de Santa Rita do Sapucaí, a teor dos art. 8º da Lei nº 5.868/72, art. 65 da Lei nº 4.504/64, bem como do art. 172 do Provimento CGJMG nº 260/2013, inadmissível a lavratura de escritura pública de compra e venda, bem como o registro do imóvel e, por conseguinte, deve ser mantida a sentença que indeferiu a expedição de alvará judicial para lavratura de escritura, é medida que se impõe. (TJMG - Apelação Cível nº 1.0596.16.002656-0/001, Relatora Des.ª Yeda Athias, 6ª Câmara Cível, j. em 27/6/2017, p. em 10/7/2017).

Apelação cível. Suspensão de dúvida. Escritura de imóvel. Área inferior ao módulo rural. Impossibilidade. Recurso provido. - Deve ser reformada a sentença que acolhe a dúvida suscitada pelo Oficial do Tabelionato de Notas para autorizar a lavratura de escritura de imóvel rural cuja área mostra-se inferior ao módulo rural (TJMG - Apelação Cível nº 1.0106.15.004957-0/001, Relator: Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, j. em 18/8/2016, p. em 30/8/2016).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a r. sentença.

Custas recursais pelo apelante, suspensa a exigibilidade, por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

DES. CARLOS LEVENHAGEN - Peço vênias para divergir do judicioso voto proferido pelo Em. Relator.

Da análise dos autos, verifica-se que o recorrente pretende o registro da escritura pública de compra e venda, datada de 21/12/1988, do imóvel situado na Vila Santa Rica e registrado junto ao Cartório de Imóveis da Comarca de Além Paraíba, sob o nº 5.480, livro 3N, f. 116 (f. 10).

No que toca ao óbice legal à pretensão do requerente, dispõe o art. 4º, III, da Lei nº 6.766/79, *in verbis*:

Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...]

II - os lotes terão área mínima de 125 m<sup>2</sup> (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes; [...]

Com efeito, a exigência da área mínima definida pela lei em epígrafe destina-se ao momento de planejamento da divisão da área urbana pela Municipalidade, de forma que, uma vez inscrita a matrícula do lote no registro público, não há que se falar em preenchimento dos requisitos para a transmissão da propriedade.

Nesse sentido, conforme se infere da certidão exarada pela Prefeitura Municipal de Além Paraíba (f. 26), o terreno objeto dos autos “encontra-se inserido no Perímetro Urbano do Município de Além Paraíba, em conformidade com a Lei Municipal nº 859 de 16 de abril de 1979”.

Ademais, a norma veiculada não deve ser interpretada isoladamente, mas sob o prisma da efetivação de garantias fundamentais insertas na Constituição, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito de propriedade e de moradia.

Neste aspecto, não se revela razoável que, após 30 (trinta) anos da aquisição do imóvel, sem que tenha havido qualquer óbice da Administração Pública, o requerente se veja cerceado no seu direito de propriedade.

Dessa forma, apresenta-se plausível a pretensão do apelante de registrar a escritura pública do imóvel em testilha e efetivar seu direito de propriedade.

A saber, a iterativa jurisprudência desta Corte:

Apelação cível. Alvará judicial. Autorização para lavratura e registro de escritura pública de doação. Área inferior a 125 m<sup>2</sup>. Lei municipal nº 4.292/2011. Desdobro. Situação consolidada. Recurso não provido. 1 - A Lei Federal nº 6.766/79 autoriza os Municípios a estabelecerem normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar as previsões da Lei às peculiaridades regionais e locais. 2 - No âmbito do Município de Alfenas, foi editada a Lei Municipal nº 4.292/2011, que autorizou o fracionamento da área originária do lote, para formação de novos lotes, cuja área pode ser inferior a 125 m<sup>2</sup>. 3 - Em se tratando de situação fática consolidada com o tempo, deve ser autorizada a lavratura de escritura de doação e do registro imobiliário do imóvel. 4 - Sentença mantida. 5 - Recurso não provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.032180-4/001, Rel Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, j. em 13/11/2018, p. em 19/11/2018).

Procedimento de jurisdição voluntária. Alvará judicial, Escritura pública e registro do ato no cartório de imóveis. Negativa fundada no art. 4º, II, da Lei n. 6.766/79. Terreno com área inferior a 125m<sup>2</sup>. Imóvel matriculado, nessa condição, desde 1980, sem qualquer objeção do poder público. Boa-fé. Legítima expectativa de regularidade. Exercício pleno do direito de propriedade. Pedido procedente. - A exigência prevista no art. 4º, II, da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79), de que os loteamentos urbanos tenham lotes com área mínima de 125m<sup>2</sup>, não pode servir de óbice ao registro translativo da propriedade, que, a despeito de possuir área inferior à exigida pela norma, já se encontra devidamente matriculada, nessa condição, há mais de trinta anos, sem que, desde então, tenha havido qualquer objeção do Poder Público, sob pena de se quebrar a legítima expectativa de regularidade gerada nos donos e se frustrar o pleno exercício do direito de propriedade (TJMG - Apelação Cível nº 1.0016.13.011427-1/001, Relator Des. Eduardo Andrade, 1ª Câmara Cível, j. em 25/2/2014, p. em 10/3/2014).

Procedimento de jurisdição voluntária. Alvará judicial. Apelação cível. Transferência de imóvel. Área inferior a 125m<sup>2</sup>. Imóvel com matrícula. Ausência de objeção do poder público. Consolidação da situação pelo decurso do tempo. Exercício pleno do direito de propriedade. - O art. 4º, II, da Lei nº 6.766/79 encontra-se inserido no capítulo reservado aos requisitos urbanísticos para loteamento, os quais devem ser observados por ocasião da solicitação de loteamento urbano perante o Poder Público. - Se o imóvel com menos de 125m<sup>2</sup> possui matrícula no Cartório de Registro de Imóveis, em que foram registradas

transações de compra e venda do imóvel, sem qualquer objeção do Poder Público por cerca de 24 anos, resta consolidada a situação pelo decurso do tempo, sendo descabido exigir o cumprimento de requisito urbanístico como condição à transmissão da propriedade a terceiros. - Deve-se possibilitar o exercício pleno da propriedade, inclusive a faculdade de dela dispor (art. 1228, CC/2002). - Recurso provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0016.13.007942-5/001, Relatora Des.<sup>a</sup> Ana Paula Caixeta, 4ª Câmara Cível, j. em 20/2/2014, p. em 26/2/2014).

Apelação cível. Autorização judicial. Venda de imóvel. Registro imóvel. Área. Exigência. Art. 4º, II, da Lei nº 6.766/79. Princípios da dignidade da pessoa humana e da moradia. Possibilidade. - Os requisitos constantes no art. 4º da Lei nº 6.766/79 devem ser interpretados em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da moradia (TJMG - Apelação Cível nº 1.0016.13.010354-8/001, Relator Des. Dárcio Lopardi Mendes, 4ª Câmara Cível, j. em 20/2/2014, p. em 26/2/2014).

Pelo exposto, com renovada vênua, dou provimento ao recurso, para conceder o alvará pleiteado pelo requerente, autorizando o registro, no Cartório de Registro de Imóveis de Além Paraíba/MG, da escritura pública objeto dos autos.

Custas, *ex lege*.

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA - Peço vênua ao il. Relator, para acompanhar a divergência inaugurada pelo em. Primeiro Vogal, Desembargador Carlos Levenhagen.

A ação em análise foi ajuizada por Lauro Alves de Barros com vistas à obtenção de alvará para a lavratura de escritura pública de compra e venda de um imóvel por ele adquirido em 21/12/1988, situado na cidade de Além Paraíba.

Após atenta leitura dos autos, é possível aferir a regularidade da cadeia dominial, legitimando a propriedade do autor sobre o terreno objeto do pedido de alvará, com área de 112,50m<sup>2</sup> (f. 10/11).

A meu sentir, o limite mínimo para lotes em perímetro urbano - como *in casu* - previsto no art. 4º da Lei 6.766/79 é uma das diretrizes fixadas pela lei federal e, como tal, deve ser observado pelos municípios na regulamentação dos seus interesses locais.

Contudo, penso que tal dispositivo não deve ser interpretado de forma absoluta, impondo sua apreciação e incidência conforme o caso concreto, em consonância com os demais preceitos normativos e principiológicos.

Com efeito, devem ser privilegiados os princípios da segurança jurídica, amparo à moradia, boa-fé e proteção à legítima expectativa, havendo respaldo para a concessão do alvará judicial, autorizando-se o registro da aquisição do imóvel, ainda que com área inferior à estipulada na Lei de Parcelamento do Solo.

Nesse sentido, já se posicionou este eg. Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Alvará judicial. Município de Alfenas. Escritura pública de compra e venda de imóvel. Área inferior a 125 metros quadrados. Matrícula. Lei Federal nº 6.766, de 1979. Inaplicabilidade. Registro. Possibilidade. - Tratando-se de mera transferência de imóvel já registrado há mais de 19 (dezenove) anos, embora com área inferior à legal, sem qualquer oposição da municipalidade, inaplicável a norma contida no art. 4º, inciso II, da Lei 6.766/1979, que limita as dimensões mínimas do lote a 125 m<sup>2</sup>, im-

pondo-se a reforma da sentença (TJMG - Apelação Cível nº 1.0016.14.008230-2/001, Relator Des. Washington Ferreira, 7ª Câmara Cível, j. em 28/4/2015, p. em 8/5/2015).

A exigência constante do art. 4º, II, da Lei nº 6.766/79 deve ser entendida com reservas, não de forma absoluta, quando se tratar de situação de fato já consolidada, pena de se estar ofendendo outros institutos jurídicos legalmente tutelados (6ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0621.10.002347-5/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. em 21/9/2011, *DJe* de 27/9/2011).

Com tais considerações, na esteira do voto do il. Primeiro Vogal, dou provimento ao recurso, para autorizar a lavratura da escritura pública de compra e venda pleiteada pelo autor.

DES. MOACYR LOBATO - Com a devida vênia ao Eminentíssimo Desembargador Relator, acompanho a divergência instaurada pelo não menos Eminentíssimo Desembargador Primeiro Vogal, por possuir entendimento firmado a respeito do tema, manifestado em pretérito julgado em que atuei como Relator - Apelação nº 1.0016.14.006901-0/001.

Dessa maneira, a despeito de o imóvel descrito na inicial não ter a área mínima determinada pelo disposto no inciso II do art. 4º da Lei Federal 6.766/79, a pretensão inicial merecia acolhimento, tal como consignado no voto apresentado pelo Primeiro Vogal, destacando-se o extenso período desde a aquisição do bem pelo ora apelante, sem qualquer óbice por parte do Poder Público.

Por tais razões, redobrando vênia ao Eminentíssimo Desembargador Relator, dou provimento ao recurso, para conceder o alvará pleiteado pelo requerente, autorizando o registro, no Cartório de Registro de Imóveis de Além Paraíba/MG, da escritura pública objeto dos autos, nos termos do voto do Desembargador Primeiro Vogal.

DES. LUÍS CARLOS GAMBOGI - Peço vênia ao em. Relator, Des. Wander Marotta, para acompanhar o entendimento divergente do em. 1º Vogal, por me sentir convencido de que será a melhor solução jurídica para o caso; por não vislumbrar melhores, adoto os mesmos fundamentos do em. Des. Barros Levenhagen.

É como voto, Sr. Presidente.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.





Ação indenizatória - Apelação - Legitimidade - Teoria da asserção - Pertinência abstrata - Existência - Legitimidade constatada - Acidente de trânsito - Abalroamento em contramão direcional - Culpa presumida do veículo que a invadiu - Dano moral - Caracterização *in re ipsa* - Ofensa a direito da personalidade - Fixação do *quantum* indenizatório - Razoabilidade e proporcionalidade - Circunstâncias do caso em concreto

- Consoante teoria da asserção, a legitimidade da parte é aferida com lastro no que se deduz na peça de ingresso, averiguando-se se há pertinência abstrata entre os fatos e as partes. O proprietário de veículo automotor, mesmo não estando em sua condução, quando do advento do acidente, tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação de indenização decorrente de tal fato.

- O condutor de veículo que realiza manobra de ultrapassagem, vindo a causar acidente em contramão direcional, é presumidamente responsável por sua ocorrência.

- A caracterização de dano moral é *in re ipsa*, decorrendo do próprio fato, bastando para tanto a comprovação de ofensa a qualquer dos direitos da personalidade. A fixação do *quantum* a ser solvido a tal título deve ser feita com lastro nas circunstâncias do caso em concreto e em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

- O advento de grave acidente em rodovia, por si só, imputa dano moral aos ocupantes do veículo inocente, sendo devido o pagamento de indenização, independentemente do advento de lesões físicas.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0015.15.004092-9/001 - Comarca de Além Paraíba - Apelantes: Francisco Carlos Rodrigues Medeiros, Gabriel Rodrigues Medeiros e outro - Apelante adesivo: Ricardo Duarte Cerqueira Filho - Apelados: Francisco Carlos Rodrigues Medeiros, Gabriel Rodrigues Medeiros, Ricardo Duarte Cerqueira Filho - 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 negar provimento ao apelo principal e dar provimento ao apelo adesivo.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Amauri Pinto Ferreira* - Relator.

### Voto

DES. AMAURI PINTO FERREIRA - Tratam os autos de ação de conhecimento manejada por Ricardo Duarte Cerqueira Filho em desfavor de Gabriel Rodrigues Medeiros e Francisco Carlos Rodrigues Medeiros, que fluiu perante o juízo da Comarca de Além Paraíba, por meio da qual se pretende alcançar provimento jurisdicional final que condene a parte ré a solver indenização material e moral em razão do abalroamento noticiado na exordial.

A sentença ora vergastada pelo presente recurso extinguiu o processo, com resolução de mérito, julgando o pedido exordial parcialmente procedente para condenar a parte ré a solver à parte autora os danos emergentes havidos em razão do acidente, os quais corresponderiam a R\$16.400,00 (dezesesseis mil e quatrocentos reais).

Em sede recursal, a parte apelante principal, Gabriel Rodrigues Medeiros e Francisco Carlos Rodrigues Medeiros, deduziu que a sentença deveria ser reformada, erichando, em sede de preliminar, a ilegitimidade passiva do segundo réu. No mérito, apontou não ter sido demonstrado que o acidente ocorreu por sua culpa. Frisou o fato de que o B.O. seria, no caso, mero relato informativo, e que as faixas de sinalização estariam apagadas. Apontou ser a prova pericial a única prova capaz de esclarecer a questão, a qual não fora produzida. Logo, não poderia ser-lhe imputada qualquer responsabilidade pelo acidente. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

Não foi o recurso preparado, pois está a parte ré, ora apelante, a litigar sob os auspícios da justiça gratuita.

Ofertada vista à parte apelada, apresentou contrarrazões e oportunamente, apelação adesiva, sustentando, em síntese, ser devida a reforma parcial da sentença, em especial no que toca ao indeferimento do pedido indenizatório de cunho moral. Sustentou estarem presentes na situação todos os requisitos para que emergisse o dever de indenizar, oponível à parte ré, também, em seara moral. Destacou o advento de lesão imaterial em razão do acidente e a satisfação dos demais requisitos. Ao final, requereu que fosse ofertado provimento ao recurso.

Não foi o recurso preparado, pois está a parte autora, ora apelante adesiva, a litigar sob os auspícios da justiça gratuita.

Este é o relatório.

Dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

No caso em análise, atesto que foram devidamente observados todos os requisitos de admissibilidade recursal, pelo que conheço a presente insurgência.

Da preliminar de ilegitimidade passiva do segundo réu.

No caso em estudo, a parte apelante, em marcante atecnia, pois não observou o princípio da dialeticidade, requereu que o presente Sodalício acolhesse a preliminar de ilegitimidade passiva do segundo réu, rejeitada pelo Magistrado *a quo*.

Em que pese o vício em comento, por ser a questão em comento cognoscível de ofício, impõe-se sua análise.

A legitimidade da parte para a ação é aquilatada, consoante o entendimento pretoriano e doutrinário majoritário, de acordo com a teoria da asserção.

Ela preleciona que a legitimidade é aferida tendo como parâmetro os fatos deduzidos na exordial. Assim, se, em análise preambular, verificar-se que a oposição da pretensão exordial é pertinente, tendo em vista os fatos e fundamentos apresentados, haverá adequação subjetiva; enfim, as partes serão legítimas, *ex vi*:

[...] Já a segunda corrente, chamada de teoria da asserção, defende que a verificação da presença de tais requisitos se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, *in status assertionis*, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo à vista apenas do que se afirmou.

Apesar da discussão, atualmente a teoria da asserção tem prevalecido no STJ, no sentido que a legitimidade e o interesse devem ocorrer *in status assertionis*, ou seja, à luz das afirmações do demandante (AgRg no AREsp 205.533/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., DJe de 8/10/2012; AgRg no AREsp 53.146/SP, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJe de 5/3/2012; REsp 1.125.128/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., DJe de 18/9/2012) (*Novo CPC anotado e comparado para concursos*, Coordenação Simone Diogo Carvalho Figueiredo, Editora Saraiva, p. 58).

Neste sentido é o entendimento da presente Câmara julgadora:

Agravo de instrumento. Preliminar. Ilegitimidade passiva da primeira ré. Teoria da asserção. Rejeição. Tutela provisória de caráter antecedente à ação de dissolução de sociedade. Ordem de abstenção de retirada dos equipamentos e ativos pertencentes à empresa. Observância do disposto no art. 300, do CPC. Inexistência de comprovação da prévia e regular dissolução da sociedade. Demonstração da probabilidade do direito da autora e sócia e do perigo de dano. Deferimento. - A ilegitimidade passiva *ad causam* é matéria de ordem pública, que pode, inclusive, ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. - A análise das condições da ação deve ser realizada *in status assertionis*, de acordo com a narrativa dos fatos realizada pela Autora em sua exordial. Assim, concluindo-se que a autora é a possível titular do direito sustentado em sua petição inicial, bem como que a primeira ré deve arcar com eventual procedência da demanda, por ser sócia da sociedade empresária em que os equipamentos se encontram, está presente a condição da ação relativa à legitimidade das partes. [...] (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0000.16.057551-0/001, Relator Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 2/2/2017, p. em 3/2/2017.)

Esclareço que a legitimidade reconhecida *ab initio* não impede que, após a instrução ou os articulados, o pedido seja rejeitado ou mesmo que se conclua pela ilegitimidade.

No caso em estudo, como se abstrai da narrativa da peça de ingresso, os pedidos de cunho indenizatório foram formulados em desfavor dos réus, por ser o primeiro o condutor do veículo e o segundo seu proprietário. Assim, por ter o primeiro atuado de maneira direta na dinâmica do acidente e o segundo por ser o proprietário do bem e ter o dever de sua guarda, respondendo pelo uso que lhe é empregado e, consequentemente, pelos danos causados a terceiros por meio dele, atesta-se a existência de pertinência temática entre a narrativa da exordial e os pedidos, pois, em tese, seriam ambos responsáveis pela indenização, o que é suficiente para que figurem no polo passivo da ação.

Quanto à legitimidade do segundo réu em específico, proprietário do veículo, digo que ela deflui de sua responsabilidade pelo dano originário do acidente, em explícita aplicação analógica dos arts. 936, 937 e 938 do CC, em especial quanto à responsabilidade por danos causados por coisas inanimadas, ou seja, pelo fato da coisa. Nessa hipótese, para se apurar quem é o responsável pelo bem e, consequentemente, pela reparação, deve-se perquirir por quem possui o poder diretivo sobre a coisa.

Neste sentido é o entendimento doutrinário:

Estabeleceu-se depois que para alguém ser considerado guardião, mais do que mera detenção da coisa, terá que ter poder de comando sobre ela. É por isso que o preposto não pode ser considerado guarda da coisa, visto que, embora tenha sua detenção material, a conduz sob as ordens ou direção do preponente.

Chegou-se, por esses caminhos, à noção de guarda intelectual como sendo a que mais atende ao conceito. Guarda é aquele que tem a direção intelectual da coisa, que se define como poder de dar ordens, po-

der de comando, esteja ou não em contato material com ela (Caio Mário da Silva Pereira, ob. cit., p. 103). Guardar a coisa implica, em última instância, a obrigação de impedir que ela escape ao controle humano.

Para estabelecer a responsabilidade pelo fato da coisa, portanto, cumpre apurar quem tinha o efetivo poder de comando ou direção sobre ela no momento em que provocou o dano - e não, simplesmente, quem a detinha (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 224).

Em se tratando de veículo, o proprietário do veículo é quem possui o poder diretivo sobre ele, pelo que responsável pelos danos causados em razão de seu uso.

O ora exposto encontra firme arrimo no STJ, bem como na presente Câmara julgadora:

Recurso Especial. Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Violação ao art. 535 do CPC/1973. Art. 131 do CPC/1973. Ação movida contra a locadora do veículo (proprietária) e a locatária. Responsabilidade solidária. Súmula 492 do STF. 1 - Não há violação ao art. 535, II, do CPC/1973, quando, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2 - Nos termos do art. 131 do CPC/1973, deve o acórdão tratar de forma clara e suficiente a controvérsia apresentada, lançando fundamentação jurídica sólida para o desfecho da lide, não havendo que se falar em contrariedade ao dispositivo, o fato de a decisão não se alinhar à pretensão da recorrente. 3 - Em acidente automobilístico, o proprietário do veículo responde objetiva e solidariamente pelos atos culposos de terceiro que o conduz, pouco importando que o motorista não seja seu empregado ou preposto, uma vez que sendo o automóvel um veículo perigoso, o seu mau uso cria a responsabilidade pelos danos causados a terceiros. 4 - Provada a responsabilidade do condutor, o proprietário do veículo fica solidariamente responsável pela reparação do dano, como criador do risco para os seus semelhantes. (REsp 577902/DF, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Rel.ª p/ o Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 13/6/2006, DJ de 28/8/2006). 5 - Há responsabilidade solidária da locadora de veículo pelos prejuízos causados pelo locatário, nos termos da Súmula 492 do STF, pouco importando cláusula consignada no contrato de locação de obrigatoriedade de seguro. 6 - Recursos especiais não providos (REsp 1354332/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 23/8/2016, DJe de 21/9/2016).

Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Acidente automotor. Preliminar de ilegitimidade passiva do proprietário do veículo envolvido no sinistro. Rejeição. Atropelamento de pedestre, que andava na borda da pista, que não possuía calçada. Acidente causado exclusivamente pelo condutor da motocicleta. Verificação. Responsabilidade solidária do titular da moto. Incapacidade laborativa da vítima e prejuízo moral. Constatação. Critérios de arbitramento da reparação patrimonial e do ressarcimento imaterial. - O proprietário do bem envolvido em sinistro automotor responde solidariamente com o condutor pelos danos causados, tendo, assim, legitimidade para figurar no polo passivo da Demanda indenizatória promovida pelo ofendido. - Constatado que o acidente foi provocado por aquele que guiava a moto envolvida no sinistro, que, além de dirigir-la sem habilitação, não observou as regras insculpidas nos art. 28, 29, § 2º e 68, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, mormente aquela que determina que os motoristas têm o dever de zelar pela segurança dos pedestres, não há como afastar a responsabilidade civil solidária do condutor da motocicleta e do titular do bem pelos prejuízos causados à vítima. - Demonstrado que o acidente gerou incapacidade da vítima para o exercício de atividade laboral, o pedido de indenização por danos materiais, em forma de pensão mensal até o fim da sua convalescença, deve ser acolhido.

- Ausente a prova da renda do atropelado, o valor do pensionamento deve corresponder a 01 (um) salário mínimo vigente à época do vencimento de cada prestação. - Configuram as lesões físicas sofridas pela vítima de acidente automobilístico, além do abalo psíquico inerente ao evento e das consequências suportadas pelo autor, circunstâncias que ensejam a procedência do respectivo pedido indenizatório. - O montante da reparação extrapatrimonial deve ser fixado de forma proporcional às circunstâncias do caso, com razoabilidade e moderação, em cifra condizente com os parâmetros jurisprudenciais (TJMG - Apelação Cível nº 1.0090.16.003222-4/001, Rel. Des. Roberto Vasconcellos, 17ª Câmara Cível, j. em 2/8/2018, p. em 14/8/2018).

Assim, como o segundo réu é o proprietário do veículo envolvido no acidente, ele responde pelos danos causados, de onde emerge de maneira inafastável sua legitimidade para a presente ação.

Logo, rejeito a preliminar em comento.

*Circa merita.*

Do apelo principal.

No caso em estudo, a questão em comento cinge-se em aferir quem fora o causador do acidente e sobre quem recai a responsabilidade de solver pelos danos decorrentes.

Do que se abstrai da análise dos autos, a colisão ocorreu na contramão direcional da parte ré.

Quanto a isso, tenho a dizer que, *a priori*, a culpa pelo advento de qualquer acidente automobilístico ocorrido em contramão direcional, incide sobre quem estava nela a trafegar, já que é proibido, exceto por pequenos trechos para fins de ultrapassagem, desse modo agir. Outrossim, antes do implemento de tal ação, ou seja, ultrapassar, deve o condutor se acautelar de modo a ter certeza de que pode realizar tal manobra com absoluta segurança, *ex vi*:

Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

[...]

X - todo condutor deverá, antes de efetuar uma ultrapassagem, certificar-se de que:

- a) nenhum condutor que venha atrás haja começado uma manobra para ultrapassá-lo;
- b) quem o precede na mesma faixa de trânsito não haja indicado o propósito de ultrapassar um terceiro;
- c) a faixa de trânsito que vai tomar esteja livre numa extensão suficiente para que sua manobra não ponha em perigo ou obstrua o trânsito que venha em sentido contrário;

[...]

Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.

Justamente por isso é que o CTB estabelece como penalidade transitar em contramão direcional. De igual modo, prevê como infração realizar ultrapassagem em curva, pois, ante a natural ausência de visibilidade

total nessa situação, não se pode garantir que a manobra será realizada com segurança. Para melhor embasar o ora afirmado, transcrevo os artigos pertinentes do CTB, *verbo ad verbum*:

Art. 186. Transitar pela contramão de direção em:

I - vias com duplo sentido de circulação, exceto para ultrapassar outro veículo e apenas pelo tempo necessário, respeitada a preferência do veículo que transitar em sentido contrário:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Art. 203. Ultrapassar pela contramão outro veículo:

I - nas curvas, aclives e declives, sem visibilidade suficiente;

II - nas faixas de pedestre;

III - nas pontes, viadutos ou túneis;

IV - parado em fila junto a sinais luminosos, porteiras, cancelas, cruzamentos ou qualquer outro impedimento à livre circulação;

V - onde houver marcação viária longitudinal de divisão de fluxos opostos do tipo linha dupla contínua ou simples contínua amarela:

Infração - gravíssima;

Assim, na hipótese em análise, caso a parte autora não demonstre a existência da aludida força maior, ser-lhe-á imputada integral responsabilidade pelo advento do acidente, pois realizou ultrapassagem sem se acautelar de que seguramente assim poderia agir.

Pelo boletim de ocorrência, por meio da análise do croqui do acidente, atesta-se que a parte ré estava a trafegar na contramão de direção e próximo a uma curva. Logo, a toda evidência, agira com patente negligência ao realizar a ultrapassagem, pois deixara de observar não só o tráfego que vinha em sua direção, mas, também, as particularidades do trecho em que transitava.

A alegação de que não existia sinalização estratigráfica indicativa das mãos direcionais não pode ser acolhida, pois o B.O. atesta que, apesar da falha, ainda existiam alguns sinais, f. 79.

Assim, certamente, o condutor do veículo da parte ré não atentou para essa sinalização e acabou por causar o acidente.

Noto que a falha desta sinalização não é motivo para eximir a responsabilidade da parte ré, mas, sim, ao reverso, para confirmá-la, pois, se não conhecia o trecho, ou seja, se não tinha conhecimento de que sua mão direcional possuía apenas uma pista, e ante a falha da sinalização, deveria proceder com cautela redobrada, de modo a identificá-la e, não logrando êxito nesse escopo, desvelar cuidado ainda maior em seu deslocamento.

Certo é que a ultrapassagem em local próximo a curva, o que, em regra, impede a completa e segura visualização do fluxo de carros vindos em direção contrária, revela-se, a toda evidência, como ato de inegável

imprudência, pois materializa o implemento de ação sem observância do dever de cuidado que o CTB imputa ao condutor, em especial nas condições experimentadas pela parte ré.

O ora afofado restou corroborado pela prova testemunhal, pois o senhor Emerson Antônio da Silva, que presenciou o acidente, afirmou que a culpa do acidente foi da parte ré, tendo, textualmente, asseverado: “que o veículo Corsa estava todo errado; que o veículo Corsa invadiu a contramão direcional quando ultrapassava uma carreta”.

Quanto à impugnação ao conteúdo da prova oral encetada pela parte ré, atesto ser tal ato raso e insubsistente, pois o modo de dizer da testemunha não interfere no valor da descrição dos fatos, bem como o fato de entender o comparecimento da autoridade policial como uma perícia não desnatura seu relato, pois, ao olhos do homem comum médio, tal confusão é inteiramente escusável. O importante é que não houve qualquer tipo de inquinação quanto à descrição da dinâmica do acidente, a qual evidencia a culpa da parte ré.

Destarte, a parte ré agira de maneira patentemente imprudente, já que não se acautelou de maneira devida, realizando manobra de ultrapassagem em local próximo a curva e sem visão, vindo a causar o acidente.

Friso que a parte autora transitava em sua mão direcional, pelo que recai a culpa pelo advento do acidente, exclusivamente, sobre a parte ré.

Derradeiramente, digo que o B.O. tem presunção relativa de veracidade, quanto às condições da pista e local do acidente, pois lavrado *in loco*, tendo caráter meramente informativo quanto à dinâmica do acidente, já que se limita a transcrever a versão dos fatos colhida no local, não tendo a autoridade policial presenciado o acidente. Assim, todos os seus termos quanto a tais elementos, ante a inexistência de prova em sentido contrário, devem ser considerados verdadeiros para fins do presente julgamento.

Logo, nego provimento ao apelo principal.

Do recurso de apelação adesiva.

A responsabilidade em discussão é de natureza extracontratual, pelo que, para que emerja o dever de indenizar oponível à parte ré, deve-se perquirir pela satisfação dos quatro requisitos essenciais para tanto, quais sejam: o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade, tudo em observância ao que prelecionam os arts. 186, 187 e 927 do CC:

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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...] Art. 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.

Nesse sentido é lição doutrinária sobre o tema em comento:

Optamos assim por uma classificação tetrapartida dos pressupostos da responsabilidade civil, cujos elementos são: (a) ato ilícito; (b) culpa; (c) dano; (d) nexo causal.[...]” (FARIAS, Cristiano Chaves de; RO-



SENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Filipe Peixoto. *Curso de direito civil - Responsabilidade Civil -*, São Paulo, Atlas, p.123).

No caso em estudo, o preenchimento de tais requisitos é indiscutível.

Como acima exposto, a realização de ultrapassagem, sem visibilidade suficiente, além de ser um ilícito civil, pois não observado o dever de cuidado imputado a todo condutor, é previsto como infração no CTB, art. 203, I, pelo que se encontra preenchido o requisito inerente à prática de ato ilícito.

No que se refere à culpa, atesto que restou evidenciado que a parte ré agiu de maneira negligente, pois não se acautelou ao proceder à manobra de modo a saber se poderia realizá-la sem representar perigo, o que, a toda evidência, era impossível, sendo prova disto o advento do acidente.

Relativamente ao nexo de causalidade, conclui-se que o acidente ocorreu em razão da conduta imprudente da parte ré, estabelecendo liame direto de causa e efeito entre o dano e sua atitude.

Por fim, quanto ao dano moral alegado, digo que essa espécie de dano é *in re ipsa*, ou seja, se caracteriza por meio da constatação da prática de ato ofensivo aos direitos da personalidade, prescindindo, assim, de comprovação específica, *ex vi*:

No que concerne à caracterização dos danos não patrimoniais (chamados comumente de danos morais), sobreleva destacar a inexistência de qualquer necessidade de prova da dor, sofrimento, vexame, humilhação, tristeza ou qualquer sentimento negativo.

Configura-se o dano moral pela simples e objetiva violação a direito da personalidade. Por isso, afirma-se que a prova desse dano moral é *in re ipsa*, isto é, ínsita no próprio fato, caracterizada pela simples violação da personalidade e da dignidade do titular (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEVALD, NELSON. *Curso de direito civil 1 - parte geral* e LINDB. 13. ed., 2015. São Paulo: Atlas, p. 161).

No caso em estudo, a parte autora foi submetida a sério acidente automobilístico, em rodovia, e, apesar de não ter causado qualquer tipo de lesão física à parte autora, certamente causou ofensa imaterial em seu âmbito psíquico, pois naquela fração de tempo do acidente e logo após sua ocorrência, imputou à parte autora imensa apreensão, sobressalto, receio quanto a sua vida e incolumidade física, causando profundíssima alteração anímica capaz de descompensar qualquer pessoa de maneira muito intensa.

A incolumidade psíquica é direito da personalidade, que, no caso, foi vilipendiado pelo advento do acidente, caracterizando, assim, lesão imaterial.

O grau de intensidade das lesões não é relevante para a caracterização do dano, pois, de qualquer forma, elas ocorrem, propiciando o advento de dano imaterial. A extensão das lesões terá influência na fixação do valor da indenização.

Relativamente ao valor da indenização, digo que a presente ação não pode ser fonte de enriquecimento ilícito, logo sua fixação deve ser realizada de maneira consentânea, visando efetivamente compensar o lesado pelo vilipêndio ao seu patrimônio jurídico imaterial, todavia sem excessos. A baliza para tanto, a toda evidência, será o caso em concreto, à luz do princípio da razoabilidade, considerando a dimensão da lesão. Deve-se perquirir pela satisfação do binômio prevenção/compensação, de modo a, simultaneamente, incutir no agente do ato lição propedêutica, desestimulando a repetição de ações similares, e propiciar compensação ao lesado:

Até porque a indenização por dano moral tem natureza compensatória, não servindo para, efetivamente, reparar o prejuízo sofrido (afinal, aquele dano não tem preço). E exige-se equilíbrio no arbitramento do valor indenizatório: não pode ser leve a ponto de não servir de desestímulo ao lesante, nem robusta de modo a propiciar o enriquecimento sem causa da vítima (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, NELSON. *Curso de direito civil 1*, parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 223).

Nesse sentido é a jurisprudência, inclusive deste egrégio Tribunal:

Apelação cível. Indenização. Acidente de trânsito. Invasão da pista de rolamento de sentido contrário. Ônus probatório. Danos morais. Óbito. Dever de indenizar. *Quantum*. Razoabilidade e proporcionalidade. Juros. Marco. Danos materiais. Pensão. Família de baixa renda. Contribuição para economia familiar. [...] 3 - Compete ao julgador, estipular *equitativamente o quantum* da indenização por dano moral, segundo o seu prudente arbítrio, analisando as circunstâncias do caso concreto e obedecendo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0518.10.014697-7/001, Rel. Des. Alberto Diniz Junior, j. em 25/1/2017, p. em 31/1/2017).

No caso dos autos, entendo justo o valor correspondente a R\$5.000,00 (cinco mil reais).

Julgo que, ponderadas as circunstâncias do caso, em especial a extensão e gravidade da lesão causada, o porte econômico das partes, o grau de culpa da parte ré e o caráter punitivo, social e compensatório que a indenização deve promover, o valor apontado é justo. Ademais, a percepção do importe em questão não propicia a caracterização de enriquecimento ilícito.

Dispositivo.

*Ex positis*, nego provimento ao apelo principal e dou provimento ao apelo adesivo para reformar em parte a sentença para julgar procedente o pedido de indenização moral, condenando a parte ré a solver indenização moral de R\$5.000,00 (cinco mil reais), valor que deverá ser corrigido a partir da publicação do acórdão e acrescido por juros moratórios desde a data do acidente.

Ante o êxito da parte apelante adesiva, condeno a parte ré a solver, integralmente, os encargos e honorários sucumbenciais, fixando esses em 12% sobre o valor da condenação.

Consoante orientação fixada pelo STJ no julgamento do EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, deixo de fixar honorários recursais, pois, ante a procedência do recurso, houve redistribuição dos encargos sucumbenciais em seara recursal, não sendo devido o arbitramento daqueles nessa hipótese.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUCIANO PINTO e EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO APELO PRINCIPAL E DERAM PROVIMENTO AO APELO ADESIVO.

• • •

Apelações cíveis - Ação de indenização - Preliminar - Ilegitimidade ativa - Rejeição - Interrupção no fornecimento de água - Responsabilidade objetiva - Teoria do risco administrativo - Falha na prestação do serviço - Essencialidade - Caso fortuito e força maior afastado - Danos morais comprovados - Confirmação - Correção monetária e juros de mora - Honorários advocatícios bem arbitrados - Sentença mantida

- Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República, a responsabilidade do Estado é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, respondendo a Administração Pública pelos danos que seus agentes, nessa condição, causarem a terceiros, sendo, para tanto, suficiente a prova do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dele advindo, e desnecessária a comprovação da culpa.

- A concessionária responde por danos decorrentes de conduta omissa, tendo sido negligente quanto ao dever de cuidado em relação aos serviços que lhe foram concedidos, deixando de disponibilizar água aos autores durante um longo período, interrompendo, por completo e ininterruptamente, o fornecimento.

- Não se mostra razoável admitir que a concessionária deixe de prestar o serviço ao se verificar uma diminuição na quantidade de chuvas, mormente considerando a precariedade no atendimento à população por quase um mês, devendo ser rechaçado que o problema relacionado à seca no Vale do Jequitinhonha seja imprevisível.

- Os danos morais são evidentes, sendo razoável o valor arbitrado pela sentença, haja vista as circunstâncias fáticas retratadas nos autos e a extensão do dano sofrido, motivo pelo qual o valor resta mantido por esta instância revisora.

- Tratando-se de dano moral, aplica-se o termo inicial da correção monetária de acordo com a Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, devendo os juros moratórios fluir a partir da data da citação, em se tratando de relação contratual.

- Merece confirmação o arbitramento dos honorários de advogado, eis que fixados de acordo com a previsão contida no art. 85, § 3º, I, do Código de Processo Civil.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0487.13.004354-9/001 - Comarca de Pedra Azul - Apelante: Copanor Copasa - Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais - Apelantes adesivos: Leonardo da Cruz Gomes, William Norberto Gomes - Apelados: Copanor Copasa Serviços de Saneamento Integrado do Norte e Nordeste de Minas Gerais, Leonardo da Cruz Gomes e outro, William Norberto Gomes - 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 PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2018. - *Moacyr Lobato* - Relator.

## Voto

DES. MOACYR LOBATO - Trata-se de apelações, principal e adesiva, interpostas por Copasa Serviços de Saneamento do Norte e Nordeste de Minas Gerais S/A - Copanor e por Leonardo da Cruz Gomes em face da sentença de f. 212/214, complementada à f. 217, proferida nos autos da ação de indenização por danos morais, ajuizada pelos segundos recorrentes em desfavor da primeira, que julgou procedente o pedido inicial, condenando o requerido no pagamento de indenização para cada autor no valor de R\$1.000,00 (mil reais), a título de indenização por danos morais, devidamente corrigido monetariamente pelos índices da tabela da Corregedoria Geral de Justiça a partir da publicação da sentença, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês desde a citação, além de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Em suas razões (f. 218/223v.), o réu/apelante principal suscita preliminar de ilegitimidade ativa dos recorridos, haja vista a ausência de comprovação de que residiam no endereço informado no exórdio.

Quanto ao mérito, aponta a ocorrência de caso fortuito e força maior pela interrupção do fornecimento de água na localidade, atribuindo tal situação à pior escassez enfrentada em várias décadas na região, resultando na falta de água e necessidade de racionamento desta em diversas cidades, sendo declarada, inclusive, situação de emergência pelo Prefeito do Município de Cachoeira do Pajeú.

Ademais, rechaça a apontada omissão, salientando que não faltaram esforços no sentido de minimizar os efeitos da seca, como a perfuração de novos poços, instalação de adutoras e disponibilização de caminhão pipa, razão pela qual não restou configurado o dano moral.

Alternativamente, pugnam pela redução do valor arbitrado, argumentando que a indenização foi fixada em valor elevado.

Os requerentes/apelantes adesivos, em razões de f. 225/227v., pugnam pela majoração do *quantum* indenizatório, bem como pela aplicação das Súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça com relação à atualização monetária e juros moratórios aplicados sobre a condenação, finalizando por questionar o valor arbitrado a título de honorários advocatícios.

Devidamente intimadas as partes, apenas os apelados principais apresentaram contrarrazões às f. 228/231.

Os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, de onde regressaram com Parecer de f. 258/263, opinando pelo desprovimento dos recursos.

Recursos próprios e tempestivos, estando o principal devidamente preparado e o adesivo ausente de preparo em face da gratuidade judiciária que ora defiro.

Passo a decidir.

Para melhor compreensão dos votos, os apelos serão conjuntamente analisados.

Preliminar de ilegitimidade ativa.

Como relatado, a requerida/apelante principal insiste na reforma da sentença para que seja acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa, ao fundamento de que ausente comprovação de que os requerentes residiam no endereço informado no exórdio.

*Data venia*, razão não lhe assiste.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 17 que, “para os efeitos desta Seção, que cuida da responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto e do serviço, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

Conforme bem destacado na sentença, presente comprovação por meio das faturas de f. 16/17 emitidas em nome do genitor dos requerentes, podendo-se presumir que os litigantes residiam em companhia do mesmo, que comprova ter sua residência na cidade.

Rejeito a preliminar.

Mérito.

Colhe-se dos autos que os autores/apelantes adesivos ajuizaram a presente demanda indenizatória por danos morais provenientes de alegado defeito na prestação dos serviços por parte da requerida, consistentes na interrupção do fornecimento de água, que resultou em diversos problemas no abastecimento de água à população do Município de Cachoeira de Pajeú.

Validamente citada, a ré/apelante principal apresentou a contestação de f. 80/85.

Após a instrução do feito, foi proferida a sentença que julgou procedente o pedido inicial.

Na espécie, é fato incontroverso a existência de relação de consumo, na medida em que os autores são destinatários finais do serviço prestado pela ré, enquadrando-se as partes nos conceitos de consumidor e fornecedor, nos termos dos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

A propósito, sobre o tema, vejamos o entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ofensa ao art. 535 do CPC. Súmula 284/STF. Revisão do valor das *astreintes*. Questão abordada somente em embargos de declaração. Falta de prequestionamento. Suspensão do fornecimento de água. Incidência do CDC. Dano moral configurado. Revisão do *quantum* indenizatório. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. [...] 3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a relação entre a concessionária de fornecimento de água e o usuário final é de natureza consumerista, de maneira que é imperiosa a aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto [...] (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp nº 572.008/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, *DJe* de 3/10/2014 - ementa parcial).

Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Fornecimento de água. Relação de consumo. Aplicação do CDC. Violação do hidrômetro não comprovada. Pretensão de reexame do conjunto fático-probatório. Não cabimento. Súmula 7/STJ. Agravo não provido. 1. “A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que a relação entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como água e energia, é consumerista, sendo cabível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor” (AgRg no AREsp 354.991/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, *DJe* de 11/9/2013) [...] (STJ, AgRg no AREsp nº 372.327/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* de 18/6/2014 - ementa parcial).

E, da análise dos autos, infere-se que o documento de f. 16/17 consigna o genitor dos autores como responsável pela conta de água.

Feito tal esclarecimento, tenha-se que a responsabilidade civil impõe como imprescindível a demonstração do nexo de causalidade entre o pretense dano e a conduta perpetrada pelo agente - independentemente da existência de dolo ou culpa, bem como irrelevante ser a hipótese de ato omissivo ou comissivo -, evidência necessária em todas as circunstâncias, uma vez que sem tais elementos, não haveria o relatado prejuízo imaterial.

Nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, o seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ante a citada norma, possível perceber que a hipótese dos autos reclama a adoção da teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual o dever de indenizar decorre da demonstração do fato administrativo, do dano e do nexo de causalidade; contudo, a responsabilidade objetiva do Estado foi adotada pela ótica do risco administrativo, o que afasta a teoria do risco integral, segundo o qual a responsabilidade sempre seria objetiva, independente das circunstâncias.

A marca característica da responsabilidade objetiva é a desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência da culpa do agente ou do serviço. O fator culpa, então, fica desconsiderado como pressuposto da responsabilidade objetiva. Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa *in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa *in vigilando*). O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.

[...]

No risco administrativo, não há responsabilidade civil genérica e indiscriminada: se houver participação total ou parcial do lesado para o dano, o Estado não será responsável no primeiro caso e, no segundo, terá atenuação no que concerne a sua obrigação de indenizar. Por conseguinte, a responsabilidade civil decorrente do risco administrativo encontra limites.

[...]

A questão relativa à prova leva, primeiramente, em conta a defesa do Estado na ação movida pelo lesado. Diante dos pressupostos da responsabilidade objetiva, ao Estado só cabe defender-se provando a inexistência do fato administrativo, a inexistência de dano ou a ausência do nexo causal entre o fato e o dano. Mas há ainda outro fator que merece ser analisado. A pretensão formulada pelo indivíduo para obter do Estado a reparação de prejuízos atenua em muito o princípio de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*onus probandi incumbit ei que dicit, non qui negat*). Se o autor da ação alega a existência do fato, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, cabe ao Estado-réu a contraprova sobre tais alegações. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 516; 523 e 525).

Consoante a norma acima mencionada, a responsabilidade do Estado figura-se como objetiva, deflagrada mediante a teoria do risco administrativo, segundo o qual a Administração Pública responde pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, devendo haver demonstração do nexo de causalidade entre o ato praticado e o dano dali decorrente, independentemente da comprovação da ocorrência de culpa.

Diante de tal cenário normativo, importante destacar, assim, que não apenas sobressai a relevância da teoria do risco administrativo - o que impõe a impossibilidade de reconhecimento do caráter absoluto da responsabilidade civil objetivo do Estado -, como também a inexistência de responsabilidade do Estado apenas quando exaustivamente demonstrado que o resultado decorreu de fato de terceiro ou de ação da própria vítima.

Nesses termos, reportando-me ao que dos autos consta, possível perceber que a requerida efetivamente agiu de forma omissa, tendo sido negligente quanto ao dever de cuidado em relação aos serviços que lhe foram concedidos, deixando de disponibilizar água aos autores durante um longo período, interrompendo, por completo e ininterruptamente, o fornecimento.

De acordo com o disposto no art. 6º, inciso X, do Código de Defesa do Consumidor, é direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”, enunciando, também, o art. 22 e seu parágrafo único do CDC que: “Os órgãos públicos, por suas empresas, concessionárias, permissionária ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Com efeito, nos moldes do acima consignado, a suspensão indevida e a injustificada demora no restabelecimento do serviço público prestado pela requerida não pode ser admitida, restando clara a ocorrência de falha na sua prestação.

Acrescente-se que o conjunto probatório existente apresenta-se suficiente a demonstrar que os requerentes tiveram o serviço de fornecimento de água suspenso por longo período, causando-lhes todos os transtornos decorrentes, sem que tivessem dado causa à dita suspensão, sendo certo que o fato sequer é negado pela demandada.

Aliás, a Copanor reconhece a suspensão do fornecimento de água, alegando que a mesma teria ocorrido em virtude de caso fortuito e força maior, sob o fundamento de que a seca que atingiu o país veio a repercutir na região.

Ocorre que, conforme bem destacado na sentença, não se mostra razoável admitir que a concessionária deixe de prestar o serviço ao se verificar uma diminuição na quantidade de chuvas, mormente considerando



a precariedade no atendimento à população por quase um mês, devendo ser rechaçado que o problema relacionado à seca no Vale do Jequitinhonha seja imprevisível.

Destarte, o serviço prestado pela demandada funcionou ineficientemente, porquanto o Poder Público deixou de efetivar medidas adequadas para promover a continuidade do abastecimento de água, muito embora ciente de que a região exige medidas preventivas de gestão de recursos hídricos, pois os períodos de estiagem são comuns.

Com efeito, tenho como comprovada a existência dos problemas de fornecimento de água, não se podendo dizer que a carência do serviço essencial justifica-se pela estiagem, deve ser descartada a argumentação de excludente de responsabilidade.

Diante desse quadro, há de se reconhecer a responsabilidade da requerida em indenizar os autores/apelados, por lhe ter causado o evento danoso descrito na peça vestibular, descartando-se a tese de caso fortuito ou força maior pela prestação deficiente de serviços.

Nesse passo, os danos morais são evidentes e não contemplam meros aborrecimentos ou dissabores, mesmo porque consubstanciam-se na própria angústia e preocupação pelo período privado do serviço essencial.

A prova do dano moral, em situações como a dos presentes autos, reclama simples demonstração do ato ilícito.

Sobre a matéria, pertinente a transcrição doutrinária de Carlos Alberto Bittar:

Na concepção moderna da teoria de reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isto, verificado o evento danoso, surge *ipso facto* a necessidade de reparação, uma vez que presentes os pressupostos de direito (*Reparação Civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1993, p. 202).

Relativamente ao *quantum* fixado pela sentença, importante consignar que não existe forma objetiva de aferir e quantificar o constrangimento e o abalo psíquico decorrente do ato produzido em razão da conduta praticado pelas rés, ora apelantes.

Quanto à fixação dos danos morais, Caio Mário da Silva Pereira leciona:

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescer que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (*Responsabilidade civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 60).

Em casos desta natureza, recomenda-se que o julgador se pautar pelo juízo da equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, devendo o *quantum* da indenização corresponder à lesão, e não a ela ser equivalente, porquanto impossível, materialmente, nesta seara, alcançar essa equivalência.

O numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, nos causadores do mal, impacto suficiente para dissuadi-los de igual procedimento, forçando-os a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

O ressarcimento pelo dano moral decorrente de ato ilícito é uma forma de compensar o mal causado, e não deve ser usado como fonte de enriquecimento ou abusos.

Na espécie, examinando as circunstâncias fáticas retratadas nos autos e a extensão do dano sofrido, parece-me adequado o valor da indenização arbitrada pelo douto Juízo de Primeiro Grau, de modo que deve ser mantido o valor indenizatório fixado, por respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Assim é o entendimento desta 5ª Câmara Cível em situação análoga:

Ação de indenização por danos morais e materiais. Copanor. Interrupção do fornecimento de água. *Faute du service*. Ato omissivo. Responsabilidade subjetiva. Danos morais comprovados. *Quantum*. Recurso principal negado. Recurso adesivo parcialmente provido. - Em se tratando de ato omissivo da concessionária de serviço público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, exigindo-se, para que se configure a obrigação de reparar, a comprovação de dolo ou culpa, numa de suas três modalidades - negligência, imperícia ou imprudência - por parte da ré quanto ao dano sofrido pelo autor. - A interrupção do fornecimento de água, sem razão demonstrada, causa dano moral, sendo passível de indenização. - Em se tratando de dano moral, o valor constante da inicial aparece mais como sugestão, e, se cabe ao juiz determiná-lo, definindo-lhe os parâmetros, a procedência se refere à existência ou não do direito à indenização. - Na fixação do *quantum*, em dano moral, prevalecerá o prudente arbítrio do julgador, levando em consideração as circunstâncias do caso e os parâmetros adotados pelo Tribunal. - Recursos não providos (TJMG - Apelação Cível nº 1.0487.16.001510-2/001, Rel. Des. Wander Marotta, 5ª Câmara Cível, j. em 9/2/2018, p. em 21/2/2018).

No tocante ao termo inicial da correção monetária, sem razão os apelantes adesivos, haja vista a necessidade de aplicação do entendimento aplicado na Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, que adota a incidência a partir da data da publicação da decisão que fixou a condenação.

O rechaço ao desacerto sentencial quanto aos juros moratórios também se justifica, por tratar a situação verificada na espécie de relação contratual e, portanto, os juros moratórios devem fluir a partir da data da citação.

Por derradeiro, quanto aos honorários de advogado, entendo que a sentença também merece confirmação, eis que arbitrados de acordo com a previsão contida no art. 85, § 3º, I, do CPC.

Mediante tais considerações, rejeito a preliminar e nego provimento aos recursos, para manter a sentença recorrida e, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC, majoro a verba honorária para 12% (doze por cento) sobre valor atualizado da causa.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LUÍS CARLOS GAMBOGI e WANDER MAROTTA.

*Súmula* - REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS RECURSOS.

• • •

## Apelação cível - Ação de guarda c/c pensão por morte - Desvirtuamento do instituto da guarda - Impossibilidade - Regular exercício do poder familiar pelo pai - Simples assistência suplementar da avó

- É incabível o reconhecimento da posse da avó em relação aos netos para efeito de guarda e conseguinte benefícios previdenciários, pelo simples fato daquela prestar assistência suplementar a estes, em virtude de o pai transitoriamente se encontrar desprovido de recursos financeiros.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0363.14.004483-7/001 - Comarca de João Pinheiro - Apelante: Lucas Carneiro Gomes, Bruna Carneiro Gomes e outro - Apelado: Município de João Pinheiro, Previjop - Instituto Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de João Pinheiro - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 22 de novembro de 2018. - *Jair Varão* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. JAIR VARÃO - Cuida-se de apelação interposta contra a r. sentença, de f. 120/121, prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de João Pinheiro, que, nos autos da ação de reconhecimento de guarda c/c pensão por morte ajuizada por Bruna Carneiro Gomes e Lucas Carneiro Gomes, em desfavor do Município de João Pinheiro e Previjop – Instituto Municipal de Previdência dos Servidores Públicos de João Pinheiro, julgou improcedentes os pedidos iniciais e, por conseguinte, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Nas razões recursais, de f. 128/137, os autores, ora apelantes, requereram a reforma da sentença, a fim de que os pedidos iniciais sejam julgados procedentes. Para tanto, salientaram, em suma, que estavam sob a guarda da avó, a qual recebia pensão por morte de seu avô, sendo que, com o falecimento da aludida guardiã, passaram a ter direito à pensão por morte. Sustentaram que eram dependentes da avó assim como o seu pai, não se tratando a hipótese de ajuda suplementar daquela, mas, sim, de assistência integral. Também aduziram que, conquanto a legislação não incluía os netos como dependentes para efeito de pensão por morte, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, imperioso se faz o reconhecimento do direito ora vindicado.

Contrarrazões, às f. 139-v./140-v. e 142-v./142-v./143-v.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

## I - Admissibilidade.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

## II - Mérito.

O recurso não merece provimento.

A Lei do Município de João Pinheiro nº 1.238/2005, ao tratar da pensão por morte no art. 45, consignou que esse benefício é devido aos dependentes do segurado, conforme os arts. 8º e 10, quando do falecimento.

De acordo com o art. 8º, são considerados dependentes do segurado: (a) cônjuge, a companheira, o companheiro, e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido; (b) os pais; (c) o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido.

O art. 10, por sua vez, preconiza que se equiparam aos filhos, mediante declaração escrita do segurado e desde que comprovada a dependência econômica, o enteado e o menor que estejam sob sua tutela e não possuam bens suficientes para o próprio sustento e educação.

No caso, evidentemente, não há falar em tutela, máxime porque é incontroverso nos autos que o pai dos apelantes exercia o poder familiar, sendo que a perda ou suspensão deste é pressuposto para o deferimento da tutela (art. 36, parágrafo único, do ECA).

Sem embargo, certo é que os apelantes pretendem o reconhecimento da guarda.

A guarda é instituto que tem por escopo regularizar a posse de fato, sendo conferida, em regra, nos procedimentos de tutela e adoção (art. 33, § 1º, do ECA), e, excepcionalmente, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável (art. 33, § 2º, do ECA).

Conforme delineado alhures, o pai dos apelantes residia com eles na residência da avó, de sorte, descabe falar em guarda em virtude da fatal do genitor.

A tese dos apelantes para o reconhecimento da guarda cinge-se à dependência econômica, porém, esta igualmente não se sustenta. Isso porque eventual insuficiência financeira do pai, por si só, não conduz à relação de guarda da avó, mas, sim, uma assistência suplementar e complementar, que, por óbvio, não rompe o poder familiar.

A propósito, vale colacionar trecho do voto do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no julgamento do REsp 1.297.881/MG, 3ª Turma, j. em 13/5/2014, que sintetizou o entendimento segundo o qual “a pretensão de alteração de guarda com fundo meramente financeiro-previdenciário não pode ser endossada pelo Poder Judiciário quando ao menos um dos pais pelo menor se responsabiliza financeira e moralmente e com ele mantém salutar relação parental”. E prossegue Sua Excelência:

A obrigação da qual sequer poderia escusar-se o ascendente que tem condições de contribuir, uma vez presente a necessidade do menor - coadjuvada à impossibilidade dos parentes mais próximos (pai e mãe) -, prevista no art. 1.696 do CCB/02, é, no mais das vezes, assumida por afeto ou mesmo dever moral.

Para alcançar-se o seu cumprimento, com efeito, não há necessidade de proceder-se à alteração da guarda, o que apenas vem a exame do Judiciário, diante do quadro fático traçado pela origem, por questões que não aquelas voltadas à regularização de uma situação de fato.

Também nesse sentido:

Agravo regimental no recurso especial. Ação de guarda de menor. Residência regular com genitor e avós paternos. Medida para fins materiais e previdenciários. Desvirtuamento do instituto da guarda. Jurisprudência do STJ. Revisão de provas. Matéria nova. Impossibilidade. - Residindo a criança com um dos genitores, eventual guarda formulada pelos avós com fins meramente previdenciários representa desvirtuamento do instituto da guarda objeto do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aplicação da Súmula nº 83/STJ. - Incide a Súmula nº 7 do STJ se o acolhimento da tese versada no recurso especial reclamar a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. - Não cabe a arguição de matéria nova em agravo regimental. - Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.531.830/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 17/5/2016, *DJe* de 20/5/2016).

Ao contrário do que foi alegado pelos apelantes, não se pode concluir que eles eram dependentes da avó, mas, sim, que recebiam um auxílio suplementar, inclusive morando juntamente como o pai na residência daquela.

Ressalte-se, ademais, que inexistente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, a toda evidência, deve ser aplicado com razoabilidade, de modo que não seja um instrumento legitimador de situações teratológicas.

Em suma, é incabível o reconhecimento da posse da avó em relação aos netos para efeito de guarda e consequente benefícios previdenciários, pelo simples fato de aquela prestar assistência suplementar a estes, em virtude de o pai transitoriamente se encontrar desprovido de recursos financeiros.

III - Dispositivo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e, por conseguinte, condeno a parte apelante ao pagamento das custas recursais, bem como majoro a verba honorária para 15% sobre o valor atualizado da causa, cuja exigibilidade fica suspensa, porque deferida a justiça gratuita (f. 58-v.).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ADRIANO DE MESQUITA CARNEIRO (JD Convocado) e ALBERGARIA COSTA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Embargos à execução fiscal - IPTU -  
 Cemig - Sociedade de economia mista prestadora de serviço público  
 de fornecimento de energia elétrica - Imunidade tributária  
 recíproca - Precedentes do STF -Recurso não provido

- A imunidade tributária prevista na alínea *a* do inciso VI do art. 150 da CRFB/88 é aplicável à CEMIG, sociedade de economia mista prestadora de serviço público de fornecimento de energia elétrica, mesmo que mediante a cobrança de tarifas dos usuários, diante do caráter da atividade desenvolvida, devendo ser reconhecida incidência do benefício sobre o imóvel vinculado à sua finalidade essencial para afastar a cobrança do IPTU.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0481.15.005518-6/001 - Comarca de Patrocínio - Apelante: Município de Patrocínio - Apelada: Cemig Companhia Energética de Minas Gerais - Relator: DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018. - *Edilson Olímpio Fernandes* - Relator.

#### Voto

DES. EDILSON OLÍMPIO FERNANDES - Trata-se de recurso interposto contra a sentença proferida nos autos dos embargos à execução fiscal opostos pela Companhia Energética de Minas Gerais - Cemig em face do Município de Patrocínio, que julgou procedente o pedido inicial e extinguiu a execução fiscal em apenso, condenando o embargado ao pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa e ao reembolso das despesas processuais (f. 86/88).

O apelante sustenta que a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez e que não se pode confundir concessão de serviço público com concessão de bem público, verificando-se no caso concreto a ocorrência do fato gerador do IPTU, por tratar-se a Cemig de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. Afirma que não é possível estender a imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição da República em favor de sociedade de economia mista, notadamente por prestar serviço público mediante pagamento de tarifa. Alega que o mero fato de o imóvel ter sido desapropriado para a construção de subestação de energia elétrica não lhe garante o benefício. Pugna pela reforma da sentença e, subsidiariamente, pela redução dos honorários advocatícios (f. 92/105).

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Consoante o previsto no artigo 150, inciso VI, alínea *a*, da Constituição da República, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços uns dos outros. Outrossim, a imunidade é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, desde que vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (§ 2º).

A imunidade, entretanto, não se aplica “ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário”, conforme o § 3º do mencionado art. 150 da CRFB/88.

Conquanto já tenha adotado entendimento contrário (Apelação Cível nº 1.0079.13.028971-7/001, j. em 11/11/2014), de acordo com o posicionamento firmado pelo colendo Supremo Tribunal Federal, a imunidade recíproca do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU estende-se à Cemig, diante da natureza eminentemente pública e essencial do serviço de fornecimento de energia elétrica:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Reiteração da tese do recurso inadmitido. Imunidade recíproca. Sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos. Precedentes. Subsistência da decisão agravada. Agravo a que se nega provimento, com aplicação de multa. [...] II - O acórdão recorrido encontra-se em desarmonia com o entendimento da Corte no sentido de que a imunidade recíproca dos entes políticos é extensiva à sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Precedentes. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa (art. 1.021, § 4º, do CPC) (RE 1040268 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 4/6/2018).

Direito tributário. Agravo interno em recurso extraordinário. Suposta violação ao princípio da colegialidade. Inexistência. Possibilidade de o relator decidir monocraticamente controvérsia jurídica. Sociedade de economia mista. Imunidade tributária recíproca. Aplicabilidade. Cobrança de tarifas como contraprestação. Fato irrelevante que não descaracteriza a imunidade. [...] 2. As empresas públicas e sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. 3. A exigência de contraprestação pelos serviços públicos prestados, mediante o pagamento de tarifas, não constitui óbice à incidência da imunidade recíproca sobre determinada sociedade de economia mista. [...] (RE 897104 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 27/10/2017).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Imposto predial e territorial urbano - IPTU. Sociedade de economia mista concessionária de serviço público. Imunidade recíproca: aplicabilidade. Precedentes. Agravo regimental ao qual se nega provimento (RE 773131 AgR, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. em 17/12/2013).

A propósito, oportuno ainda destacar o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Roberto Barroso no RE 897104 AgR:

[...] 7. Tal como constatou a decisão agravada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista delegatárias de serviços públicos de prestação obrigatória e exclusiva do Estado são beneficiárias da imunidade tributária recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. 8. A imunidade recíproca justifica-se nos casos em que a entidade, a despeito de possuir personalidade de direito privado, utiliza-se de seus bens e serviços para satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, como é o caso da Cemig.

Segundo jurisprudência consolidada do Tribunal Superior, é aplicável à sociedade de economia mista concessionária de serviço público essencial a imunidade tributária prevista na alínea *a* do inciso VI do art. 150 da CRFB/88, mesmo que o serviço seja prestado mediante a cobrança de tarifas dos usuários, visto o caráter da atividade desenvolvida, sendo forçoso concluir pela aplicabilidade do benefício no especial caso em julgamento, mormente porque, conforme reconhecido pelo próprio Município apelante, o IPTU cobrado incide sobre imóvel destinado à instalação de subestação de energia elétrica.



Assim, a Cemig, sociedade de economia mista prestadora de serviço público de fornecimento de energia elétrica, embora desenvolva suas atividades mediante contraprestação pecuniária paga pelos usuários, tem direito à imunidade tributária reclamada no que se refere a imóvel vinculado à sua finalidade essencial.

Nesse sentido também já decidiu a Sexta Câmara Cível deste egrégio Tribunal de Justiça:

Remessa necessária. Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Município de Uberlândia. IPTU. Cemig. Imunidade tributária recíproca. Art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. Aplicabilidade. Entendimento do STF. Sentença confirmada. Considerando o entendimento consolidado pelo col. Supremo Tribunal Federal no sentido de que a imunidade tributária recíproca se estende às sociedades de economia mista afigura-se indevida a incidência de IPTU sobre os imóveis de propriedade da Cemig e, portanto, deve ser confirmada a sentença que julgou procedentes os embargos à execução fiscal (TJMG - Ap. Cível/ Rem. Necessária nº 1.0000.18.067944-1/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Yeda Athias, j. em 11/9/2018, p. em 14/9/2018).

Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Direito tributário. Município de Santa Luzia. IPTU. Cemig. Imunidade tributária recíproca. Art. 150, VI, *a*, da Constituição Federal. Aplicabilidade. STF. Inconstitucionalidade. Divisibilidade não vislumbrada. Recurso provido. - De acordo com o entendimento sedimentado no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal, a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, *a*, da CR/88, estende-se às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, afigurando-se, assim, indevida a incidência de IPTU sobre os imóveis de propriedade da CEMIG. [...] (TJMG - Apelação Cível nº 1.0245.13.016276-2/001, Rel. Des. Corrêa Junior, j. em 3/7/2018, p. em 13/7/2018).

Apelação cível. Embargos à execução fiscal. Apelação. Cobrança de IPTU. Cemig. Concessionária de serviço público essencial. Imposto predial e territorial urbano. IPTU. Imunidade recíproca. Entendimento do col. Supremo Tribunal Federal. Recurso provido. 1. Na esteira do entendimento consolidado pelo col. Supremo Tribunal Federal, a CEMIG, enquanto sociedade de economia mista prestadora de serviço público essencial, encontra-se abarcada pela regra da imunidade recíproca intergovernamental, relativamente aos impostos, previstas no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal de 1988. 2 - Recurso provido (TJMG - Apelação Cível nº 1.0074.15.005034-7/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Sandra Fonseca, j. em 10/10/2017, p. em 20/10/2017).

No tocante ao valor dos honorários advocatícios de sucumbência, prescreve o art. 85, § 3º, do CPC/2015 que, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará o grau de zelo do profissional, 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, tal como os critérios estabelecidos nos incisos I a V do referido parágrafo.

No caso concreto, a quantia arbitrada pelo juízo de origem em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (R\$4.260,12) atualizado remunera razoavelmente os serviços jurídicos prestados em juízo, levando-se em conta o grau de zelo dos advogados, a baixa complexidade da causa, o local da prestação dos serviços e o tempo gasto na tramitação do processo, ajuizado em 30/4/2015, sem onerar excessivamente os cofres públicos.

Nego provimento ao recurso.

Isento de custas recursais (Lei Estadual nº 14.939/2003).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SANDRA FONSECA e CORRÊA JUNIOR.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação civil pública - Dano ambiental - Preliminar de perda superveniente do objeto - Afastada - Inaplicabilidade do novo Código Florestal - Fato anterior ao advento da nova norma - Dano ambiental - Comprovação - Responsabilidade civil

- O novo Código Florestal não anistiou geral e irrestritamente as infrações ou extinguiu a ilicitude das condutas anteriores à sua vigência, de modo a implicar a perda superveniente de interesse de agir (Precedentes do Superior Tribunal de Justiça).

- Havendo nos autos laudo técnico elaborado pelo IEF - Instituto Estadual de Florestas, constatando a ocorrência de dano ambiental, deve ser o responsável responsabilizado nos termos da lei.

- A responsabilidade civil ambiental se reveste de nítido interesse público, consistente na conservação e recuperação dos bens ambientais degradados, sendo que aquele que cria ou assume o risco tem o dever de reparar os danos causados ao meio ambiente advindos de sua conduta.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.13.005647-3/001 - Comarca de Curvelo - Apelante: Humberto Alves Campos - Apelado: 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 19 de novembro de 2018. - *Paulo Balbino* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. PAULO BALBINO - Versa o presente feito sobre uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais visando à reparação de área de preservação permanente indevidamente degradada pelo requerido.

Em sua sentença (f. 326/336-v.), o MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Curvelo, Dr. Breno Aquino Ribeiro, julgou procedentes os pedidos iniciais para condenar o requerido a cessar imediatamente a atividade degradadora do meio ambiente, sob pena de multa de cem salários mínimos; providenciar, no prazo de 30 dias, o plano de recuperação da área degradada, devidamente aprovado pelo IEF – Instituto Estadual de Florestas, também sob pena de multa no mesmo valor; e pagar indenização por dano ambiental no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais), corrigidos monetariamente, a ser recolhido para o Fundif – Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos. Condenou, ainda, o requerido ao pagamento das custas processuais.

Inconformado com seu teor, interpôs Humberto Alves Campos a presente apelação (f. 334/344), aduzindo, preliminarmente, ter havido a perda superveniente do objeto, haja vista o advento do novo Código Florestal – Lei nº 12.651/12 – que anistiou situações como a debatida nos presentes autos.

Explica que, para afastar a aplicação da referida norma, é indispensável que se manifeste o Órgão Especial deste Tribunal, nos termos da cláusula de reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição Federal.

Assevera, no mérito, não haver provas de degradação do meio ambiente, tendo sido a obra executada no melhor interesse público, visando atender às necessidades dos moradores da região, e sustenta ter realizado a obra após a danificação de um bueiro que impossibilitou o acesso à estrada e impediu o tráfego de automóveis, não tendo, portanto, ocorrido qualquer dano ambiental.

Destaca que, à época da construção da via, houve denúncia aos órgãos competentes, os quais realizaram vistoria no local e liberaram a obra como sendo de utilidade pública, e acrescenta não ter o Magistrado de origem levado em conta que a área em comento já foi recuperada, conforme comprovado pelo projeto de recuperação ambiental juntado aos autos, e pontua não ter sido elaborado qualquer Estudo de Impacto Ambiental para demonstrar efetivo prejuízo ao local.

Informa, ainda, que o terreno beneficiado com a obra foi doado pelo espólio de Amelina Correa da Silva e que, durante o período de vigência da servidão de passagem prevista no Decreto nº 893, a área se tornou de uso comum da população.

Assim sendo, requer a reforma da sentença recorrida para que sejam julgados improcedentes os pedidos autorais.

Regularmente intimado, apresentou o Ministério Público de Minas Gerais as suas contrarrazões (f. 347/352), em que pugna pela manutenção da decisão combatida.

Em seu parecer de f. 357/359, a Procuradoria-Geral de Justiça, na pessoa do Dr. Reyvani Jabour Ribeiro, ratificando as contrarrazões apresentadas pelo Ministério Público, opinou pelo desprovimento do recurso.

Relatado, decido.

Verificando presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço deste recurso.

Da questão preliminar.

Perda do objeto.

Sustenta inicialmente o apelante ter a Lei nº 12.651/12 anistiado o ato por ele praticado, tendo a presente ação, portanto, perdido seu objeto.

Ressalta, ainda, que, para manutenção do entendimento adotado pelo Juízo de origem, no sentido de não se aplicar o novo Código Florestal à hipótese, devem os autos ser submetidos ao crivo do Órgão Especial, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

Sem razão o recorrente.

Primeiramente, acerca da necessidade de submissão do feito ao Órgão Especial, urge salientar estar o entendimento adotado pelo Juiz de origem amparado em precedentes do Superior Tribunal de Justiça, e não em declaração incidental de inconstitucionalidade da norma, razão pela qual inaplicável a cláusula de reserva de plenário.

No tocante à extinção do feito em razão da perda do seu objeto decorrente do advento do novo Código Florestal, conforme restou consignado na sentença, o novo Código Florestal não anistiou ou extinguiu a

ilicitude de atos cometidos antes de sua entrada em vigor; ao contrário, estabeleceu, de forma expressa, uma série de medidas burocráticas para regularização e reparação das áreas degradadas.

Dessa forma, não há o que se falar em perda do objeto da presente ação, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

Processual civil e administrativo. Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012). Requerimento. Pedido de reconsideração contra acórdão. Inviabilidade. Princípio da fungibilidade. Recebimento como embargos de declaração. Violação ao art. 535 do CPC não apontada. Auto de infração. Irretroatividade da lei nova. Ato jurídico perfeito. Direito adquirido. Art. 6º, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. - Trata-se de requerimento apresentado pelo recorrente, proprietário rural, no bojo de 'ação de anulação de ato c/c indenizatória', com intuito de ver reconhecida a falta de interesse de agir superveniente do Ibama, em razão da entrada em vigor da Lei 12.651/2012 (novo Código Florestal), que revogou o Código Florestal de 1965 (Lei 4.771) e a Lei 7.754/1989. Argumenta que a nova legislação 'o isentou da punição que o afligia' e que 'seu ato não representa mais ilícito algum', estando, pois, 'livre das punições impostas'. Numa palavra, afirma que a Lei 12.651/2012 procedera à anistia dos infratores do Código Florestal de 1965, daí sem valor o auto de infração ambiental lavrado contra si e a imposição de multa de R\$1.500, por ocupação e exploração irregulares, anteriores a julho de 2008, de Área de Preservação Permanente nas margens do rio Santo Antônio. - O requerimento caracteriza, em verdade, pleito de reconsideração da decisão colegiada proferida pela Segunda Turma, o que não é admitido pelo STJ. Nesse sentido: RCDEsp no AgRg no Ag 1.285.896/MS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, *DJe* de 29/11/2010; AgRg nos EREsp 1.068.838/PR, Rel.<sup>a</sup> Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, *DJe* de 11/11/2010; PET nos EDcl no AgRg no Ag 658.661/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, *DJe* de 17/3/2011; RCDEsp no CC 107.155/MT, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, *DJe* de 17/9/2010; RCDEsp no Ag 1.242.195/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 3/9/2010. Por outro lado, impossível receber pedido de reconsideração como Embargos de Declaração, sob o manto do princípio da fungibilidade recursal, pois não se levanta nenhuma das hipóteses do art. 535 do CPC. - Precedente do STJ que faz valer, no campo ambiental-urbanístico, a norma mais rigorosa vigente à época dos fatos, e não a contemporânea ao julgamento da causa, menos protetora da Natureza: O 'direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei nº 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a 'faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado' do arroio' (REsp 980.709/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, *DJe* de 2/12/2008). - Ademais, como deixa claro o novo Código Florestal (art. 59), o legislador não anistiou geral e irrestritamente as infrações ou extinguiu a ilicitude de condutas anteriores a 22 de julho de 2008, de modo a implicar perda superveniente de interesse de agir. Ao contrário, a recuperação do meio ambiente degradado nas chamadas áreas rurais consolidadas continua de rigor, agora por meio de procedimento administrativo, no âmbito de Programa de Regularização Ambiental - PRA, após a inscrição do imóvel no Cadastro Ambiental Rural - CAR (§ 2º) e a assinatura de Termo de Compromisso (TC), valendo este como título extrajudicial (§ 3º). Apenas a partir daí 'serão suspensas' as sanções aplicadas ou aplicáveis (§ 5º, grifo acrescentado). Com o cumprimento das obrigações previstas no PRA ou no TC, 'as multas' (e só elas) 'serão consideradas convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente'. - Ora, se os autos de infração e multas lavrados tivessem sido invalidados pelo novo Código ou houvesse sido decretada anistia geral e irrestrita das violações que lhe deram origem, configuraria patente contradição e ofensa à lógica jurídica a mesma lei referir-se a 'suspensão' e 'conversão' daquilo que não mais existiria: o legislador não suspende, nem converte o nada jurídico. Vale dizer, os autos de infração já constituídos permanecem válidos e blindados como atos jurídicos perfeitos que são - apenas a sua exigibilidade monetária fica suspensa na esfera administrativa, no aguardo do cumprimento integral das obrigações estabelecidas no PRA ou no TC. Tal basta para bem demonstrar que se mantém incólume o interesse de agir nas demandas judiciais em curso, não ocorrendo perda de

objeto e extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI). - Pedido de reconsideração não conhecido (PET no REsp 1.240.122/PR - Rel. Ministro Herman Benjamin - DJe de 19/12/2012).

Assim sendo, rejeito a preliminar de perda superveniente do objeto suscitada pelo apelante.

Do mérito.

Anota-se, inicialmente, ter a presente ação civil pública por objeto a compensação e a reparação de área de preservação permanente indevidamente degradada pelo apelante.

Sustenta o recorrente não haver nos autos comprovação técnica de que houve degradação da área, tendo sido a obra realizada visando ao melhor interesse público.

Analisando-se os autos, ao revés do que afirma o recorrente, a obra que degradou a área discutida nestes autos não visou a qualquer interesse público, tendo, inclusive, decidido este Tribunal de Justiça, em decisão já transitada em julgado, ter o ora apelante incorrido em ato de improbidade administrativa. Confira-se:

Apelação cível. Ato de improbidade. Utilização de maquinário do Município de Felixlândia em propriedade particular da sogra do réu. Obra financiada com recursos públicos. Caracterização das condutas previstas nos arts. 9, 10 e 11 da Lei 8.429/92. Sanções. Decote. - O ato ímprobo previsto no art. 9º da Lei de Improbidade impescinde do elemento subjetivo dolo, sendo necessária a demonstração de que, conscientemente, a vantagem foi auferida de maneira indevida. - Para que se caracterize o ato de improbidade que importe prejuízo ao erário, previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/92, 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. Revela-se irrelevante a demonstração de enriquecimento ilícito do administrador público ou a verificação de prejuízo ao erário. - A utilização de maquinário do Município de Felixlândia para a construção de estrada e barragem na propriedade do ex-Prefeito, obra esta arcada com recursos municipais, configura ato ímprobo, descrito nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, visto que, além de importar em enriquecimento ilícito ao agente político, causa dano ao erário e viola os princípios da moralidade, impessoalidade e preponderância do interesse público sobre o particular (TJMG - Apelação Cível nº 1.0209.10.002072-3/001 - Rel. Des. Wilson Benevides - DJe de 5/4/2016).

Desse modo, importante ressaltar que a obra realizada pelo apelante não visou a qualquer interesse público, tendo beneficiado única e exclusivamente a si próprio e sua família.

De todo modo, havendo ou não interesse público na obra realizada, esse não teria condão de afastar o dano perpetrado pelo recorrente.

Isso porque, em que pese afirmar não haver nos autos qualquer documento técnico que comprove a ocorrência do dano ambiental, observa-se ter sido colacionado ao processo, às f. 179/180, 'Laudo Técnico' emitido pelo Instituto Estadual de Florestas, que atesta, de forma expressa, a ocorrência do referido dano. *In verbis*:

[...] Em vistoria técnica realizada na propriedade denominada Fazenda Córrego do Buriti, de propriedade do Sr. Humberto Alves Campos, situada no Distrito de São José do Buriti, Município de Felixlândia [...] onde foi constatada intervenção em área considerada como sendo de preservação permanente para construção de barramento no leito do Córrego Buriti Comprido [...], que, no ato da vistoria, ficou constatado que a mesma se encontra inundada, devido ao aumento da lâmina d'água, sendo substituído o acesso pelo barramento do Córrego do Buriti Comprido. Foi constatada a remoção de terras em área considerada de Preservação Permanente para construção do barramento, deixando o solo exposto, ou

seja desprovido de vegetação ciliar. Com a elevação do nível da lâmina d'água, ficou constatado que espécies florestais denominadas Buritis (característica de vereda), em estágio inicial, ficaram com seu desenvolvimento comprometido, devido à inundação, com risco de morte.

IV - Conclusão.

*Podemos concluir que ocorreu dano ambiental, devido à intervenção em área de preservação permanente, conforme descrito no item III, em que foram tomadas medidas administrativas, referentes à ocorrência pela polícia ambiental do Município de Três Marias, ou seja, lavratura de Auto de Infração e Suspensão das atividades (destaquei).*

Dessa forma, sendo incontroversa a ocorrência do dano ambiental, nasce, por conseguinte, a responsabilidade civil dele decorrente.

Como se sabe, a responsabilidade civil ambiental se reveste de nítido interesse público, consistente na conservação e recuperação dos bens ambientais degradados, sendo que aquele que cria ou assume o risco tem o dever de reparar os danos causados ao meio ambiente advindos de sua conduta.

Assim sendo, mostra-se correto o entendimento adotado pelo Magistrado de origem, devendo, portanto, ser integralmente mantido.

Importante pontuar não ter o apelante se insurgido subsidiariamente contra as sanções a ele impostas, tendo se limitado a combater o reconhecimento do dano ambiental e a inaplicabilidade do novo Código Florestal, razão pela qual as sanções impostas pelo Juízo de origem também serão integralmente mantidas.

Por fim, urge esclarecer não ser o caso de se aplicar o novo Código Florestal à espécie, haja vista ter o ato degradador, bem como a instauração do processo administrativo dele decorrente, ocorridos sob a égide do antigo Código.

Sobre o tema, o eminente Ministro Herman Benjamin esclarece no já citado REsp 1.240.122/PR:

O esquema é bem simples: o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I). No mais, não ocorre impedimento à retroação e ao alcançamento de fatos pretéritos.

[...]

A regra geral, pois, é a irretroatividade da lei nova (*lex non habet oculos retro*); a retroatividade plasma exceção, blindados, no Direito brasileiro, o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Mesmo fora desses três domínios de intocabilidade, a retroatividade será sempre exceção, daí requerendo-se manifestação expressa do legislador, que deve, ademais, fundar-se em extraordinárias razões de ordem pública, nunca para atender interesses patrimoniais egoísticos dos particulares em prejuízo da coletividade e das gerações futuras.

Precisamente por conta dessa excepcionalidade, interpreta-se estrita ou restritivamente; na dúvida, a opção do juiz deve ser pela irretroatividade, mormente quando a ordem pública e o interesse da sociedade se acham mais bem resguardados pelo regime jurídico pretérito, em oposição ao interesse econômico



do indivíduo privado mais bem assegurado ou ampliado pela legislação posterior. Eis a razão para a presunção relativa em favor da irretroatividade, o que conduz a não se acolherem efeitos retro-operantes tácitos, embora dispensadas fórmulas sacramentais.

[...]

Em suma, a lei pode, sim, retroagir, desde que não dilapide o patrimônio material, moral ou ecológico, constitucional ou legalmente garantido dos sujeitos, individuais ou coletivos: essa a fronteira da retroatividade.

Nestes termos, concluiu o eminente Ministro pela impossibilidade de aplicação da norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob as regras de legislação anterior que, expressamente, contrariou a lei então vigente:

Entendo que o direito é regulado pela lei que vigia à época de seu exercício. No presente caso, o pedido administrativo foi elaborado quando estava em vigor a Lei de Uso e Ocupação do Solo (Lei nº 6.766/79, III), com a redação expressa de que:

[...]

Inviável a aplicação de norma superveniente com a finalidade de validar ato praticado sob a égide da legislação anterior que, expressamente, contrariou a lei então vigente (STJ - REsp 980.709/RS - Rel. Ministro Humberto Martins - *DJe* de 2/12/2008).

Nesse mesmo sentido, vem decidindo este Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação civil pública. Superveniência de novo Código Florestal. Lei 12. 651/2012. Perda do objeto. Não ocorrência. Aplicação a fatos consolidados após a sua vigência. Precedente STJ. Sentença cassada. - A promulgação de novel legislação no curso da demanda é fato superveniente que deve ser levado em consideração para o julgamento da causa, a teor do que dispõe o art. 462 do Código de Processo Civil, e que, contudo, não implica em perda superveniente do interesse de agir ou do objeto da demanda. - O novo Código Florestal, em momento algum, concedeu anistia universal e incondicionada aos proprietários rurais, de modo a extinguir do plano jurídico os eventuais atos ilícitos praticados na vigência da Lei nº 4.771/1965 (anteriores a 22 de julho de 2008), mantendo-se, portanto, incólume o objeto da ação judicial que visa apurar supostas irregularidades em decorrência da não instituição da área de reserva legal nos ditames da legislação que, à época, encontrava-se em vigor (TJMG - Apelação Cível nº 1.0702.11.043833-1/001 - Rel. Des. Versiani Penna - *DJe* de 14/2/2014).

Dessarte, pelos fundamentos em que prolatada, a sentença recorrida merece prevalecer.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso.

Custas processuais, pela apelante.

Sem honorários advocatícios, tendo em vista ser o Ministério Público a parte autora da ação.

Transitada esta em julgado, retornem os autos ao Juízo de origem, observando-se as cautelas legais.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ÂNGELA DE LOURDES RODRIGUES e CARLOS ROBERTO DE FARIA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

• • •



Apelação cível - Ação de improbidade administrativa - Lei nº 8.429/92 - Aplicabilidade extensiva a agentes públicos - Contratação de assessor jurídico - Modalidade convite - Proposta única - Licitação simulada - Dolo - Revogação do ato - Irrelevância - Violação aos princípios da moralidade e publicidade - Dever de transparência nos atos da gestão pública - Enquadramento das condutas conforme julgador - Inobservância do pedido - Irrelevância - Não violação do princípio da congruência

- A ação civil pública é a via adequada para resguardar o erário e garantir a observância dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade no trato da coisa pública, tendo efeito sobre todos os agentes públicos, inclusive políticos, de que trata o art. 2º da Lei nº 8.429/92.

- A revogação do ato não é suficiente para desfazer a violação aos princípios da administração pública, uma vez que o elemento subjetivo necessário à configuração da improbidade administrativa é o dolo genérico, consistente na vontade de realizar ato que atente contra os princípios da Administração Pública ou o simples conhecimento ou consciência da ilicitude do ato praticado. Precedentes do STJ.

- Nas ações de improbidade, é possível que o magistrado, diante dos fatos apresentados, dê à conduta ímproba a qualificação jurídica adequada, enquadrando-a em hipóteses diversas das requeridas pelo autor da ação, sem que isso represente ofensa ao princípio da congruência, tendo em vista se tratar de direitos eminentemente indisponíveis.

Recursos conhecidos, mas não providos.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0216.11.007169-5/007 - Comarca de Diamantina - 1º Apelante: Odair Santiago Maciel - 2º Apelante: Jaime Lino da Cruz e outro, Iracema Neves, Cláudio José Lemes Santos - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: DES.<sup>a</sup> ALBERGARIA COSTA**

#### **Acórdão**

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 25 de outubro de 2018. - *Albergaria Costa* - Relatora.

#### **Notas taquigráficas**

DES.<sup>a</sup> ALBERGARIA COSTA - Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença de f. 1.140/1.149, que julgou procedentes os pedidos iniciais para reconhecer a prática de ato de improbidade e sujeitar os réus Jaime Lino da Cruz, Cláudio José Lemes Santos, Iracema Neves Rodrigues e Odair Santiago Maciel ao disposto nos artigos 11 e 12, III, ambos da Lei nº 8.429/92, condenando-os à (i) suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos; (ii) pagamento de multa civil no importe da contratação, qual seja R\$15.000,00 para cada réu, corrigido monetariamente de acordo com os índices divulgados pelo TJMG a

partir da data da distribuição da ação, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; (iii) proibição de os réus contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; e (iv) perda da função pública relativamente a Jaime Lino da Cruz, Cláudio José Lemes Santos, e Iracema Neves Rodrigues.

Em suas razões recursais, Odair Santiago Maciel, primeiro apelante (f. 1.153/1.194), suscitou preliminar de nulidade da sentença, ao fundamento de que não foi enfrentada a preliminar de perda de objeto da ação, já deduzida quando da interposição do agravo de instrumento. Arguiu, ainda, a preliminar de falta de interesse processual, haja vista que há prova documental comprobatória da revogação da licitação antes da propositura da presente ação civil pública. No mérito, afirmou que o autor não se desincumbiu do ônus de provar o alegado, tendo apresentado “meras suposições, ilações e conjecturas”, que não ensejariam a condenação do apelante. Alegou que não houve qualquer lesão ao erário nem enriquecimento ilícito. Informou que a licitação, na modalidade convite, realizada pelo Município de Senador Modestino Gonçalves, teve por objetivo “a contratação de pessoal para atuar na área jurídica” e que 2 (dois) advogados, além do apelante, atuantes na Comarca, foram convidados: Marconi Assunção Viana e Terezinho Irineu Bitencourt de Oliveira. Sustentou que não há “anormalidade” na conduta do apelante, que, por intermédio de sua secretária, apenas levantou dúvidas acerca de cláusulas do contrato cuja minuta lhe havia sido enviada junto com a carta-convite. Aduziu que, embora o Município tenha optado por realizar a licitação, ela nem seria exigível, por força do art. 25, II, da Lei nº 8.666/93. Ressaltou que está em trâmite pelo Supremo Tribunal Federal a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 45, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, para validar a aplicação dos artigos 13, V, e 25, II, da Lei de Licitações. Salientou que a condenação aplicada é “inadequada, desproporcional e irrazoável”, sobretudo porque o então Prefeito suspendeu o contrato de prestação de serviços firmado em 6/7/2011 e, em setembro daquele ano, declarou a nulidade do processo de licitação, antes, portanto, do ajuizamento da presente ação. Por fim, pediu a reforma integral da sentença, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Os segundos apelantes, Jaime Lino da Cruz, Cláudio José Lemes Santos e Iracema Neves Rodrigues (f. 1.196/1.223), arguíram, inicialmente, preliminar de inadequação da via eleita, ao fundamento de que o prefeito não pode figurar no polo passivo da ação de improbidade, já que se submetem a regime próprio de responsabilização, disposto no Decreto nº 201/67, estando excluído do “espectro de incidência do art. 2º da Lei nº 8.429/92”. No mérito, sustentaram que a sentença foi proferida apenas com as provas unilaterais produzidas pelo autor na fase do inquérito civil. Alegaram que, ao contrário do que constou da sentença, inexistiu “perseguição ao servidor Valdernandes Nunes”, que resolveu denunciar ao Ministério Público o suposto direcionamento da licitação tão somente porque já havia sido exonerado do cargo em comissão e porque contra ele havia sido instaurada uma sindicância, por utilização indevida de computadores pertencentes ao patrimônio público municipal. Relataram que, igualmente em data anterior à denúncia, o então Prefeito já havia encaminhado para apuração uma denúncia contra Valdernandes Nunes, por suposta venda irregular de jazigos, com apropriação indébita de numerários. Sustentaram que a apelante Iracema fora autorizada, pela Portaria nº 01/2011 (f. 132), a auxiliar os trabalhos licitatórios, como suplente, e, posteriormente, foi nomeada como membro titular, pela Portaria nº 30/2011 (f. 133), o que afasta a alegação de que houve anomalia e de que sua atuação foi “casuística”. Salientaram que nada há de incomum ou irregular no *e-mail* trocado entre o vencedor e a apelante, por se tratar de mero esclarecimento acerca da contratação. Ressaltaram que o art. 51, § 1º, da Lei nº 8.666/93 autoriza que um único servidor fique incumbido de atuar isoladamente, razão pela qual os documentos e propostas não terem sido assinados por todos os membros da comissão de licitação. Destacaram que o advogado Marconi Assunção Viana prestou depoimento afirmando que não se interessou pelo convite por estar sem tempo, e o advogado Terezinho Irineu Bitencourt

de Oliveira estava reduzindo seu acesso ao escritório por problemas de saúde, “circunstâncias absolutamente desconhecidas pelos apelantes”. Esclareceram que a licitação e a execução do contrato administrativo foram imediatamente suspensas pelo apelante Jaime Lino, tão logo tomou ciência da existência de possíveis irregularidades, e posteriormente foi revogado o certame, de forma que nenhum serviço foi prestado e nenhum pagamento foi efetuado, inexistindo dano ao erário. Assinalaram que “a má-fé, a fraude, a desonestidade e o dolo não se presumem” e que não se admite a responsabilidade objetiva dos agentes públicos. Pediram a reforma integral da sentença e, “sucessivamente, a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para excluir as penalidades de suspensão dos direitos políticos e perda de cargo, bem como adequação da penalidade de multa”.

Contrarrazões às f. 1.232/1.238.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 1.251/1.253-v., opinando pelo desprovimento dos dois recursos de apelação.

É o relatório.

Conheço dos recursos de apelação, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Questões preliminares.

I - Nulidade da sentença.

O primeiro apelante suscitou preliminar de nulidade da sentença, ao fundamento de que não foi enfrentada a preliminar de perda de objeto da ação, já deduzida quando da interposição do agravo de instrumento.

A ausência de apreciação da preliminar, no presente caso, não ocorreu, visto que o Juiz da causa expressamente se manifestou à f. 1.142 no sentido de que as preliminares já haviam sido “sobejamente analisadas e rechaçadas na decisão de f. 1.053/1.053-v.” e, ainda que não tivessem sido todas analisadas naquele momento processual, explicou que seriam analisadas com o mérito, pois com eles se confundem.

Assim sendo, rejeito a preliminar.

II - Falta de interesse processual.

O primeiro apelante arguiu a preliminar de falta de interesse processual, haja vista que há prova documental comprobatória da revogação da licitação antes da propositura da presente ação civil pública.

Registra-se que, além dos argumentos deduzidos pelo Juiz da causa, à f. 1.053, no sentido de que “a revogação do ato não é suficiente para desfazer a violação aos princípios da Administração Pública”, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o elemento subjetivo necessário à configuração da improbidade administrativa é o dolo genérico, “consistente na vontade de realizar ato que atente contra os princípios da Administração Pública ou o simples conhecimento ou consciência da ilicitude do ato praticado” (AREsp nº 792.336/PR 14/8/2017).

Ponha-se relevo que, no presente caso, a contratação somente foi desfeita após a provocação extrajudicial do Ministério Público, sendo irrelevante que o ato tenha sido suspenso e posteriormente invalidado antes do ajuizamento da presente ação.

Além disso, a própria revogação do contrato pelo Prefeito apelante já revela a sua manifesta consciência acerca da ilegalidade do ato administrativo.

Isso posto, rejeito a preliminar.

III - Inadequação da via eleita.

Os segundos apelantes suscitaram preliminar de inadequação da via eleita, ao fundamento de que o Prefeito não pode figurar no polo passivo da ação de improbidade, já que se submetem a regime próprio de responsabilização, disposto no Decreto nº 201/67, estando excluído do “espectro de incidência do art. 2º da Lei nº 8.429/92”.

Sobre o assunto, a Constituição da República estabeleceu 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 (art. 37, § 4º, CF).

O diploma regulador é a Lei nº 8.429/92, que disciplina os tipos de penalidade, as sanções, os procedimentos administrativos e judiciais a serem adotados, bem como os sujeitos da relação.

A ação de improbidade administrativa, portanto, é aquela que visa ao reconhecimento de condutas de improbidade, perpetradas por agentes públicos e terceiros, bem como a imposição de sanção legal, a fim de preservar a moralidade administrativa.

Contudo, há polêmica referente à responsabilidade dos agentes políticos, pois, conforme alguns defendem, tais sujeitos estariam submetidos a regime próprio de responsabilidade, o que induziria a aplicação apenas da Lei nº 1.079/50, que dispõe sobre os crimes de responsabilidade perpetrados pelos agentes políticos.

Argumentam que algumas das sanções previstas na Lei de Improbidade, embora revestidas de natureza civil, possuem forte caráter penal, o que, de algum modo, acabaria por ampliar o conteúdo das ações previstas na Constituição, imprimindo, por vezes, sanções mais severas.

Entretanto, a partir de uma interpretação teleológica da Constituição Federal, visando conferir a máxima efetividade da norma constitucional, que significa conferir maior efetividade à Lei de Improbidade, é de se concluir pela aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, especialmente diante das demais normas constitucionais protetivas do patrimônio público.

A propósito, o Ordenamento Constitucional, em seu art. 129, III, confere ao Ministério Público a legitimidade para promover a ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos, como o patrimônio público e social, tendo esta questão, inclusive, sido objeto da Súmula nº 329, editada pela Corte Especial do STJ.

Significa que a ação civil pública – sem prejuízo da apuração dos crimes de responsabilidade contidos no Decreto-Lei nº 201/67 – é a via adequada para resguardar o erário e garantir a observância dos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade no trato da coisa pública, tendo efeito sobre todos os agentes públicos, inclusive políticos, de que trata expressamente o art. 2º da Lei nº 8.429/92.

Nesse contexto, conclui-se que não têm guarida os argumentos expostos pelos apelantes.

Isso posto, rejeito a preliminar.

Questões de mérito.

Infere-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa, alegando que Jaime Lino da Cruz, enquanto Prefeito do Município de Senador Modestino Gonçalves, contratou, irregularmente, com a participação dos servidores municipais Cláudio José Lemes Santos e Iracema Neves Rodrigues, o advogado Odair Santiago Maciel, para o cargo de assessor jurídico do Município, mediante licitação fraudada, na modalidade carta-convite, para a qual foram convidados, além do vencedor, dois advogados que nem sequer se interessariam pelo convite. O autor informou, ainda, que servidores indicados como membros da comissão de licitação desconheciam a existência do certame, por não terem sido convocados a participar, e que toda a documentação do processo licitatório foi assinada somente pelo Prefeito e/ou pelos dois mencionados servidores.

Em vista disso, a sentença de primeiro grau reconheceu a prática de ato de improbidade por todos os réus, tipificado no art. 11, I, da Lei nº 8.492/92, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...].

O cerne da controvérsia reside na verificação da legalidade da contratação do primeiro apelante para o cargo de assessor jurídico do Município, a fim de concluir se os apelantes cometeram atos ímprobos que justifiquem as penas requeridas pelo apelado.

É cediço que a Administração Pública exerce atividades complexas, sempre voltadas para os interesses públicos, os quais serão atendidos, muitas vezes, através de bens e serviços prestados por terceiros, sendo mister a pactuação de contratos administrativos para a execução de “obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art.1º da Lei nº 8.666/93).

Com efeito, a lei criou a licitação, procedimento que precede o contrato administrativo e tem por objetivo permitir a apresentação de propostas por todas as pessoas interessadas, possibilitando, conseqüentemente, a escolha daquela que será mais vantajosa pela Administração, desde que julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A definição dos limites da moralidade é tarefa árdua em Direito Administrativo, em razão da diversidade semântica que é atribuída ao termo e da dificuldade histórica que a doutrina enfrentou na tarefa de distinguir as hipóteses de ilegalidade e de imoralidade.

Nesse passo, a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro oferece balizas para a identificação, no caso concreto, do ato considerado imoral, veja-se:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia

comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa (Direito administrativo, 15. ed., p. 79).

Celso Antônio Bandeira de Mello assinala que, de acordo com o princípio da moralidade administrativa,

a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição (*Curso de direito administrativo*, 19 ed., p. 107).

No caso em apreço, é preciso examinar a conduta no contexto dos fatos noticiados nos autos.

Extrai-se dos autos que o Processo Licitatório nº 019/2011, realizado na modalidade Convite nº 005/2011, teve por objeto a “contratação de serviços de assessoria e consultoria em acompanhamento de pessoal, arrecadação e tributos, saúde, educação, cultura e turismo, obras, esportes e administração em geral conforme anexo I” (f. 45).

À f. 70, verifica-se que a Prefeitura enviou convite a 3 (três) advogados, a saber: Marconi Assunção Viana, Terezinho Irineu Bitencourt de Oliveira e ao primeiro apelante, Odair Santiago Maciel.

Contudo, somente o último enviou a documentação necessária e sua proposta de prestação de serviços (f. 73/91), resultando, portanto, na celebração do contrato de f. 92/98.

Analisando detidamente referidos documentos, poder-se-ia concluir pela inexistência de irregularidade no procedimento licitatório, não fosse pelo depoimento dos dois outros convidados, declarando que não tinham condições de aceitar o convite, não tendo sequer enviado a documentação necessária. Confira-se, inicialmente, pelo depoimento de Therezinho Irineu Bitencourt de Oliveira:

[...] que não conhece essa cidade (Senador Modestino Gonçalves); que nas comemorações da OAB/Diamantina, do Dia Internacional da Mulher, o Presidente da Seccional de Diamantina disse em público que o declarante não estava presente porque estava em Belo Horizonte, lutando pela sua saúde, numa situação incerta e que merecia as orações de todos; que desde o início do ano já sabia que não poderia assumir outros compromissos, pois estava doente; que já estava diminuindo o acesso ao escritório, recusando causas; que nunca participou de licitação nenhuma; que não sabe como chegaram ao nome do declarante (f. 128).

Igualmente desinteressado o convidado Marconi Assunção Viana, que arguido sobre o assunto, assim respondeu:

[...] que não participou do processo licitatório porque não tem tempo; que não sabe quem foram os demais advogados convidados para participar da licitação; que acha que o convidaram porque conhece o Prefeito através de conversas informais; que não conhece a comissão de licitação (f. 113).

Contraditoriamente aos depoimentos acima, a apelante Iracema, servidora que fez os convites aos advogados, assim declarou:

[...] que o Prefeito solicitou processo licitatório para contratação de advogado que pudesse permanecer pelo menos dois dias no Município; que Cláudio solicitou a declarante que fizesse uma pesquisa de preços nos municípios vizinhos e, após, fez o levantamento com advogados acerca da licitação; que três tinham disponibilidade e, portanto, foram convidados (f. 120).



Não bastasse, à f. 404, há e-mail trocado entre o vencedor da licitação, Odair Santiago Maciel, e a servidora municipal Iracema, discutindo as cláusulas do contrato de prestação de serviços, já se sabendo vencedor. Note-se que a correspondência é datada de 15/6/2011, embora a abertura dos envelopes tenha ocorrido somente em 23/6/2011 (f. 88/89 dos autos do inquérito).

Os elementos destacados acima são mais que suficientes para se concluir que a licitação foi simulada.

Neste cenário, entendo que as condutas praticadas pelos apelantes podem ser consideradas atentatórias à moralidade administrativa.

Importa observar que o Ministério Público pediu expressamente, à f. 34, o reconhecimento da prática, pelos ora apelantes, das condutas ímprobas descritas no art. 10, caput e inciso VIII, da Lei Federal nº 8.429/92, bem como a aplicação das sanções previstas no art. 12 da mencionada lei, que se remete diretamente ao art. 10.

Verifica-se que a sentença concluiu terem os réus, igualmente, praticado as condutas ímprobas descritas no art. 11. Isso porque, nas ações de improbidade, é possível que o magistrado, diante dos fatos apresentados, dê à conduta ímproba a qualificação jurídica adequada, enquadrando-a nas hipóteses diversas dos artigos 9º, 10 ou 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que não requeridas, sem que isso represente ofensa ao princípio da congruência. Tal entendimento se justifica em razão da natureza da causa, pois, ao envolver direitos eminentemente indisponíveis, não poderia o autor da ação restringir as consequências do ato de improbidade apenas ao que foi requerido na petição inicial, sob pena de limitar indevidamente a atuação do órgão jurisdicional.

Em relação ao elemento subjetivo, entendo que a conduta descrita na inicial se revelou flagrantemente dolosa, porquanto foi simulada a licitação, forjada a convocação, combinado o preço e deliberado o pagamento, com a prévia “escolha” do vencedor do certame. Não se tratou, evidentemente, de mera inabilidade do gestor municipal e de seus servidores para conduzir a licitação.

Considerando que o pagamento foi suspenso, não houve dano ao erário, pressuposto do caput do art. 10.

No entanto, restou evidente que os apelantes não apenas frustraram a licitude de processo licitatório (conduta prevista no art. 10, VIII) como também cometeram outros atos ímprobos, não apenas os previstos no art. 10, como também no 11, que dispensa a ocorrência de dano patrimonial.

Isso posto, nego provimento a ambos os recursos, para manter inalterada a sentença e julgar procedentes os pedidos iniciais.

Sem custas.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES ELIAS CAMILO SOBRINHO e JUDIMAR BIBER.

*Súmula* - RECURSOS NÃO PROVIDOS.





Apelação cível - Anulatória de contrato de locação c/c imissão na posse - Preliminares afastadas - Contrato de locação levado a registro - Cláusula de vigência - Prévia averbação de indisponibilidade do imóvel na matrícula - Simulação - Valor do aluguel fixado em preço irrisório - Nulidade do contrato de locação - Perdas e danos

- Impõe-se a rejeição da preliminar de não conhecimento do recurso de apelação, porque aplicável a contagem em dobro do prazo para recorrer, conforme art. 229 do CPC/15, quando coexistentes parte patrocinada por advogado contratado e parte defendida por curador especial nomeado em virtude de citação editalícia.
- Igualmente, não será acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva dos fiadores, uma vez que respondem por todos os débitos oriundos do contrato e que incumbirem ao locatário.
- Os autores, ao adquirirem o imóvel objeto da lide, sub-rogaram-se na qualidade de locadores, possuindo legitimidade ativa para pleitear a nulidade do contrato de locação.
- Com o registro imobiliário, a publicidade da cláusula de vigência passa a ser *erga omnes*, obrigando terceiros que adquiram um bem levado à hasta pública. Nesses casos, a anotação no fôlio imobiliário inevitavelmente gera um ônus sobre o prédio, inviabilizando o decreto de indisponibilidade, pelo qual será nula.
- Simulação suficientemente comprovada nos autos através de perícia e prova testemunhal, que demonstram que o valor do aluguel do imóvel foi fixado de forma irrisória.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0384.12.009230-7/004 - Comarca de Leopoldina - Apelante: Comércio de Móveis Abreu Ltda. e outro, Andréa Corrêa Lopes, Jose Henrique Abreu - Apelados: Gessy de Almeida Pereira em causa própria, Fernando Brandão Coelho Vieira, Soldati Indústria e Comércio de Móveis Ltda., Cristine Peixoto Monteiro Vieira, Nelson Luiz Parma, Rodrigues Gobira Engenharia Ltda. e outro, Dilermando Mota Delgado, Francisco Celio Grossi, Rogério Vaz Barbosa, Nova América S/A representada por curador especial, Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais - 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 REJEITAR AS PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2018. - *Alberto Henrique* – Relator

#### **Voto**

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação, interposto por Comércio de Móveis Abreu Ltda., José Henrique Silva de Abreu e Andréia Corrêa Lopes, contra r. sentença de f. 552/554-v., proferida nos autos da ação de anulação de contrato de locação e cancelamento de registro c/c indenização

por perdas e danos *c/c* imissão na posse com pedido de antecipação de tutela, movida por Rodrigues & Oliveira Empreendimentos Ltda. - ME, Francisco Célio Grossi, Gessy de Almeida Pereira, Rogério Vaz Barbosa, Fernando Brandão Coelho Vieira, Cristine Peixoto Monteiro Vieira, Dilermando Mota Delgado, Soldati Indústria e Comércio de Móveis Ltda. - EPP, Nelson Luiz Parma, via da qual o MM. Juiz *a quo* da 1ª Vara Cível da Comarca de Leopoldina julgou procedentes os pedidos iniciais, para declarar a nulidade do contrato de locação *sub judice* celebrado entre os réus Comércio de Móveis Abreu Ltda. e Nova América S/A; conceder a tutela antecipada para determinar a imediata desocupação do imóvel pelo réu e a imissão dos autores na posse; condenar os requeridos, solidariamente, a pagar aos autores o valor referente ao aluguel do imóvel a partir de 19/11/2012 até a data da efetiva desocupação, no valor de R\$3.390,05 (três mil trezentos e noventa reais e cinco centavos) mensais, atualizados monetariamente pelos índices divulgados pela Eg. CGJ/MG e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, autorizada a compensação com as benfeitorias necessárias; bem como para condenar o réu, Comércio de Móveis Abreu ao pagamento do IPTU do imóvel objeto da lide pelo período em que permanecer na posse do bem.

Custas, despesas processuais e honorários advocatícios que nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, foram fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da condenação, a cargo dos demandados.

Inconformados, apelam os réus, Comércio de Móveis Abreu Ltda., José Henrique Silva de Abreu e Andréia Corrêa Lopes às f. 566/600, suscitando preliminar de ilegitimidade passiva dos fiadores José Henrique Silva de Abreu e Andreia Corrêa Lopes; preliminar de ilegitimidade ativa dos autores, e ainda, preliminar de incompetência do juízo.

No mérito, aduzem inexistir nos autos provas de fraudes a credores, de fraude à execução e de simulação do contrato de locação.

Sustentam que, ao contrário do afirmado na sentença de primeiro grau, não há disposição normativa que proíba o depositário de um bem de usufruir dele, inclusive com a sua locação, até para manutenção e conservação do mesmo, que são deveres impostos ao depositário. Também afirmam que não há falar na necessidade de prévia autorização judicial para celebração de contrato de locação em razão da mais absoluta ausência de previsão normativa.

Ressaltam que não há falar em pagamento de indenização, tendo direito os recorridos, tão somente, ao recebimento dos aluguéis pactuados no contrato de locação na condição de sucessores da locadora e anterior proprietária.

Requerem, assim, a reforma da r. sentença recorrida e improcedência dos pedidos iniciais.

Preparo regular à f. 603.

Contrarrazões apresentadas pelos autores às f. 607/624, suscitando preliminar de intempestividade do recurso de apelação interposto.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

I - Das preliminares.

### I.1 - Preliminar de intempestividade recursal.

Suscitam os autores, em sede de contrarrazões, preliminar de intempestividade recursal.

Razão não lhes assiste, no entanto.

Para que o recurso cível seja admitido, necessária a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos exigidos pela legislação processual vigente, dentre os quais consta a tempestividade.

Com efeito, o prazo para interposição do recurso de apelação é de 15 (quinze) dias (art. 1.003, § 5º, do CPC 2015), sendo que a contagem do prazo regula-se pelo art. 219 do CPC 2015 (computam-se apenas os dias úteis).

Contudo, no caso dos autos, aplica-se o disposto no art. 229 do CPC/2015, eis que os réus estão patrocinados por procuradores diferentes.

Assim dispõe o art. 229 do CPC/15: “Art. 229 - Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento”.

A alegação dos apelados de que tal dispositivo não seria aplicado no caso em tela não procede. Veja-se que os réus da presente ação são Comércio de Móveis Abreu Ltda., José Henrique Silva de Abreu e Andréia Corrêa Lopes e Locadora Nova América S/A.

Os réus, ora apelantes, Comércio de Móveis Abreu Ltda., José Henrique Silva de Abreu e Andréia Corrêa Lopes, estão representados por advogado particular, constituído em conjunto, sendo que a ré Nova América S/A foi representada por curador especial, nomeado em virtude de citação editalícia (f. 209), não havendo dúvida quanto a aplicação do prazo em dobro.

Logo, o presente recurso de apelação, protocolizado no dia 28/11/2017 (f. 566), é tempestivo, uma vez que a publicação da sentença apelada ocorreu em 17/10/2017 (f. 555), tendo o prazo recursal início em 18/10/2017 e término em 1º/12/2017.

Assim, rejeito a preliminar arguida.

### I.2 - Preliminar de ilegitimidade passiva dos fiadores - José Henrique Silva de Abreu e Andreia Corrêa Lopes.

Suscitam os apelantes preliminar de ilegitimidade passiva dos fiadores José Henrique Silva de Abreu e Andreia Corrêa Lopes, alegando, em síntese, que a fiança é contrato acessório, e a sua responsabilização se limitaria a garantir o cumprimento da obrigação principal, não podendo ser responsabilizados pelo pagamento de indenização por perdas e danos, em caso de eventual declaração de nulidade do contrato de locação.

Razão não lhes assiste, no entanto.

Conforme cláusula décima nona do contrato celebrado entre os apelantes (locador, locatário e fiadores), devidamente assinado à época, os fiadores, como principais pagadores, se responsabilizam por “todas as obrigações que incumbem à Locatária por força de lei e do presente contrato, e até a efetiva desocupação do imóvel e a entrega das chaves nas condições previstas nesse instrumento, bem como pelas alterações do aluguel e acessórios ocorrerem no curso da locação [...]” (f. 491/500).

Portanto, não há falar em ilegitimidade, devendo responder por todos os débitos oriundos do contrato e que incumbirem ao locatário, inclusive aqueles que se originarem de eventual decretação de nulidade do mesmo. Isso porque, quando da assinatura do contrato como fiadores, estes tinham plena ciência de seus termos e das obrigações que assumiam, não podendo escusar-se da responsabilidade, uma vez que supostamente arguíram com a celebração de negócio jurídico nulo.

Assim, rejeito a preliminar arguida.

### I.3 - Preliminar de ilegitimidade ativa.

Suscitam, ainda, os apelantes, preliminar de ilegitimidade dos autores para o ajuizamento da presente ação anulatória, bem como para arguir fraude contra credores e fraude à execução.

Razão não lhes assiste, contudo.

Da análise dos autos, verifica-se que os autores se sub-rogaram nos direitos da proprietária anterior, Mariana Lopes dos Santos, quando adquiriam o imóvel objeto da lide, razão pela qual se conclui pela legitimidade dos mesmos em pleitear a anulação do contrato, bem como a imissão na posse do bem.

Ademais, frise-se que não há falar em ilegitimidade ativa das partes para arguir fraude contra credores e fraude à execução, uma vez que, na qualidade de proprietários do bem imóvel objeto da lide, podem arguir tais matérias a fim de fundamentar o pedido de nulidade do contrato locatício, cabendo a análise de existência das alegadas fraudes ao campo meritório, sob a ótica da procedência ou não do pedido formulado na inicial.

O mesmo se aplica no que se refere à alegação de existência ou não de simulação a gerar a nulidade do contrato de locação, sendo perfeitamente cabível aos apelados, na qualidade de proprietários do bem imóvel, sub-rogando-se na posição contratual de locadores, levantar tal discussão, uma vez que seriam diretamente prejudicados pelo contrato fraudulento, seja pela existência de cláusula de vigência a restringir seu uso, seja em razão do valor do aluguel fixado abaixo do previsto no mercado.

Logo, rejeito a preliminar suscitada.

### I.4 - Preliminar de incompetência do Juízo.

Suscitam, por fim, os apelantes, preliminar de incompetência do Juízo de Leopoldina para o presente feito, sustentando que as execuções que teriam sido fraudadas tramitaram no Estado do Rio de Janeiro, uma na Comarca da Capital e duas na Comarca de Duque de Caxias, local onde o bem foi penhorado. Assim, afirmam que é do Juízo da execução a competência para exame de qualquer incidente sobre a penhora de bens no referido Juízo efetivada.

Também não lhes assiste razão em suas alegações.

A tramitação conjunta da ação de execução com a ação pauliana é dispensável, porquanto não pode haver conexão entre um processo que não produz sentença de mérito e outro no qual se pretende solucionar processo de conhecimento.

Afinal, pretende-se estabelecer vínculo entre uma ação de conhecimento - na qual será realizado julgamento de mérito sobre a pretensão formalizada pelos réus, ora apelantes - e uma ação executiva de títulos

extrajudiciais, que não comporta tal análise, uma vez que seu objetivo único é a satisfação do direito do credor.

Portanto, em razão de cuidar-se de ação de execução e de ação de conhecimento, não há falar em competência do Juízo da execução para o conhecimento da presente ação.

Nesse sentido também já decidiu esta Corte:

Processual civil. Agravo de instrumento. Ação de execução. Ação ordinária revisional de contrato. Conexão afastada. Suspensão da ação de execução. Não-cabimento. Exceção de pré-executividade. Hipóteses excepcionais de cabimento. Inaplicabilidade ao caso. - A conexão apta a determinar a reunião das ações para decisão simultânea é a que pode evitar contradição de julgados, com impossibilidade prática de seu cumprimento. Daí a norma do art. 105 do CPC. Não cabe a reunião, para decisão simultânea, de ação ordinária com processo de execução. É que este não comporta sentença de mérito e, pois, não há risco de decisões conflitantes. Só com a interposição de embargos à execução é que se poderá cogitar de reunião dos processos para decisão simultânea, já que, aí sim, haverá sentença e possibilidade de contradição de julgados, com inviabilidade de cumprimento. A denominada exceção de pré-executividade do título consiste na faculdade atribuída ao executado, de submeter ao conhecimento do juiz da execução, independentemente de penhora ou de embargos, determinadas matérias, limitada sua abrangência temática aos casos que digam respeito a questões suscetíveis de conhecimento de ofício, ou à nulidade do título, que seja evidente e flagrante, isto é, cujo reconhecimento independa de contraditório ou dilação probatória (AI nº 380.451-7, 3ª Câmara Cível, Rel. Juiz Maurício Barros, j. em 13/11/2002).

Processo civil. Conflito de competência. Ação de execução e ação pauliana. Inexistência de conexão. Causa afeta ao juízo suscitante. - Não há conexão entre processo de execução e de conhecimento que objetiva afirmar a anulabilidade de negócio jurídico feito pelo executado. - Conflito de competência conhecido e declarado competente o Juízo suscitante (TJMG - Conflito de Competência nº 2.0000.00.420423-7/000, Relator Des. Alberto Vilas Boas, j. em 1º/6/2004, p. em 26/6/2004).

Por fim, conforme cláusula vigésima terceira do contrato de locação (f. 499), as partes elegeram o foro da Comarca de Leopoldina para dirimir qualquer dúvida ou solucionar qualquer conflito concernente ao instrumento contratual em questão, “renunciando a qualquer outro por mais privilegiado que seja ou venha a ser”.

Logo, rejeito a preliminar arguida.

II - Do mérito.

Afastadas as preliminares arguidas, passo à análise do mérito.

Irresignados, os apelantes sustentam a inexistência de fraude contra credores, a inexistência de fraude à execução e a inexistência de simulação, bem como a legalidade da cláusula de vigência no contrato de locação por eles firmado.

Pois bem.

Ocorre a fraude contra credores, quando há ato de liberalidade, alienação ou oneração de bens ou direitos, capaz de levar o devedor à insolvência.

Para sua configuração, mister a presença dos seguintes requisitos: que a dívida seja anterior à alienação, sendo que esta seja capaz de levar o devedor ao estado de insolvência - *eventus damni* - e que reste configurado o *consilium fraudis*.

Para Washington de Barros Monteiro, tem-se por *consilium fraudis*: “a má-fé, o intuito malicioso de prejudicar”, e por *eventus damni*: “todo ato prejudicial ao credor, por tornar o devedor insolvente, ou por ter sido praticado em estado de insolvência” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil* - parte geral. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 219).

Cumpra ao requerente provar, além de sua condição de credor anterior ao ato que pretende invalidar, a fraude do devedor em conluio com terceiros, bem como o prejuízo concreto daí advindo.

Para os fins estabelecidos no art. 158, do CC de 2002, é pacífica a aceitação no ordenamento pátrio de que a fraude será presumida com a ocorrência exclusiva do elemento objetivo do *eventus damni*, ao lado da existência prévia do crédito, sem os quais o credor restará cerceado em sua pretensão revocatória.

O credor deve ainda ter ciência da situação de insolvibilidade do devedor, bem assim o conhecimento da fraude, para que possa pleitear em Juízo a respectiva ação pauliana.

A fraude contra credores só se caracteriza se o devedor já era insolvente ao tempo da alienação fraudulenta ou se, em razão dela, tornar-se insolvente.

Por sua vez, a fraude à execução, instituto completamente distinto da fraude contra credores, abrange as situações em que estejam presentes, concomitantemente, os requisitos objetivos estabelecidos no art. 593 do CPC/1973, vigente à época da celebração do contrato de locação, a saber: a alienação em momento posterior ao ajuizamento da ação e a redução do devedor à insolvência. Além disso, deve-se ater ao requisito subjetivo, o qual se refere à má-fé do terceiro adquirente.

No que se refere ao requisito subjetivo, deve-se observar que se evidencia a má-fé quando a alienação ocorrer após a averbação da penhora ou da ação de execução na matrícula do imóvel.

Assim, nos casos em que não houver o registro da constrição, se faz necessária a demonstração de que o terceiro adquirente agiu de má-fé (*consilium fraudis*).

Vejamos o teor do art. 593 do Código de Processo Civil:

Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:

I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;

II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;

III - nos demais casos expressos em lei.

Em 2009 o Colendo Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 375 e consolidou entendimento de que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

No caso em apreço, portanto, o conjunto probatório trazido aos autos não permite averiguar a presença dos requisitos acima citados, seja para comprovação de fraude contra credores, seja de fraude à execução, não sendo possível constatar a sua existência.

Simplesmente a instrução do processo caminhou toda no sentido de embasar as alegações de simulação do contrato de locação, constatada principalmente em razão do valor irrisório dos aluguéis fixados, e da

ilegalidade da cláusula de vigência, uma vez que sobre o imóvel em questão recaía cláusula de indisponibilidade e havia registro de penhora na matrícula, anteriores à sua celebração.

Dessa forma, não há falar, de fato, em existência de fraude à execução ou fraude contra credores, destacando-se, porém, que o fundamento para a procedência da ação, nos termos da r. sentença de f. 552/554, foi justamente o reconhecimento da nulidade do contrato de locação, com base na existência de simulação, em decorrência da fixação do valor do aluguel em montante muito abaixo do praticado no mercado, e da irregularidade da cláusula de vigência.

Assim, cumpre rebater as alegações dos apelantes concernentes à inexistência de simulação e à legalidade da cláusula de vigência.

Conforme matrícula do imóvel objeto da lide, sob nº 25.778 (f. 37/42), o contrato de locação firmado pelos apelantes foi registrado em 30/3/2011.

No entanto, como se vislumbra, em 16/10/2010, havia sido procedido registro de penhora do imóvel objeto da matrícula, para assegurar o pagamento da importância de R\$2.869.445,31 (dois milhões, oitocentos e sessenta e nove mil, quatrocentos e quarenta e cinco reais e trinta e um centavos), devido à autora do processo nº 0010617-39.2009.8.19.0021, Crescer Fomento Comercial Ltda., promovido em face da requerida, ora apelante, Nova América S/A.

Ainda, em 27/12/2010, fora promovida a averbação de indisponibilidade de referido imóvel, em razão de ação de execução fiscal, ficando impedida a transferência do mesmo.

Posteriormente, em 29/2/2012, o imóvel foi arrematado em hasta pública por Maria Lopes dos Santos, e, depois, em 23/11/2012, foi vendido aos autores, ora apelados.

Dessa forma, incontestemente que, quando da celebração do contrato de locação com cláusula de vigência, e seu respectivo registro, já havia sobre o imóvel restrições concernentes em averbação de indisponibilidade e registro de penhora.

Evidencia-se que a indisponibilidade de bens constitui uma vedação imposta ao proprietário do bem de aliená-lo/transfere-lo para outrem ou gravá-lo com ônus real. Portanto, se há indisponibilidade, há que se impedir que o devedor aliene tais bens ou que sobre estes recaiam novos gravames.

Sobre a indisponibilidade de bens, ensina Luiz Guilherme Loureiro :

A indisponibilidade de bens é forma especial de inalienabilidade e impenhorabilidade, impedindo o acesso de títulos de disposição ou oneração, ainda que formalizados anteriormente à decretação da inalienabilidade (Ap. 029.886-0/4, SP, j. em 4/6/1996)” (LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros Públicos - Teoria e Prática*, 2. ed. revista e atualizada, São Paulo: Método, p. 64).

Por outro lado, evidencia-se que somente é conferida publicidade ao contrato de locação, através de seu registro na matrícula do imóvel locado, para que se tenha eficácia *erga omnes*.

Acerca desse tema ensina Sílvio de Salvo Venosa:

O contrato de locação, com o registro imobiliário, permite que o locatário oponha seu direito de preferência *erga omnes*, isto é, perante qualquer um que venha a adquirir a coisa locada. [...] Na hipótese, mais



comum na prática, de não estar o contrato devidamente registrado, abre-se ao inquilino a possibilidade de pedir indenização, pelo procedimento ordinário ou sumário. Nessa ação, só logrará êxito se provar o efetivo prejuízo, lucros cessantes e danos emergentes (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do Inquilinato comentada*, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 169/171).

Portanto a questão tormentosa restringe-se em deliberar sobre a possibilidade ou não do registro do contrato de locação, quando já há inscrição da indisponibilidade sobre o mesmo imóvel.

Acerca do assunto, Fabrício Coutinho salienta que, quando se trata de imóvel urbano, embora o contrato em análise não gere direito real sobre imóvel, a formalização de certas garantias vinculadas à locação não depende exclusivamente da assinatura dos signatários, sendo indispensável o seu ingresso no cartório de registro de imóveis, sustentando ainda que:

A repercussão do contrato de locação no fôlio real está ajustada na Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, denominada Lei de Registros Públicos. Uma prévia observação a ser feita é que a apresentação deste contrato no registro imobiliário será uma garantia do locatário, pois, nos termos do artigo 220 são considerados, para fins de escrituração, credor e devedor, respectivamente, o locatário e o locador. O primeiro efeito deste contrato, inserto na Lei de Registros Públicos, está descrito no artigo 167, inciso I, item 3, o qual dispõe que será feito o registro dos contratos de locação de prédios, nos quais tenha sido consignada cláusula de vigência no caso de alienação da coisa locada. Como se observa, além de ter que ser expressa no instrumento contratual, a simples menção desta cláusula no contrato não é suficiente para que o locatário tenha garantido o direito à continuidade do contrato, em eventual alienação do imóvel. Por outro lado, caso o contrato que contenha a referida cláusula esteja devidamente registrado, o posterior adquirente não poderá opor a efetivação do seu direito real de propriedade, quando decorrente de atos como compra e venda, permuta, dação em pagamento, entre outros, para a desconstituição da garantia [...] (COUTINHO, Fabrício Petinelli Vieira. *O contrato de locação no registro de imóveis*. Disponível em [www.ambito-jurídico.com.br](http://www.ambito-jurídico.com.br) Acesso em 16/09/2016).

A indisponibilidade do imóvel locado em razão de penhora realizada em ação de execução fiscal (dívida ativa da União, de suas autarquias e fundações públicas) também inviabiliza o registro. De acordo com o parágrafo primeiro do art. 53 da Lei 8.212/91, os imóveis penhorados ficam, desde logo, indisponíveis. Em razão disso, não se registra contrato de locação com cláusula de vigência, embora a mera locação não implique ato de disposição do bem (GUEDES, Fábio Thadeu Ferreira. *Algumas ponderações sobre alienação do imóvel durante o prazo de vigência do contrato locativo*. Disponível em [www.civileimobiliario.web971](http://www.civileimobiliario.web971) Acesso em 16/9/2016. p. 15/16).

O mesmo autor salienta que, mesmo que o instrumento que implique ato de disposição ou oneração tenha sido formalizado anteriormente à ordem de indisponibilidade, não será levado a registro posteriormente à constrição:

Contrato de locação. Indisponibilidade de bens. Registrada a constrição (art. 53, § 1º, da Lei 8.212/91, regulamentado pelo art. 93, § 1º, do Decreto 2.173/97), o imóvel se torna indisponível, impedindo o acesso do contrato de locação (Procedimento de Dúvida nº 100.09.348422-3, Rel. Gustavo Henrique Bretas Marzagão, 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, j. em 23/2/2010).

Contrato de locação. Bem objeto de penhora em executivo fiscal. Fazenda Nacional. Imóvel indisponível. Registro denegado (Procedimento de Dúvida nº 100.09.348422-3, Rel. Gustavo Henrique Bretas Marzagão, 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, j. em 23/2/2010).

O contrato particular de locação cuja cópia consta de f. 43/52 é ineficaz em relação a terceiros, em especial àquele em benefício de quem a indisponibilidade foi decretada, não lhe podendo ser conferida eficácia *erga omnes* por meio do registro.

Com o registro imobiliário, a publicidade dessas cláusulas passa a ser *erga omnes*, obrigando a terceiros que adquiriram o bem. Assim, existindo publicidade do contrato, mediante registro em cartório competente, se o locatário não exercer o seu direito de preferência, eventual comprador estará obrigado a esperar pelo menos dez anos até o fim da locação, o que não se pode admitir no caso em questão.

Existindo registro de penhora e averbação de indisponibilidade do bem, o contrato de locação com cláusula de vigência levado a registro obsta o principal intuito das restrições.

Nesse sentido, ressalta-se que a locação não se contrapõe à indisponibilidade (uma e outra estão em planos diferentes), o mesmo, porém, não se dá em relação à inscrição (*lato sensu*), que vai ao plano real - e, portanto, não pode ser admitida, enquanto indisponibilidade houver:

Registro de imóveis. Dúvida. Imóvel cujo domínio está indisponível por ordem judicial. Possibilidade de locação, mas não da inscrição (*lato sensu*) de cláusula de vigência ou de cláusula de preferência em caso de alienação do imóvel. - A averbação de indisponibilidade, decorrente de ordem legalmente expedida e inscrita anteriormente, retira da propriedade imobiliária a sua disponibilidade - Dúvida procedente (TJSP- Processo nº 0074228-83.2013.8.26.0100 CP-428 - Dúvida - Registro de Imóveis 14º Oficial de Registro de Imóveis Samambaia Participações e Representações Ltda. DJe de 7/4/2014-SP).

No mesmo sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, em caso análogo, ponderando sobre a impossibilidade de registro de contrato de locação quando houver averbada a indisponibilidade do bem:

Registro público. Procedimento de dúvida. Iniciativa do 3º Cartório de Registro de Imóveis. Mandado judicial de registro. Impossibilidade de cumprimento. Indisponibilidade dos bens. Art. 53, § 1º, Lei 8.212/91 (Apelação Cível nº 1.0024.08.220963-6/001. Rel. Des. Moreira Diniz, j. em 2/4/2009, p. em 8/5/2009).

Logo, conclui-se que, ao decretar a indisponibilidade dos bens de uma pessoa, o Judiciário tem como objetivo impedir que o devedor aliene seus bens ou que sobre estes recaiam novos gravames. Dessa forma, assegura-se patrimônio suficiente para o pagamento de eventuais débitos. Via de regra, esses bens são levados à hasta pública, devendo estar livres e desembaraçados.

Com o registro imobiliário, a publicidade de cláusulas contratuais prevendo o direito de preferência e de vigência passa a ser *erga omnes*, obrigando terceiros que adquiram um bem levado à hasta pública. Nesses casos, a anotação no fôlio imobiliário inevitavelmente gera um ônus sobre o prédio, inviabilizando o decreto de indisponibilidade. É este o exato caso dos autos, razão pela qual já se mostra nulo o contrato locatício celebrado entre os apelados.

Ademais, razão assiste aos autores, ora apelados, também no que tange à existência de simulação, evidenciada principalmente em razão do preço irrisório do aluguel fixado, muito abaixo dos parâmetros de mercado.

Nesse contexto, deve-se registrar que a simulação é causa de anulação do negócio jurídico e configura-se na manifestação enganosa da vontade, a qual visa aparentar negócio diverso daquele efetivamente desejado. Na simulação o negócio jurídico celebrado, na verdade, não pretende atingir o efeito que juridicamente devia produzir.

A simulação é assim regulada por nosso Código Civil:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

No que tange à comprovação da simulação, vale registrar que, como bem ensina Sílvio de Salvo Venosa (*Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 483-484):

O intuito da prova da simulação em juízo é demonstrar que há ato aparente a esconder ou não outro. Raras vezes, haverá possibilidade da prova direta. Os indícios avultam de importância. Indício é rastro, vestígio, circunstância suscetível de nos levar, por via de inferência, ao conhecimento de outros fatos desconhecidos. A dificuldade da prova nessa ação costuma desencorajar os prejudicados.

Pois bem. No caso particular dos presentes autos, tenho que os indícios da ocorrência de simulação são suficientemente vastos a comprová-la, após uma análise minuciosa do conjunto probatório.

Além da clara ocorrência de ilegalidade, caracterizada pelo registro de contrato de locação com cláusula de vigência na matrícula de imóvel no qual havia averbação de indisponibilidade, após a oitiva de testemunhas e realização de perícia, ficou clarividente a pactuação do aluguel em valor assustadoramente módico, em total prejuízo ao locador.

Nota-se da cláusula terceira e seus parágrafos (f. 492/493), que o valor do aluguel foi fixado em R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais). O parágrafo quarto, por outro lado, concede à locatária uma carência no pagamento do aluguel pelo prazo de 03 (três) meses, sem especificar qualquer razão para tanto.

Por sua vez, o parágrafo quinto concede ainda, à locatária, um desconto mensal de 50% (cinquenta por cento) do valor do aluguel, em razão do suposto estado de conservação precário do imóvel, para compensar os gastos com a reforma necessária, sem, contudo, especificar as benfeitorias a serem realizadas.

Realizada perícia com vistoria no local do imóvel (f. 430/454), a *expert* concluiu que o valor para locação do mesmo seria de R\$ 3.390,05 (três mil, trezentos e noventa reais e cinco centavos), valor muito superior, portanto, ao valor pactuado entre os contratantes, mesmo sem se considerar o desconto de 50% aplicado.

Ainda, corroborando com a conclusão pericial, as testemunhas afirmaram em seus depoimentos:

[...] que eu conheço o imóvel, uma vez que eu trabalhei como oficial de justiça *ad hoc* na comarca; que eu participei de uma reintegração de posse naquele local; que o aluguel do galpão gira em torno de R\$3.500,00; que um galpão de 350 metros, dito de porte médio, gira em torno desse valor, tendo em vista o local do imóvel; que o imóvel em questão deve ter aproximadamente 350 a 370 metros quadrados; que

eu realizei duas reintegrações de posse no local; que o comentário na cidade era de que a Nova América estava tentando evitar o leilão e fez um contrato (Luiz Cláudio Procópio - f. 487).

[...] que trabalha no departamento financeiro da Via Mundo; que tem conhecimento da existência de um contrato de locação firmado entre a Via Mundo e a Nova América; que o objeto do contrato é um galpão na cidade de Leopoldina; que a depoente fazia o pagamento dos aluguéis; que a locação teve seu início de vigência em março de 2005; que o valor inicial era de R\$2.000,00; que o contrato encerrou-se em 2008; quando o valor do aluguel era no entorno de R\$3.000,00; que os últimos pagamentos eram em torno de R\$4.300,00 (...)” (Maria Ângela de Souza Ribeiro - f. 422, v.).

Ademais, o próprio locatário, em seu depoimento pessoal (f. 485), alegou que “sabia que o imóvel estava ‘enrolado’ e que ‘fiz o registro deste contrato, pois fui orientado a tanto, em face da insegurança pelo risco de perda de um outro imóvel’. Aduz, ainda, que os descontos no valor do aluguel se deram em razão do estado de depreciação em que se encontrava o imóvel e da necessidade de realização de diversas obras, porém afirma que “não houve aferição sobre o término das obras, eu suponho, pois as despesas por mim apresentadas foram inferiores às dos outros locatários”.

Deste modo, demonstrada claramente a simulação no contrato de locação, fixando o aluguel em valor extremamente baixo, além da nulidade da cláusula de vigência e registro do contrato em cartório, tendo em vista a existência de prévia averbação de indisponibilidade sobre o imóvel.

Logo, por todo o acima exposto, não resta dúvida quanto à nulidade do contrato objeto da lide, sendo patente a procedência da presente demanda e o direito dos autores, ora apelados, à imissão na posse do bem.

Quanto ao valor da indenização por perdas e danos, não merece reforma, devendo ser mantida nos exatos moldes do estabelecido em sentença, uma vez que os apelantes não se insurgem especificamente em relação ao *quantum* fixado, limitando-se a alegar que o contrato não é nulo.

Por todo o exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso e mantenho a r. sentença incólume.

Custas recursais pelos apelantes. Majoro os honorários advocatícios sucumbenciais para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ROGÉRIO MEDEIROS e LUIZ CARLOS GOMES DA MATA.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Danos morais - Ausência - Notícia sob fato criminoso - Sentença absolutória do denunciado - Manutenção de notícia sobre os fatos em plataforma *on line* - Possibilidade - Informação sem cunho difamatório ou calunioso - Direito ao esquecimento - Tutela inibitória de retirada das notícias - Cabimento

- É papel da imprensa informar a coletividade de forma objetiva sobre fatos relevantes ocorridos na sociedade, veiculando a notícia de forma fidedigna e imparcial.

- Não há se falar em ocorrência de danos morais quando a empresa que veicula notícia de fato criminoso se atém aos limites dos fatos como relatados pela autoridade policial nos termos do boletim de ocorrência respectivo, levando informação à população.

- No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21). Alguns autores também afirmam que o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

- É cabível a tutela inibitória de retirada das notícias da plataforma de empresa que veicula informação na seara da imprensa em face do aclamado direito ao esquecimento, que ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana, sob a orientação da técnica de ponderação no que tange aos princípios constitucionais da liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0342.13.010730-9/001 - Comarca de Ituiutaba - Apelante: Renato Dias Rocha - Apelada: Rede Vitoriosa de Comunicações Ltda. - Relatora: DES.<sup>a</sup> JULIANA CAMPOS HORTA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de agosto de 2018. - *Juliana Campos Horta* - Relatora.

### Voto

DES.<sup>a</sup> JULIANA CAMPOS HORTA - Cuida-se de apelação interposta por Renato Dias Rocha contra sentença de f. 97/104, no bojo da ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais proposta contra Rede Vitoriosa de Comunicações Ltda. que julgou parcialmente procedentes os pedidos, unicamente para determinar que a parte ré retire quaisquer notícias do autor que tenha relação com o crime descrito na inicial, confirmando a tutela de urgência concedida, afastando-se, todavia, a condenação à compensação por danos morais, já que ausentes.

Inconformado, recorre o autor.

Em suas razões, defende que procurou a parte ré, requerendo que fossem retiradas as notícias caluniosas a seu respeito, notadamente por já ter transcorrido o período de 2 anos desde o trânsito em julgado da sentença que o absolveu das acusações.

Reclama que a parte ré manteve a veiculação das notícias em seus canais de informação, tendo retirado as referências somente após o deferimento da tutela de urgência no bojo do presente processo.

Pondera que a empresa ré incorreu em ato ilícito, já que abusou de seu direito de divulgação e informação, violando o art. 187 do CC, devendo-se, pois, compensar o autor pelos danos morais sofridos.

Discorre sobre os direitos da personalidade, notadamente o direito à imagem, buscando ainda a aplicação da Súmula 403 do STJ ao caso.

Pugna pelo provimento do recurso, para que a ré seja condenada ao pagamento de compensação pelos danos morais sofridos.

Contrarrazões nas f. 121/130.

É o relatório.

Constatada a presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Cuida-se de ação de obrigação de fazer *c/c* indenização por danos morais em que o autor, ora apelante, requer que a ré apelada, seja condenada ao pagamento de valor compensatório, tendo em vista sua conduta ilícita de manter reportagens vinculadas ao nome e imagem do autor, relativas a crime pelo qual foi ele absolvido, mesmo após anos do trânsito em julgado da sentença criminal absolutória.

Pois bem.

No caso em análise, ao se estudar o conteúdo probatório, tenho que razão não atende ao apelante.

Veja-se que a empresa apelada divulgou notícia informativa, sem trazer a lume tom depreciativo, a redação dos fatos foi imparcial, tendo se limitado aos termos do boletim de ocorrência de f. 34/69 dos autos.

Registre-se ainda que não há nos autos qualquer comprovação de que o autor, ora apelante, interpelou efetivamente a ré para que esta retirasse as notícias do fato de seus veículos de informação, o que não passou de meras alegações, ausente qualquer lastro probatório de que tenha ele buscado solução administrativa junto à apelada, não havendo se falar em conduta ilícita da ré.

O fato de a sentença ter transitado em julgado em favor do apelante, não pressupõe que a apelada devesse ter ciência do fato e contra ele promover medidas satisfativas de proteção ao réu, notadamente em razão do direito à informação e dos princípios da liberdade de imprensa, e vedação da censura.

O direito à intimidade e honra do autor não restou lesionado por qualquer conduta da apelada, registre-se ainda que os fatos são relativamente recentes, não havendo se falar em reavivamento na memória coletiva de fato calunioso contra o apelante, a uma porquanto a sentença transitou em julgado em 2012 e a ação foi ajuizada em 2013, a duas pelo fato de que o apelante fora absolvido do fato, a duas por não ter o apelante comprovado que requereu a medida inibitória anteriormente ao ajuizamento da ação.

Sob outra perspectiva, como bem ponderado pelo juízo primevo, é de bom alvitre que a medida inibitória de retirada das notícias da plataforma da apelada se perpetue em face do aclamado direito ao esquecimento, que ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana, o que foi feito, sob a orientação da técnica de ponderação no que tange aos princípios constitucionais da liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Na lição do professor Márcio Lopes Cavalcante:

No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21). Alguns autores também afirmam que o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) (<https://www.dizerodireito.com.br/2013/11/direito-ao-esquecimento.html>, acessado em 27/06/2018)

Nesse sentido a doutrina de Flávio Tartuce:

Outro direito da personalidade que não está escrito em qualquer norma jurídica é o direito ao esquecimento, tão debatido na atualidade por doutrina e jurisprudência. No campo doutrinário, tal direito foi reconhecido pelo Enunciado n. 531 do CJF/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013 e com o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. De acordo com as justificativas da proposta publicadas quando do evento, “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”. Ainda em sede doutrinária, e em complemento, vale dizer que, na VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2015, foi aprovado o Enunciado n. 576, estabelecendo que o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória. Assim, nos termos do art. 12 do Código Civil, cabem medidas de tutela específica para evitar a lesão a esse direito, sem prejuízo da reparação dos danos suportados pela vítima.

[...]

De toda sorte, consigne-se que o grande desafio relativo ao chamado direito ao esquecimento diz respeito à amplitude de sua incidência, com o fim de não afastar o direito à informação e à liberdade de imprensa. Tanto isso é verdade que foi levantada uma repercussão geral sobre o tema perante o Supremo Tribunal Federal que, em breve, deve se pronunciar sobre a temática (Agravo no Recurso Extraordinário 833.248).

Nesse passo, andou bem o magistrado, devendo-se manter a sentença *a quo* por seus próprios e jurídicos fundamentos, precipuamente por não restar configurado abuso de direito pela apelada ao veicular notícia de fatos criminosos, que foram relatados com viés unicamente informativos à coletividade.

Ademais, não é outro o entendimento deste egrégio Tribunal, vejamos:

Direito constitucional. Direito civil. Matéria jornalística que divulga ocorrência policial. Informação reportando o nome da parte autora como acusada de tráfico de drogas e homicídio. Posterior absolvição no juízo penal. Prazo prescricional. Causa obstativa do transcurso do prazo. Artigo 200 do CC/02. Reconhecimento. Danos morais. Inexistência. Matéria que simplesmente informa os fatos ocorridos sem realizar qualquer juízo de valor. Manutenção da matéria jornalística após a absolvição no juízo criminal. Ponderação entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Direito ao esquecimento. Preponderância. Determinação judicial para que se retire a matéria jornalística do sitio eletrônico. Possibilidade. Tutela de direitos constitucionais. Necessidade. Sentença reformada parcialmente. I. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva



sentença definitiva, nos termos do artigo 200, do Código Civil. II. A matéria jornalística vinculada por sítio eletrônico que aponta a ocorrência de fatos tais como a prisão de pessoas acusadas por tráfico de drogas e crime de homicídio não causa dano moral indenizável, diante da conduta lícita e o exercício regular do direito de informar. III. Por outro lado, a manutenção da matéria jornalística no ar, mesmo após conhecimento pelo veículo da imprensa que a propagou acerca da absolvição da parte quanto aos fatos narrados, é necessário realizar juízo analítico de ponderação entre o direito em suposto conflito: liberdade de expressão e direitos da personalidade. IV. Segundo doutrina do brilhante Min. Luís Roberto Barroso, quando da análise de ponderação entre os direitos constitucionais de liberdade de expressão e direito da personalidade, pode o julgador, a seu juízo, adotar oito critérios, ou elementos, para melhor solução do caso concreto posto em análise, sendo eles: (i) veracidade dos fatos; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação da tese; (vii) existência de interesse público na divulgação dos fatos relacionados com a atuação dos órgãos públicos; (viii) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia de divulgação. V. Inexistindo interesse público na manutenção da matéria jornalística publicada online que aponta os fatos desabonadores a parte autora, assim como constatada a sua absolvição no juízo criminal, deve preponderar o direito à boa imagem, nome e esquecimento dos fatos à parte autora, determinando, assim, que a parte ré proceda na imediata retirada do conteúdo ainda disponível no sítio eletrônico (Apelação Cível 1.0024.14.075885-5/001, Rel. Des. Luiz Artur Hilário, 9ª Câmara Cível, j. em 5/6/2018, p. em 19/6/2018).

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais. Notícia veiculada em jornal impresso. Direito à imagem. Liberdade de imprensa. Ausência de abuso. Veracidade das informações. Ausência de dano moral. 1. São direitos constitucionalmente protegidos a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, inciso X) e a liberdade de informação (art. 220), devendo ser observado, em caso de conflito, se houve abuso desta e ofensa àquelas. 2. Se a reportagem é clara ao informar que os fatos noticiados estão sendo objeto de investigação, a indicação do nome do autor na lista de investigados não caracteriza ato ilícito, sobretudo porque se tratar de suspeita de ato de improbidade, com evidente interesse público envolvido (Apelação Cível 1.0024.12.244588-5/002, Des. Octávio de Almeida Neves (JD convocado), 15ª Câmara Cível, j. em 24/5/2018, p. em 30/5/2018).

Apelação cível. Ação de indenização. Dano moral. Publicação de matéria jornalística. Ausência de *animus injuriandi e caluniandi*. Caracterização de interesse público. Notícia baseada em informações fornecidas por autoridades. Notícia relacionada a evento criminal. Repercussão na sociedade. Prevalência do interesse público. Caracterizado o interesse público da notícia, e não vislumbrados *animus injuriandi e caluniandi*, não há condenação à indenização por ofensa à honra e à imagem, sob pena de cercear-se a indispensável atividade da imprensa, merecendo ser mantida a sentença que isenta o periódico de condenação (Apelação Cível 1.0024.04.456869-9/003, Rel. Des. Afrânio Vilela, 11ª Câmara Cível, j. em 19/8/2009, p. em 8/9/2009).

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a decisão combatida.

Custas e honorários pelo apelante, inclusive os recursais, que hora arbitro em 5% do valor da causa, suspensa a exigibilidade por litigar sob as benesses da gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator o JD. convocado OCTÁVIO DE ALMEIDA NEVES e o DESEMBARGADOR DOMINGOS COELHO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.



Apelação cível - Direito à saúde - Ação ordinária - Município de Muriaé - Fornecimento de suplemento alimentar - Leite sem lactose - Legitimidade do Município - Lei estadual nº 13.317/99 - Imprescindibilidade do insumo - Demonstração - Fornecimento condicionado à apresentação de receita atualizada - Responsabilidade civil - Indenização por danos morais - Não configurado - Honorários advocatícios sucumbenciais - Fixação e distribuição do ônus

- É dever do Município o fornecimento de suplementos nutricionais (Lei estadual nº 13.317/99, art. 71, II). Comprovada a imprescindibilidade do suplemento alimentar para manter sua adequada nutrição, a ele faz jus a paciente.

- Na hipótese de conduta omissiva do Estado, impõe-se a demonstração de dolo ou culpa, além do nexo de causalidade entre a omissão atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro.

- Não configurada a responsabilidade do Município pelo não fornecimento administrativo do insumo pleiteado, ante a ausência de dano suportado pela paciente.

- As ações judiciais da competência da Justiça da Infância e da Juventude são isentas de custas e emolumentos, contudo, tal dispositivo não abrange a verba honorária.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.13.011043-0/002 - Comarca de Muriaé - Apelante: Município Muriaé - Apelado: B.F.S.E., representado p/ mãe D.F.E. - Relatora: DES.<sup>a</sup> ALICE BIRCHAL**

### Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018. - *Alice Birchal* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.<sup>a</sup> ALICE BIRCHAL - Relatório.

Trata-se de recurso de apelação, interposto pelo Município de Muriaé, contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito do Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Muriaé, que, nos autos da ação ordinária, ajuizada por B.F.S.E., representada por sua genitora D.F.E., julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o réu a fornecer à autora leite sem lactose, na proporção mensal de trinta litros por mês, desde que apresentada receita médica atualizada a cada dois meses; bem como a pagar a importância de R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais) a título de danos morais em favor da autora, que será corrigido

monetariamente de acordo com a Tabela da CGJMG a partir da publicação da sentença, com juros de mora de 1% ao mês, contados do evento danoso. Sem custas e honorários, nos termos do art. 141, § 2º, do ECA (f. 300/305).

Inconformado, nas razões recursais de f. 307/324, o apelante argumenta que não restou demonstrada a prática de ato ilícito passível de ser indenizado. Afirmo que a justificativa para corroborar o pedido de indenização por danos morais de que o fornecimento do insumo foi negado pela via administrativa não restou comprovado.

Confirma que a reparação do dano moral deve ser amparada pelo convencimento da efetiva ofensa à dignidade e à violação das integridades física, psíquica e moral, não podendo ser confundida com o mero aborrecimento ou dissabor.

Aduz o flagrante cerceamento de defesa, pois é necessária a prova pericial para o desate da demanda, haja vista que o direito pleiteado está diretamente ligado à existência da doença que alego ser portadora a autora.

Corroboro a ausência de responsabilidade do Município no fornecimento do insumo suplicado na inicial, pois não se encontra previsto na Rename e na Remune, sendo, portanto, considerado como excepcional/alto custo, cujo fornecimento é atribuído ao Estado.

Esclarece que a sentença não observou a Recomendação nº 04/2017 da CGJ/MG, causando incalculável prejuízo ao erário municipal.

Alega a indisponibilidade financeira para arcar com o insumo requerido, o que viola a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial dos direitos fundamentais.

Eventualmente, sustenta a fixação dos honorários de sucumbências em face da apelada. E, caso mantida a sentença, sejam minorados para módico valor, atendendo aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Requerem, por fim, o provimento do recurso e a consequente reforma da r. sentença, para reconhecer a inexistência do dano moral e a ausência de responsabilidade do Município em fornecer o insumo vindicado. Eventualmente, pretende a fixação de honorários advocatícios de sucumbência e a redução do valor atribuído aos danos morais.

Devidamente intimada, a apelada apresentou contrarrazões, impugnando as razões recursais (f. 325/332).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso do Município (f. 337/341-v.).

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Juízo de admissibilidade.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Mérito.

Cinge-se a controvérsia a aferir a responsabilidade do ente municipal, ora apelante, pelo fornecimento de insumo vindicado pela apelada e pelos danos morais causados em virtude da negativa de seu fornecimento na via administrativa.

Fornecimento de suplemento alimentar.

A princípio, não se pode negar que o direito à saúde é um dos bens jurídicos mais importantes protegidos pelo ordenamento vigente, porquanto, no Estado Democrático de Direito, não haja interesse maior do que a vida de seus cidadãos.

Sobre o tema, importa ressaltar que, em observância aos princípios do SUS, os gestores públicos deverão atuar no sentido de viabilizar o alcance do propósito da Política Nacional de Alimentação e Nutrição de forma articulada, sendo responsabilidade do gestor municipal receber e/ou adquirir alimentos e suplementos nutricionais, garantindo o abastecimento de forma permanente e oportuna, bem como a sua dispensação adequada (Anexo XCII, item 4.4, Portaria do Ministério da Saúde – GM/MS nº 2.048, de 3/9/2009).

Por sua vez, o art. 71 da Lei estadual nº 13.317/1999, instituidora do Código de Saúde do Estado de Minas Gerais, confere às Secretarias Municipais de Saúde a atribuição de fornecer alimentos e suplementos nutricionais à população.

Sob tal perspectiva, é cediça a legitimidade do Município para figurar no polo passivo da demanda, de acordo com o art. 71 da Lei estadual nº 13.317/1999, instituidora do Código Estadual de Saúde, que conferiu às Secretarias Municipais de Saúde a atribuição de fornecer alimentos e suplementos nutricionais à população.

Pois bem. A controvérsia disposta trata da possibilidade e da necessidade de o Município de Muriaé fornecer dieta alimentar – leite sem lactose –, na quantidade prescrita pelo médico, à criança B.F.S.E., em razão de ser portadora de intolerância à lactose.

No que concerne ao cabimento de medida judicial para impelir a Administração Pública a fornecer o aludido suplemento alimentar, friso que esta deve ser amparada na demonstração cabal de sua necessidade, no caso concreto.

Observo que, embora a ação tenha sido proposta em agosto de 2013, quando a criança possuía sete meses (f. 22), utilizou-se de prova produzida àquela época para vindicar a quantidade de 60 litros/mês de leite sem lactose (f. 23). Esse fato, todavia, gerou certo equívoco no transcorrer do feito, assentado nos autos, em que consta, em novembro de 2013, que, para uma criança de 11 meses, esse consumo seria excessivo, pois “não é alimento único para a criança”, sendo vindicada a redução da quantidade prescrita para 30 litros/mês (f. 277). Posteriormente, em junho de 2014, prescreveu-se a necessidade de 40 litros/mês, quando a infante já possuía um ano e cinco meses (f. 280).

Dito isso, não olvido que a peculiaridade, relativa à faixa etária da criança, faz significativa diferença, por duas relevantes razões.

Primeiramente, segundo o “Caderno da Criança: Nutrição Infantil, Aleitamento Materno e Alimentação Complementar”, destinado às equipes de Saúde da Família pelo Ministério da Saúde, apesar de todas as evidências científicas, provando a superioridade da amamentação sobre outras formas de alimentar a criança pequena, e apesar dos esforços de diversos organismos nacionais e internacionais, as taxas de aleitamento materno no Brasil, em especial as de amamentação exclusiva, estão bastante aquém do recomendado, e o profissional de saúde tem um papel fundamental na reversão desse quadro.

Nesse contexto, registro que os únicos elementos de prova que fundamentam o pedido são duas receitas médicas colacionadas às f. 23 e 280, que não trazem qualquer informação acerca da situação nutricional da

criança, além do motivo concreto da não amamentação exclusiva, indicada para um bebê, de modo a justificar a utilização de “fórmula alimentícia”.

Outrossim, observo que a infante possuía sete meses de vida ao tempo da propositura da demanda. Logo, é imprescindível ponderar que, nessa faixa etária, um bebê não mais se alimenta exclusivamente de leite, tendo em vista que, a partir dos 6 meses, são introduzidos novos alimentos – como legumes e frutas –, capazes de suprir as suas necessidades nutricionais.

Nesse contexto, pondero que os relatórios médicos, de agosto de 2013 e de junho de 2014, mostram a redução da quantidade prescrita para ingestão do leite sem lactose. Além disso, o receituário de novembro de 2013 afirma, com base na idade da criança, que o leite certamente já não seria o seu único alimento.

Ora, em que pese seja indiscutível a inserção de novos alimentos à dieta da infante, em razão de sua idade, inexistente assertiva de que a dieta anteriormente indicada continua a ser indispensável ou insubstituível, mormente considerando que a criança conta, atualmente, com cinco anos e 10 meses de idade.

Dessarte, é certo o respaldo constitucional a compelir o Município de Muriaé a fornecer o produto indispensável à saúde da infante, não podendo constituir escusas questões burocráticas que obstaculizem ou mesmo impeçam o fornecimento de tratamento adequado à pessoa carente, principalmente em casos como o presente, que envolve criança e não é indicada a substituição do leite prescrito por qualquer produto alternativo.

Todavia, também não olvido que a idade da infante interfere na necessidade de fornecimento do insumo, o que torna imprescindível a apresentação bimestral de receita médica atualizada para a dispensa da dieta requerida, como colocado na sentença.

Nesse ponto, confirmo a r. sentença.

Indenização por danos morais.

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

Registro, a princípio, que a responsabilidade civil da Administração Pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República de 1988, incorporou o Princípio do Risco Administrativo ao preceituar a responsabilidade objetiva do Estado e das concessionárias de serviços públicos em relação aos atos praticados por seus agentes. Desse modo, é indiferente que o agente estatal tenha agido com dolo ou culpa, bastando demonstrar o nexo de causalidade entre a atuação estatal e o dano causado ao administrado.

Contudo, na hipótese de conduta omissiva do Poder Público, vislumbra-se a possibilidade de se caracterizar a sua responsabilidade subjetiva, por omissão, ou seja, pela má prestação do serviço (*faute du service*). Noto que, ao se admitir tão somente a responsabilidade objetiva da Administração Pública, incorre-se na temeridade de transformar o Estado em uma espécie de segurador universal.

Logo, na hipótese de conduta omissiva, impõe-se a demonstração de dolo ou culpa, além do nexo de causalidade entre a omissão atribuída ao Poder Público e o dano causado a terceiro.

Nesse sentido, o colendo STJ já firmou entendimento de que “a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos” (STJ, AgRg no AREsp 501.507/RJ; REsp 1.230.155/PR ; AgRg no AREsp 501.507/RJ).

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

No caso dos autos, verifico que a parte autora afiança que sofreu danos morais em razão da negativa administrativa por parte do Município de Muriaé em fornecer-lhe suplemento alimentar.

Nesse sentido, não restou evidenciada a violação à honra ou à imagem da apelada de modo a ensejar o dever de reparação moral. Noto que não foram apresentadas provas da interferência da não disponibilização do medicamento quando foi feito o pedido administrativo, de modo a alterar ou causar desequilíbrio em seu bem-estar, ainda que aquele fosse imprescindível.

Dito isso, ante a ausência de provas minimamente razoáveis a evidenciar o contrário, consigno carecer o feito de elementos suficientes à conclusão de que a negativa do medicamento tenha causado dano moral à apelada.

A propósito, segue entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça em caso similar:

Apelação cível. Reexame necessário. Saúde. Idosa portadora de osteoporose grave. Fornecimento de fortéio teriparatida. (Lei nº 10.741/03). Inafastabilidade do direito à vida digna. Aplicação de multa. Redução. Dano moral. Inocorrência. Indenização indevida. Honorários sucumbenciais. - Comprovada a imprescindibilidade do medicamento Fortéio Teriparatida (20 MCG/dose diária) para tratamento de osteoporose grave, isso através de categóricos relatos médicos que descrevem a moléstia e necessidade de utilização do mesmo para o êxito do tratamento da paciente idosa, acompanhados de exames laboratoriais, impõe-se ordenar seu fornecimento, mormente em face da inequívoca premência de proteção à vida digna, bem jurídico maior. - Com a fixação de multa, objetiva-se não o pagamento do valor a ela relativo, mas que a parte cumpra a obrigação imposta na decisão. Apesar da finalidade coercitiva da multa, com intuito de compelir o devedor ao cumprimento da obrigação, ao magistrado é reconhecida a possibilidade de reduzi-la quanto for excessiva ou fixar um valor limite/teto para cobrança, conforme art. 461, § 6º, do CPC. - Não restando evidenciada a violação à honra ou à imagem do cidadão no caso de mera negativa de fornecimento de fármaco por parte da Administração Pública Municipal, inexistente o dever de reparação moral. - Módico deve ser o arbitramento da verba honorária sucumbencial em demandas que possuem alta complexidade e nem sequer demandam grande dispêndio de tempo de trabalho do causídico.

V.v.:

Apelação. Reexame necessário. Saúde. Medicamento. Rede pública. Protocolos de tratamento. Prova documental. Refratariedade. - Se a prova dos autos é exclusivamente documental, somente se concede medicamento excluído dos protocolos de tratamento se prescrito por profissional no exercício de atribuições de médico da rede pública de saúde e demonstrada a refratariedade do paciente aos fármacos oferecidos pelo SUS (TJMG - Ap. Cível/Reex. Necessário 1.0056.12.010759-6/002, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 31/3/2015, p. em 10/4/2015).

Ademais, sublinho que, além da ausência de evidências acerca do alegado sofrimento causado à apelada, é prudente citar que, mesmo diante da negativa do Município (f. 28), o suplemento alimentar foi dispensado à apelada, via judicial, apenas sete dias após (f. 29/32).

Logo, tendo em vista a ausência de dano moral, resta afastado o dever de o apelante indenizar a parte autora.

Honorários advocatícios.

Por fim, verifico que o Magistrado *a quo*, com base no art. 141, § 2º, do ECA, deixou de fixar honorários advocatícios sucumbenciais. Contudo, o referido dispositivo legal trata apenas da isenção de custas e emolumentos, não abrangendo a verba honorária.

Assim, nesse ponto, reformo a doutra sentença para fixar os honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

Ademais, distribuo os ônus igualmente entre as partes (50% para cada), estando suspensa a exigibilidade em relação à autora por litigar sob o pálio da assistência judiciária, e isento o réu em virtude do art. 10, inciso I, da Lei estadual de nº 14.939/2003.

Conclusão.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso de apelação, para desobrigar o Município de indenizar a apelada a título de danos morais. Além disso, fixo os honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, na forma como fundamentado.

Custas e honorários recursais, pela apelada, sendo que majoro estes últimos em mais 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme art. 85, §§ 11, do CPC. Suspensa a exigibilidade por litigar sob o pálio da justiça gratuita.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e PEIXOTO HENRIQUES.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

• • •



Apelação cível - Ação de responsabilidade civil - Compra de produto pela internet - Emissão de boleto falso - Pagamento efetuado - Produto não entregue - Fortuito interno - Dano moral - *Quantum* indenizatório - Majoração - Cabimento

- A prática de ato fraudulento por terceiro não exime o fornecedor de produtos ou serviços de reparar os danos causados ao consumidor, vítima de fraude.

- A indenização por danos morais deve ser arbitrada observando-se os critérios punitivo e compensatório da reparação, sem perder de vista a vedação ao enriquecimento sem causa e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0439.15.011564-0/001 - Comarca de Muriaé - 1º Apelante: Geraldo José da Silva Poiani - 2º Apelante: B2W Companhia Digital - Apelado: Geraldo José da Silva Poiani, B2W Companhia Digital - Relatora: DES.<sup>a</sup> MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 12 de julho de 2018. - *Mônica Libânio Rocha Bretas* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.<sup>a</sup> MÔNICA LIBÂNIO ROCHA BRETAS - Trata-se de recursos de apelação interpostos por Geraldo José da Silva Poiani (1º apelante) e por B2W Companhia Digital (2ª apelante) contra a r. sentença de f. 71/72, proferida nos autos da ação de responsabilidade civil ajuizada pelo 1º apelante em face da 2ª recorrente, em que o MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Muriaé, Dr. Maurício José Machado Pires, decidiu a lide nos seguintes termos:

Sendo assim, julgo procedentes os pedidos formulados por Geraldo José da Silva Poiani em face de B2W Companhia Digital, para condenar a parte ré a pagar à parte autora, a título de danos materiais, a quantia de R\$1.399,00 (mil trezentos e noventa e nove reais), corrigida monetariamente desde a data do pagamento do boleto e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Condeno a ré, ainda, a pagar à parte autora, a título de danos morais, a quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais), acrescida de juros de 1% ao mês a contar da data da citação e correção monetária a ser calculada pelos índices oficiais da Corregedoria, devendo incidir a partir da data de hoje. Por fim, fica a requerida condenada ao pagamento das custas processuais e ao pagamento de honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor da condenação. P.R.I.

Em suas razões de f. 75/79, requer o autor, aqui primeiro apelante, a majoração da indenização fixada a título de danos morais, sustentando que o valor arbitrado se mostra ínfimo.

Em suas razões de f. 81/88, a segunda apelante afirma que a situação dos autos se enquadra na hipótese de fortuito interno.

Alega que “a culpa exclusiva de terceiro se trata de hipótese de excludente da responsabilidade objetiva”, não sendo aplicável ao caso a teoria do risco, “posto que verificada a inserção de terceiro estranho à relação de consumo discutida no feito, fato este que jamais pode ser previsto e, portanto, assumido como risco do negócio”.

Afirma ser “incabível no presente caso qualquer tipo de indenização”, destacando que “a parte apelada não logrou êxito em demonstrar qualquer situação que pudesse ensejar a indenização por dano de ordem moral causado pela apelante que atingisse sua honra, imagem, reputação ou qualquer outro bem moral”.

Pugna, ainda, pela redução do *quantum* fixado a título de danos morais, “pois o mesmo é incompatível com os fatos, causando o locupletamento indevido do apelado, motivo pelo qual merece ser revisto”, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Contrarrazões à segunda apelação às f. 93/99.

Regularmente intimado, a apelada não apresentou contrarrazões à primeira apelação, f. 91.

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, ressalte-se a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie, nos termos do que dispõe o art. 2º da Lei nº 8.078/90, *in verbis*:

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Assim, aplica-se, nas relações de consumo, a teoria da responsabilidade objetiva nos casos de dano oriundo da falha na prestação do serviço, seja porque o serviço não funcionou, funcionou mal, ou, ainda, tardiamente.

A controvérsia cinge-se à análise da responsabilidade da RÉ, aqui segunda apelante, pelos danos materiais e morais supostamente suportados pelo autor/primeiro apelante, em virtude do pagamento de boleto falso que lhe fora enviado quando este adquiriu, via serviço de compra por telefone oferecido, uma televisão no valor de R\$1.399,00.

De pronto, cumpre destacar ter restado incontroverso nos autos o fato de que o autor, primeiro apelante, efetuou a compra de uma televisão - Smart TV 3D Led Philips, 42 polegadas, Full HD, modelo Pfg6809/78, junto à ré, segunda apelante, Pedido nº 01-42999380, e pagou o boleto por esta emitido, no valor de R\$1.399,00, no prazo assinalado, mas o produto não lhe fora entregue, ao argumento de que aquele não havia realizado o pagamento (f. 20/24).

A responsabilidade da segunda apelante é objetiva e, por tal razão, independe de comprovação de culpa e decorre do próprio risco da atividade por ela desenvolvida; contudo, é certo, também, que, nos termos do art. 14, § 3º, II, do CDC, o prestador de serviços não será responsabilizado, caso se configure hipótese de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, situação que afasta seu dever de indenizar.

Dessarte, a ocorrência de uma das referidas excludentes ensejaria o afastamento da responsabilidade da ré, segunda apelante, situação esta que não restou configurada no caso dos autos, ante a constatação de que o boleto encaminhado ao autor, primeiro apelante, era falso.

Conforme sustentado pela requerida em sede de contestação (f. 45), “tal fraude consiste na modificação do boleto bancário no momento do fechamento do pedido” e “o resultado é a geração de um boleto que aparenta ser do Bradesco e vinculado ao um pedido do site da ré, mas que, na verdade, tem outra conta credora que não a da requerida”.

Desse modo, competia à ré/segunda apelante adotar as devidas precauções em seu sistema de compras, via telefone ou internet, para evitar a geração de um boleto falso, o que ocorreu no presente feito, levando o consumidor a crer que o produto fora efetivamente comprado e lhe seria entregue.

Entendo, assim, que não há como se afastar a responsabilidade da segunda apelante pelos danos suportados pelo autor/primeiro apelante.

Quanto aos danos morais, restam evidenciados, uma vez que o produto adquirido pela internet não foi entregue e o valor pago não foi devolvido ao consumidor, porque pago a terceiro que perpetrou a fraude na emissão do boleto.

A quebra de confiança, o transtorno e a angústia associadas ao descaso da segunda apelante com o comprador, a meu ver, são passíveis de reparação civil, conforme pretendido.

É fato notório a dificuldade enfrentada pelos consumidores para conseguir cancelar os contratos ou resolver questões de toda a ordem com os prestadores de serviço em geral, considerando que as empresas tentam, a qualquer custo, manter tal vínculo, trazendo grandes dissabores aos consumidores que, na sua maioria, precisam buscar os seus direitos perante a Justiça.

Nesse diapasão, não há dúvidas de que a situação apresentada ocasionou danos morais ao consumidor, que merece ser indenizado.

Assim, restando demonstrado o dano pela efetivação da conduta antijurídica que atinge a honra e a intimidade da pessoa, não se faz necessária a comprovação de qual o grau do sofrimento ocasionado à parte.

Em casos análogos, já decidi este eg. Tribunal:

Apelação. Responsabilidade civil. Compra e venda pela internet. Pagamento do valor. Produto não recebido. Alegação de fraude. Teoria do risco. Caracterização dos requisitos ensejadores da indenização por danos morais e materiais. - A pactuação de contrato mediante fraude praticada por terceiro, por constituir risco inerente à atividade econômica das empresas, não elide a responsabilidade destas pelos danos daí advindos. - A frustração do adquirente de mercadoria em razão da ausência na entrega do produto configura dano moral passível de indenização. - Para a fixação dos danos morais, deve-se considerar a dupla finalidade do instituto, que é a punição do ofensor, como forma de coibir a sua reincidência na prática delituosa e a compensação da vítima pela dor e sofrimento vivenciados (Apelação Cível nº 1.0439.16.000302-6/001, Rel. Des. José Arthur Filho, j. 16/2/2018).

Apelação. Ação cominatória c/c indenização por danos materiais e morais. Boleto quitado pela internet. Pessoa jurídica. Ausência de repasse dos valores pelo banco. Falha na prestação do serviço. Cobranças de fornecedores e protesto. Dano moral configurado. Valor da indenização. Manutenção. - Configura

dano moral passível de indenização a ausência de repasses dos valores relativos aos boletos pagos pela pessoa jurídica, através do site do banco, quando enseja a cobrança de fornecedores, inclusive por meio de protesto. - A ausência de repasse do valor pago pelo consumidor, bem como eventual fraude no boleto, configuram fortuito interno e não excluem a responsabilidade da instituição financeira. - A indenização por danos morais deve ser arbitrada em valor suficiente para punir o ato ilícito e compensar o dano imaterial suportado, sendo que o valor estipulado na instância de origem somente deve ser revisto quando se revelar manifestamente irrisória ou excessiva (TJMG - Apelação Cível 1.0439.15.003977-4/001, Rel. Des. Octávio de Almeida Neves (JD Convocado), 15ª Câmara Cível, j. em 21/9/2017).

No que concerne ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais, passo à análise conjunta dos apelos.

No que diz respeito aos critérios de fixação da indenização por dano moral, precisa é lição de Sergio Cavalieri Filho:

Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.

[...]

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições econômicas do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed., 2003, p. 108).

No presente caso, inegável a angústia e frustração do primeiro apelante, diante da não entrega do produto adquirido e pago, à vista, o que, certamente, afetou sua tranquilidade e integridade psicológica.

O art. 944 do CCB exige o critério da proporção no arbitramento da indenização:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Sendo assim, atenta aos parâmetros supramencionados, notadamente aos critérios punitivo e compensatório da reparação moral, entendo que a quantia fixada de R\$2.000,00 (dois mil reais), de fato, não se mostra razoável e proporcional à lesão sofrida, devendo, portanto, ser majorada para o patamar, de R\$5.000,00 (cinco mil reais); importância esta que, a meu ver, devido às peculiaridades do caso concreto, revela-se adequada à reparação do dano e não atenta à vedação ao enriquecimento sem causa.

Nesse sentido:

Apelação cível. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais. Não conhecimento de parte do recurso. Ausência de interesse recursal. Majoração do valor da indenização. Deferimento. Correção monetária. Termo inicial. Honorários advocatícios. Manutenção do valor. - Não se conhece de matéria em que carece o recorrente de interesse recursal. - O montante da indenização, por danos morais, deve ser suficiente para compensar o dano e a injustiça que a vítima sofreu, proporcionando-lhe uma vantagem, com a qual poderá atenuar parcialmente seu sofrimento. - De

acordo com a Súmula 362 do STJ, a correção monetária incide desde a data do arbitramento do valor da indenização. - Mantém-se o valor da verba honorária arbitrada na sentença, tendo em vista que remunera adequadamente o trabalho realizado pelo patrono da parte. (Apelação Cível nº 1.0394.12.011049-6/001, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Edison Feital Leite, j. em 29/2/2016).

Apelação cível. Inscrição indevida. Responsabilidade civil. Danos morais. Majoração do montante. Valor dos honorários. - Para a fixação da verba honorária, devem ser sopesados os critérios estabelecidos pelo art. 20, § 3º, *a, b e c*, do CPC. Se o valor dos honorários advocatícios não atende às disposições do artigo supracitado, deve ser majorado para atender à necessidade de remuneração do causidido de forma com adequada e justa. - Na fixação do valor da indenização por danos morais devem ser levadas 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. V.v.p. - Na fixação da indenização pelos danos morais, deve-se atentar para as circunstâncias dos fatos e das partes, evitando o enriquecimento indevido, mas proporcionando à vítima uma satisfação e ao ofensor um desestímulo à prática de condutas abusivas. - A existência de outros registros em nome do autor, posteriores ou mesmo concomitantes ao discutido nos autos, apesar de não afastar a condenação por dano moral, deve refletir sobre o *quantum* indenizatório. - A correção monetária deve incidir a partir da publicação da decisão que arbitrou o valor dos danos morais (Apelação Cível nº 1.0144.13.003934-6/001, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Tiago Pinto, j. em 15/2/2016).

Com tais considerações, tenho por razoável a majoração da indenização fixada, para R\$5.000,00, acrescida de correção monetária pelos índices fixados pela CGJMG, a contar da publicação do acórdão, e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.

Dispositivo:

Diante do exposto, dou provimento ao primeiro recurso, para majorar a indenização por danos morais para R\$5.000,00, acrescida de correção monetária pelos índices fixados pela CGJMG, a contar da publicação do acórdão, e de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação e nego provimento ao segundo apelo.

Condeno a segunda apelante ao pagamento das custas recursais.

Majoro os honorários advocatícios para 17% do valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES SHIRLEY FENZI BERTÃO e MARCOS LINCOLN.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E NEGARAM PROVIMENTO AO SEGUNDO APELO.

• • •

Apelação cível - Reparação civil - Contrato de transporte de pessoas - Responsabilidade objetiva - Roubo praticado no interior de ônibus coletivo - Caso fortuito - Inexistência do dever de reparar - Sentença mantida - Recurso desprovido

- Embora o contrato de transporte de pessoas incluía a cláusula de incolumidade, respondendo o transportador independentemente de culpa, o dever de indenizar é afastado quando configurada situação excludente de responsabilidade.

- Segundo entendimento pacífico firmado no Superior Tribunal de Justiça, o roubo ocorrido dentro de ônibus configura hipótese de fortuito externo, por se tratar de fato de terceiro inteiramente independente ao transporte em si, afastando-se, com isso, a responsabilidade da empresa transportadora por danos causados aos passageiros.

- Calcada a demanda em danos decorrentes de assalto a ônibus por criminosos armados, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0693.17.012292-5/001 - Comarca de Três Corações - Apelante: Neidiane Freitas Ribeiro Carminatti - Apelada: Viação Santa Cruz S/A - Relator: DES. AMORIM SIQUEIRA**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *Amorim Siqueira* - Relator.

### **Voto**

DES. AMORIM SIQUEIRA - Neidiane Freitas Ribeiro Carminatti interpõe recurso de apelação contra a sentença de f. 78/79v, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível de Três Corações, que julgou improcedente o pedido inicial por ela formulado contra Viação Santa Cruz S/A, condenando-a ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais no montante de 10% sobre o valor da causa, de exigibilidade suspensa.

A apelante não se conforma com a sentença, tendo em vista que, a partir do momento em que as pessoas entram no ônibus, a empresa transportadora é responsável por elas, bem como por suas bagagens e objetos, detendo a apelada responsabilidade objetiva pelos danos morais e materiais por ela sofridos. Pugnou pelo provimento do recurso para acolhimento de seu pedido inicial.

Intimada a se manifestar, a apelada apresentou as contrarrazões de f. 85/89, veiculando, sobretudo, tese de excludente de responsabilidade em decorrência assalto no interior de ônibus.

Sem mais a relatar, decido.

Conheço do recurso, que é próprio, tempestivo, e está dispensado de preparo, tendo em vista a concessão da gratuidade judiciária à apelante.

Nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E, segundo o art. 927, do mesmo Diploma: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

A respeito da matéria, confira-se o escólio 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 (*Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, p. 93).

Ao tratar do contrato de transporte de pessoas, o ordenamento jurídico preceitua a responsabilidade civil objetiva da empresa que explora a atividade econômica, mediante ressarcimento de eventuais danos às pessoas, seus objetos pessoais e bagagens, exceto quando presente alguma hipótese de exclusão da responsabilidade, como força maior ou fortuito externo. Neste sentido são os artigos 734 e 735 do Código Civil Brasileiro:

Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.

Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.

Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

No caso em exame, a apelante noticiou que, no dia 14 de fevereiro de 2017, tomou um ônibus empresa requerida em Três Corações, com destino a São Paulo, juntamente com sua mãe e a filha, sendo vítima de assalto por quatro criminosos armados e experimentando, em razão disso, prejuízos de ordem material e moral.

A sentença recorrida não merece reforma.

Depreende-se de remansosa doutrina e jurisprudência que o dever de indenizar pressupõe a ocorrência de um ato ou fato ilícito e de um dano, entre os quais deve existir um nexo de causalidade.

Malgrado as disposições legais precedentes, a responsabilidade do transportador de pessoas deve ser afastada quando o ato ou fato danoso seja totalmente independente da atividade econômica de transporte de pessoas, e esteja desconectada dos riscos inerentes aos objetivos da empresa.

São hipóteses em que os danos têm como causa os fatos imprevisíveis conhecidos como fortuito externo; força maior ou culpa exclusiva da vítima.

A imprevisibilidade sempre foi indicada pela doutrina como o elemento principal a caracterizar o caso fortuito e a força maior, tendo como consequência a quebra do nexo de causalidade com relação aos danos e o afastamento do dever de indenizar.



Cito, a respeito, excertos da obra de Rui Stoco, que inicia citando Arnaldo Medeiros e consigna lição de Aguiar Dias:

Segundo seu autorizado escólio, a noção de caso fortuito ou força maior decorre de dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento, e outro, externo, ou 'subjutivo', a ausência de culpa. Adota, pois, um conceito misto no sentido de que 'não há acontecimentos que possam, *a priori*, ser sempre considerados casos fortuitos, tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que hoje é caso fortuito amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana'(caso fortuito...cit.,p. 147).

Assim, um fato poderá, ou não, ser classificado como de força maior e isentará, ou não, de responsabilidade conforme se possa caracterizar, ou não, por força do critério misto, quer dizer, pelo pressuposto da inevitabilidade e da ausência de culpa do agente.

Nas palavras de Aguiar Dias, 'o que anima as causas de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexa causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar. Esta noção atende melhor ao que se procura expressar com a noção de caso fortuito ou de força maior e prova, do mesmo passo que a ausência de culpa não satisfaz como critério capaz de caracterizar essas causas de isenção' (Da responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, p. 362-363).

Apenas para efeito de registro, cabe observar que nosso Direito consagra em termos gerais a isenção da responsabilidade quando o dano resulta de caso fortuito ou de força maior.

Em pura doutrina, distinguem-se estes eventos dizendo que o caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto ou o temporal. Na força maior há um elemento humano, a ação das autoridades (*factum principis*), como ainda a revolução, o furto ou roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação.

O estimado jurista Sérgio Cavalieli Filho tem outra visão ao entender haver diferença entre eles, assim se expressando:

[...] estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evita-lo, ainda que previsível (*Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 68).

No caso, está evidente que a demanda lastreou-se nos danos que, infelizmente, foram causados à apelante pelo assalto à mão armada, durante a execução do contrato de transporte.

Entretanto, tal situação que não comporta indenização por danos materiais ou morais, por refletir fato inteiramente estranho ao contrato de transporte, sendo aplicável a incidência de cláusula excludente de responsabilidade.

Cito, por oportuna, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no recurso especial. Responsabilidade civil. Transporte de passageiro em coletivo. Assalto. Passageiro atingido por disparo de arma de fogo. Responsabilidade do transportador afastada.

Precedentes. Inaplicabilidade. Honorários advocatícios. Justiça gratuita. condenação. Possibilidade. 1 - A Segunda Seção desta Corte Superior firmou entendimento de que, não obstante a habitualidade da ocorrência de assaltos em determinadas linhas, é de ser afastada a responsabilidade da empresa transportadora por se tratar de fato inteiramente estranho à atividade de transporte (fortuito externo), acobertado pelo caráter da inevitabilidade. 2 - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a gratuidade não afasta a condenação em honorários advocatícios, apenas suspende a sua exigibilidade pelo prazo de 5 (cinco) anos. 3 - Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 823.101/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 20/6/2013, *DJe* 28/6/2013).

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processo civil. Indenização por danos morais. Assalto no interior de ônibus coletivo. Força maior. Caso fortuito. Exclusão de responsabilidade da empresa transportadora. Configuração. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. Revelia. Presunção relativa. Provimento negado. 1 - Este Tribunal já proclamou o entendimento de que fato inteiramente estranho ao transporte (assalto no interior de ônibus) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. Entendimento pacificado pela eg. Segunda Seção desta Corte. Precedentes. 2 - Nos casos de revelia, ocorre apenas a presunção relativa de veracidade dos fatos afirmados na inicial, devendo o julgador atentar para a prova dos fatos da causa, podendo negar provimento ao pedido, como ocorreu no presente caso. 3 - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 531.739/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 5/2/2015, *DJe* de 23/2/2015).

Também a jurisprudência deste Tribunal Estadual vem se alinhando ao mesmo entendimento adotado pelo MM. Juízo de primeira instância:

Apelação cível. Ação de indenização. Contrato de transporte terrestre. Responsabilidade civil. Roubo à mão armada no interior de ônibus. Caso fortuito externo. Rompimento do nexo de causalidade. Dever de indenizar. Inexistência. Sentença mantida. Apelo improvido. - A responsabilidade objetiva do prestador de serviço de transporte público é excluída no caso de assalto à mão armada realizado no interior do coletivo. Trata-se de caso fortuito externo, tendo em vista que não relacionado à atividade empreendida pelo fornecedor de transporte (TJMG - Apelação Cível nº 1.0625.15.001808-7/001, Relator: Des. José Marcos Vieira, 16ª Câmara Cível, j. em 17/10/2018, publicação da súmula em 26/10/2018).

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Concessionária de serviço público. Transporte interestadual de passageiros. Responsabilidade objetiva. Assalto à mão armada. Motivo de força maior. Excludente de responsabilidade da empresa de transporte público rodoviário. - Tratando-se de prestação de serviço público, a responsabilidade pelos danos causados a terceiros é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. - Como dispõe o art. 734 do Código Civil, aplicável ao caso em tela, “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”. - Em tais hipóteses, compete ao autor a prova da existência do fato, do dano e do nexo de causalidade entre eles, cabendo à Requerida, por outro lado, a prova de eventual causa excludente da responsabilidade, como a força maior. - O assalto à mão armada ocorrido dentro de ônibus de transporte coletivo é hipótese equiparável ao motivo de força maior, causa excludente da responsabilidade da transportadora quanto aos danos daí decorrentes (TJMG - Apelação Cível nº 1.0470.13.005782-6/001, Relatora: Des.ª Aparecida Grossi, 16ª Câmara Cível, j. em 9/2/2017, publicação da súmula em 20/2/2017).

Amparando-se a pretensão indenizatória em fato alheio às atividades da empresa ré, é de rigor a improcedência dos pedidos.

Com tais considerações, nego provimento ao recurso e condeno a apelante ao pagamento das custas recursais e honorários, majorados ao importe de 11% sobre o valor da causa, ônus que permanecem com a exigibilidade suspensa, tendo em vista litigar a demandante sob o pálio da gratuidade judiciária.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ ARTHUR FILHO e PEDRO BERNARDES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Reexame necessário - Ação reivindicatória c/c indenização -  
Rodovia federal - Faixa de domínio - Passarela construída em faixa  
*non aedificandi* - Inviabilidade de utilização da frente de imóvel particular -  
Dano decorrente de ação do poder público - Dever de indenizar

- A Lei do Parcelamento do Solo Urbano nº 6.766/79 estabelece como um dos requisitos urbanísticos para loteamento a reserva de faixa não edificável de 15m para cada lado, ao longo das rodovias.

- O Decreto estadual nº 43.932/04, que aprova o Regulamento do Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio e Área Adjacente das Rodovias (RFDR), estabelece, para preservação do meio ambiente e do patrimônio público, a obrigatoriedade da preservação de 15m de área não edificante ao longo das rodovias.

- É vedada a construção tanto na faixa de domínio, quanto na área não edificável, se fixada, de rodovia.

- Embora o particular não possa construir em faixa de domínio, tampouco em área *non aedificandi*, o dever de indenizar decorre da desvalorização de imóvel cujo uso da parte frontal foi inviabilizado por construção de passarela.

- Comprovado que o dano decorreu de ação que viola direito de propriedade, nasce o consequente dever de indenizar.

- A ação do Poder Público que viola o direito de propriedade do cidadão impõe àquele a obrigação de reparar o dano sofrido pelo lesado.

**REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL Nº 1.0079.11.012928-9/001 - Comarca de Contagem - Remetente: Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Contagem - Autor: Sebastião Gontijo Braga - Ré: DNIT Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - 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 REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMAR A SENTENÇA.

Belo Horizonte, 6 de dezembro de 2018. - Renato Dresch - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. RENATO DRESCH - Trata-se de reexame necessário contra sentença proferida pelo Juiz Taunier C. Malheiros Lima, pelo “Programa Julgar”, na 3ª Vara Cível da Comarca de Contagem, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Sebastião Gontijo Braga na ação reivindicatória c/c indenização que formulou em face da Ceasaminas - Centrais de Abastecimento.

A presente reivindicatória c/c indenizatória foi ajuizada em face do Departamento Nacional de Infraestrutura e Terrestre - DNIT e da Ceasaminas e originariamente distribuída perante a Justiça Federal, 13ª Vara Federal da Comarca da Capital.

O autor informa que é proprietário, desde 22/6/2004, de imóvel de 1.464,75m<sup>2</sup>, matriculado sob o nº 97.819 no 1º Ofício de Notas da Comarca de Contagem, em loteamento aprovado pelo Município por meio do Decreto Lei nº 11.195/03, localizado em frente ao Ceasa, todavia, no ano de 2006, embora tenha recentemente feito a terraplanagem na frente do lote, seu lote foi invadido e iniciadas obras no local, consistente em uma “passarela, obra esta financiada pelo Ceasa e realizada pelo DNIT [...]”. Erguiu cerca no lote, contudo foi derrubada, e a obra prosseguiu, configurando invasão da frente do lote, em área aproximada de 330,72m<sup>2</sup>. Esclarece que a área remanescente é acrive acentuado e que ficou sem saída para a BR040 e, conseqüentemente, sem valor comercial.

O DNIT se manifestou, informando que o imóvel se localiza em região declarada de utilidade pública pela Portaria nº 1.183/DES, de 30/10/1995, e a faixa de domínio é de 80m, sendo 40m para cada lado da rodovia, a partir de eixo central. Ressalta que, por se tratar de para afetada ao serviço rodoviário, o exercício da posse decorre da abertura da rodovia. Afirma que a construção da passarela é resultado de clamor da população, em razão dos acidentes ocorridos no local. Conclui que a obra foi executada na faixa de domínio (f. 41/46).

A Ceasaminas contestou (f. 77/85), arguindo a ilegitimidade passiva, já que a área em questão, contígua à rodovia federal, pertence ao DNIT, foi declarada de utilidade pública para fins de desapropriação à época da implantação da rodovia, e a construção da passarela foi devidamente autorizada pelo Departamento. No mérito, afirma que a passarela foi construída, em convênio com o Município de Contagem, em razão do número de pessoas que circulam no local, trazendo segurança para os usuários e que a obra já está concluída.

O DNIT contestou, arguindo sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não construiu a passarela, nem a ele caberia construir, tratando-se de competência do Município promover o adequado ordenamento territorial. No mérito, reitera que o local em questão é faixa de domínio e que a construção da passarela decorreu de clamor da população e o Departamento apenas autorizou o pedido de construção dentro da faixa de domínio, feito pela Prefeitura de Contagem e da Ceasaminas (f. 191/203).

Deferiu-se a realização de perícia técnica de engenharia (f. 229), as partes formularam quesitos (f. 231, f. 233/234) e foi juntado o laudo pericial (f. 238/258), em relação ao qual o DNIT se manifestou (f. 266/269).

Em despacho saneador (f. 271/272), o Juízo da 13ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais reconheceu a ilegitimidade passiva do DNIT e declinou da competência para a Justiça Estadual do Município de Contagem.

Inicialmente redistribuído à 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Contagem, aquele Juízo declinou da competência para uma das Varas da Fazenda Municipal da mesma Comarca (f. 278/278-v.). O Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal determinou a manifestação do Município de Contagem sobre eventual interesse no feito (f. 281).

O Município de Contagem se manifestou, alegando que não lhe pode ser imputada responsabilidade, bem como se insurgindo contra a decisão que reconheceu a ilegitimidade do DNIT. Requereu a declaração de sua ilegitimidade passiva (f. 283/284), razão pela qual o Juízo da Vara da Fazenda Municipal de Contagem

reconheceu a incompetência do Município de Contagem e declinou da competência para uma das Varas Cíveis daquela Comarca (f. 285), e os autos foram redistribuídos à 3ª Vara Cível (f. 286-v.).

Por sentença (f. 290/294-v.), os pedidos iniciais foram julgados parcialmente procedentes para condenar a requerida Ceasaminas a indenizar os danos materiais causados ao autor, consubstanciado no valor do imóvel, a ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento, devendo ser observada como data do esbulho o ano de 2006 e acrescido de juros compensatórios de 12% ao ano, calculados sobre o valor da indenização, contados a partir do evento causador do ano (dano), corrigidos monetariamente conforme a Súmula nº 114/STJ e a Súmula nº 618/STF, e juros moratórios de 6%, a partir do dia 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ter sido feito. Diante da sucumbência mínima do autor, a requerida foi condenada ao pagamento das custas judiciais, observada a isenção legal, e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Não foram apresentados recursos voluntários (f. 295).

É o relatório.

Procedo ao reexame necessário, presentes os requisitos de sua admissibilidade.

A controvérsia dos presentes autos se refere ao dever de indenizar, ou não, de uma sociedade de economia mista por ocupação supostamente indevida de imóvel.

1) Da ocupação das faixas de domínio das rodovias.

A Lei Federal nº 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, estabelece como um dos requisitos urbanísticos para loteamento, a reserva de faixa não edificável de 15m para cada lado ao longo das rodovias, nos seguintes termos:

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...]

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; (Redação dada pela Lei nº 10.932, de 2004)

A Lei do Parcelamento do Solo, por outro lado, dispõe que:

Art. 5º. O Poder Público competente poderá complementarmente exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa *non aedificandi* destinada a equipamentos urbanos.

O CTB estabelece:

Art. 50. O uso de faixas laterais de domínio e das áreas adjacentes às estradas e rodovias obedecerá às condições de segurança do trânsito estabelecidas pelo órgão ou entidade com circunscrição sobre a via.

O Decreto estadual nº 43.932/04, que aprova o Regulamento do Uso ou Ocupação da Faixa de Domínio e Área Adjacente das Rodovias (RFDR), estabelece o controle de tais áreas, para preservação do meio ambiente e do patrimônio público, mantendo a obrigatoriedade da preservação de 15m de área não edificante ao longo das rodovias. Veja-se:

Art. 2º O controle do uso ou ocupação da faixa de domínio e da área adjacente das rodovias visa garantir a segurança do trânsito rodoviário, a preservação do meio ambiente e do patrimônio público.

Art. 3º Para efeitos deste Regulamento, entende-se por:

I - faixa de domínio a área de terras onde se acham implantadas a pista e demais estruturas de uma rodovia, cuja largura é definida pelo DER/MG;

II - área adjacente a faixa de terra non aedificandi ao longo da faixa de domínio da rodovia, com largura de 15 (quinze) metros contados do término da faixa de domínio e que não seja interrompida por qualquer acidente natural ou artificial como rio, lago, via férrea, marginal, avenida, rua ou assemelhados;

III - uso ou ocupação de faixa de domínio e de área adjacente de uma rodovia a utilização, temporária ou permanente, por instalações de serviços públicos ou particulares dos mencionados terrenos, podendo ser:

a) longitudinal, quando for paralela ao eixo da rodovia;

b) transversal ou travessia, quando for oblíqua ao eixo da rodovia, podendo ser aérea ou subterrânea.

[...].

O referido Decreto prevê que é “de competência exclusiva do DER/MG a conservação das áreas não ocupadas de faixa de domínio” (art. 4º), bem como a fiscalização das faixas de domínio e áreas adjacentes das rodovias estaduais, e estabelece que esta será feita pelo DER/MG, que poderá, inclusive, “embargar ou demolir obras” irregulares, bem como aplicar multas.

Especificamente em relação às estradas de rodagem, Hely Lopes Meirelles leciona que elas compreendem a pista e os acostamentos, bem como as faixas de arborização, que são integradas ao patrimônio público, não sendo permitido construir a menos de quinze metros da rodovia, principalmente em razão da segurança.

Veja-se:

As estradas de rodagem compreendem, além da faixa de terra ocupada com o revestimento da pista, os acostamentos e as faixas de arborização, áreas, essas, pertencentes ao domínio público da entidade que o constrói, como elementos integrantes da via pública. Tais áreas ou são originariamente do Poder Público que as utiliza como rodovia, ou lhe são transferidas por qualquer dos meios comuns de alienação (compra e venda, doação, permuta, desapropriação), ou são integradas no domínio público, excepcionalmente, por simples destinação, que as torna irrevindicáveis por seus primitivos proprietários. Esta transferência por destinação opera-se pelo só fato da transformação da propriedade privada em via pública sem oportuna oposição do particular, independentemente, para tanto, de qualquer transcrição ou formalidade administrativa. Isto, todavia, não impede que o particular despojado de suas terras obtenha a justa indenização do dano causado pelo Poder Público por essa desapropriação indireta.

A legislação rodoviária geralmente impõe uma limitação administrativa aos terrenos marginais das estradas de rodagem, consistente na proibição de construções a menos de quinze metros da rodovia, contado o recuo da divisa do domínio público com o particular. Como simples limitação administrativa, tal restrição não obriga a qualquer indenização nem impede o proprietário de utilizar essa faixa para fins agrícola ou pastoris; o que não pode é nela construir. A limitação justifica-se como medida de segurança e higiene das edificações, pois que, se levantadas muito próximas do leito carroçável, ficariam expostas aos perigos do trânsito, à poeira e à fumaça dos veículos, além de prejudicar a visibilidade e a estética, não desprezíveis nas modernas rodovias. [...] (*Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 465-466).



O doutrinador acrescenta:

O que convém acentuar é que essa limitação não se confunde com a servidão, nem com a desapropriação, pois não reserva a faixa marginal para qualquer utilização pública, nem a retira da propriedade particular; restringe, apenas, seu uso. [...] (*op. cit.*, p. 466).

Quanto à impossibilidade de construir em faixa de domínio e área *non aedificandi*, veja-se decisão deste TJMG:

Apelação cível. Ação de indenização. Propriedade localizada em marginal de rodovia. Construção em faixa de domínio e área *non aedificandi*. Limitação administrativa. Inobservância. Expansão da área urbana em torno da rodovia. Irrelevância. Termo de embargo. Legalidade. Nexos de causalidade entre a conduta administrativa e os supostos danos sofridos. Ausência. Dever de indenizar. Inexistência. - Constatando que a via lindeira da propriedade dos apelantes se trata de rodovia, compete ao DEER, como prevê o art. 3º, inciso III, da Lei 11.403/1994, alterada pela Lei 14.938/2003 c/c art. 15 do Decreto estadual nº 43.932/2004, manter as suas condições de operação, com segurança e conforto, fiscalizar suas faixas de domínio e áreas adjacentes e, se for o caso, embargar ou demolir obras e serviços executados em desacordo com as normas regulamentares. - Conforme prevê o art. 4º, inciso III, da Lei 6.766/1979, que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano, será obrigatória, nos loteamentos ao longo das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, a reserva de uma faixa não edificável de 15 (quinze) metros de cada lado. - Atestando o laudo pericial elaborado sob o crivo do contraditório que a construção dos recorrentes se deu em área *non aedificandi*, deve ser reconhecida a legalidade da lavratura do Termo de Embargo pelo DEER. - O fato de o Distrito de Ibitipoca ter se expandido em torno da Rodovia LMG 871, encontrando-se a propriedade dos apelantes, por essa razão, na área urbana, não afasta a limitação imposta pela Administração Pública de não edificação nas áreas adjacentes da Rodovia, até mesmo porque essa restrição é preexistente à demarcação do zoneamento urbano na região, que apenas ocorreu em 1999. - Impossibilidade de imputar ao DEER-MG a responsabilidade pelos supostos danos sofridos pelos apelantes em decorrência de terem construído em área *non aedificandi* em inobservância da legislação proibitiva. Ausência de liame causal entre a conduta do réu e os danos experimentados pelos demandantes. - Recurso desprovido (Apelação Cível 1.0386.11.000953-0/003, Rel.ª Des.ª Áurea Brasil, 5ª Câmara Cível, DJe de 26/9/2017).

Portanto, há uma faixa de domínio que é definida no projeto da obra, nos termos da compra e venda, da doação, ou da permuta, ou da desapropriação, que não se confunde com a área não edificável de 15m de cada lado de rodovia ou ferrovia.

É vedada a construção tanto na faixa de domínio, quanto na área não edificável, se fixada, de rodovia.

## 2) Do dever de indenizar.

Nos termos do *caput* do art. 927 do Código Civil/02, aquele que causar dano decorrente de ato ilícito é obrigado à reparação:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O CCB/02 descreve como ato ilícito:

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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Enquanto o art. 927 determina a reparação do dano, em consequência da prática de ato ilícito, o art. 186 define o ato ilícito, indicando os requisitos essenciais. Aquele complementa este.

3) Do caso dos autos.

O autor pretende o embargo de obra iniciada em seu imóvel ou, caso já esteja concluída, requer indenização.

Verifica-se que o autor é proprietário, desde 28/6/2004, do lote nº 10, quadra nº 8-A, das Chácaras Boa Vista, com área de 1.464,75m<sup>2</sup>, localizado no Município de Contagem e matriculado sob o nº 97.819 no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Contagem (f. 17), que faz frente com a rodovia BR-040 (f. 20).

Também se extrai que a rodovia BR-040 foi implementada nos anos 1963 a 1968 do século passado (f. 208/210), sendo que foi considerada faixa de domínio de 40m de cada lado da rodovia (f. 213).

Depois, já no ano de 1995, o Diretor-Geral do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem - DNER declarou de utilidade pública, para efeito de desapropriação e afetação, por meio da Portaria nº 1.183/DES, de 30/10/1995, a faixa de domínio do Projeto de Duplicação da Rodovia BR-040/MG, referente ao trecho situado do Km 472 ao Km 533 (f. 47).

Ainda é possível aferir que o Município de Contagem, por meio da Transcon, informou ao DNIT a necessidade de construção de passarela sobre a BR-040, “às expensas desta Prefeitura” e solicitou a cessão do projeto básico e a autorização para a realização do empreendimento (f. 51), que foi autorizado (f. 54) e enviado o “Projeto Geométrico” (f. 57), croqui indicando o local da construção da passarela (f. 68), bem como a estimativa de custo da obra (f. 69). O projeto foi aprovado pelo DNIT (f. 73/74).

Foi firmado o Convênio nº 04-2006 entre a Ceasa-MG e o Município de Contagem, cujo objeto é o “Apoio financeiro por parte do Município à Ceasaminas/MG, visando à construção de uma passarela na Br.040 Km 688 [...]” (f. 110).

De acordo com o laudo pericial, o autor, à época da construção da passarela, estava com projeto para construção no seu imóvel em “processo de aprovação” (f. 241) e esclareceu quanto ao 5º quesito da Ceasaminas (f. 242):

RESPOSTA: O Autor entende que a passarela deveria estar dentro da faixa de domínio de 80,00m, que é de 40,00m para cada lado do eixo da rodovia.

Conforme o citado, este documento refere-se ao desmembramento do loteamento do Bairro Chácaras Boa Vista, contemplando em seu conteúdo, além do referido desmembramento, o projeto geométrico da rodovia BR 040 com a sua faixa de domínio de 80,00m, e, além desta uma “faixa *non aedificandi*” de 15,00 m após os 40,0 m de faixa de domínio. Desta forma fica patente que, além dos 40,00 m, a partir do eixo da rodovia, existem mais 15,00 m, faixa esta em que não pode ser edificada nenhuma construção particular, por determinação legal.

O *expert* informa que, conforme verificou *in loco*, “a passarela ocupou um espaço máximo de 8,10 m, incluindo a construção e a passagem de pedestres, no sentido frente-fundo, sobre a projeção da “faixa *non aedificandi*” [...]” (f. 246, resposta ao quesito nº 10).

Em resposta ao 8º quesito formulado pelo autor, o perito, embora admita o aquecimento do mercado de imóveis no local, “com demanda superior à oferta”, aponta que houve desvalorização do imóvel em questão decorrente da construção da passarela (f. 245):

RESPOSTA: [...] Por outro lado, este imóvel possui um fator desvalorizante, que é a própria construção da passarela, instalada ao longo de sua frente (*sic*).

Em suas “Considerações Finais”, o perito conclui que (f. 246):

Certificamos *in locu* que a Rodovia BR 040 possui os 80,00 m de faixa de domínio, sendo 40,00 m para cada lado, a partir de seu eixo, e que existem mais 15,00 m de “faixa *non aedificandi*” ao longo da rodovia, conforme ilustra o projeto de desmembramento, em anexo, faixa esta que não pode conter construções da iniciativa privada, podendo ser utilizada, caso necessário, pelo poder público para atendimento aos anseios e necessidades da sociedade (*sic*).

[...].

Verifica-se do registro fotográfico apresentado pelo perito que a passarela possui rampas de acesso e ainda tem um ponto de ônibus ao lado (f. 250/251).

Portanto, embora não se olvide da impossibilidade de o particular construir em faixa não edificável e embora se reconheça que a passarela fora construída em faixa *non aedificandi*, o dever de indenizar decorre tão somente da desvalorização que a obra impingiu ao imóvel do autor, porque praticamente inviabilizou a utilização da parte frontal do lote (vide fotografia nº 6, f. 251).

De fato, constatam-se o dano e o conseqüente dever de indenizar. A ação da requerida violou o direito de propriedade do requerente, ficando aquela obrigada a reparar o dano sofrido por este, tal como reconhecido por sentença.

O *quantum* a ser fixado a título de indenização deve corresponder à perda patrimonial sofrida pelo lesado, em valor que recomponha seu patrimônio quando da ocorrência do esbulho, ainda no ano de 2006.

Assim considerando, mantenho os termos da bem lançada sentença.

Pelo exposto, em reexame necessário, confirmo a sentença.

Custas recursais, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MOREIRA DINIZ e DÁRCIO LOPARDI MENDES.

*Súmula* - EM REEXAME NECESSÁRIO, CONFIRMARAM A SENTENÇA.

• • •

Apelação cível - Seguro de vida - Suicídio do segurado antes de decorrido o biênio legal do art. 798 do Código Civil - Critério objetivo - Prova da premeditação - Irrelevância - Súmula nº 610 do STJ - Devolução da reserva técnica - Obrigação da seguradora - Art. 797, parágrafo único, do Código Civil

- O art. 798 do Código Civil adotou critério objetivo temporal para determinar a negativa de cobertura relativa ao suicídio do segurado nos dois anos subsequentes à contratação, afastando o critério subjetivo e tornando irrelevante a análise acerca da premeditação. Referido entendimento encontra-se consolidado na Súmula nº 610 do STJ.

- Nos termos do art. 797, parágrafo único, do Código Civil, “o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada”.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0261.14.014285-0/001 - Comarca de Formiga - Apelantes: Augusto Anselmo Nunes, Gustavo Anselmo Nunes e outro - Apelada: Companhia de Seguros Aliança do Brasil - Relator: DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER**

### Acórdão

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

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2018 - *Sérgio André da Fonseca Xavier* - Relator.

### Voto

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - Trata-se de apelação interposta por Gustavo Anselmo Nunes e outro contra sentença de f. 75/79, que, na ação ordinária de cobrança de seguro de vida, movida pelos apelantes contra Companhia de Seguros Aliança do Brasil, julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, condenando-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa, suspensa a exigibilidade, em face do deferimento da gratuidade da justiça.

Em seu recurso, alegam (f. 81/83-v):

O suicídio não premeditado é aquele no qual o segurado, quando assina o contrato, não tem a intenção de se matar.

Cabe à seguradora a prova da premeditação. Caso não provada a premeditação do suicídio ocorrido no prazo de dois anos, deve ser considerado um acaso, uma doença como outra qualquer que pode acometer o segurado no prazo de carência.

O fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a prova

inequívoca da premeditação por parte do segurado, nos termos das Súmulas nº 105 do STF e nº 61 do STJ.

O contrato não prevê período de carência, uma vez que está ligado a um financiamento, e a seguradora sequer juntou cópia do contrato nos autos.

Caso mantido o entendimento de que os apelantes não têm direito a indenização, pugnam pela devolução da reserva técnica já formada, nos termos do art. 797, parágrafo único, c/c art. 798, ambos do Código Civil.

Requerem seja dado provimento ao recurso, julgando-se procedente o pedido inicial.

A apelada não apresentou contrarrazões (f. 84-v).

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que presentes os pressupostos legais de sua admissibilidade.

É incontroverso que A.N.F. contratou Seguro Vida Agricultura Familiar em 18/5/2012 (f. 56/56-V) e cometeu suicídio em 9/3/2014 (f. 66).

Nesse caso, dispõe o art. 798 do Código Civil:

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Portanto, verifica-se que, quando o segurado cometeu suicídio, não havia transcorrido o prazo legal de dois anos estabelecido no dispositivo legal citado.

Ora, o contrato, ainda que seja de adesão, é um acordo de vontades, regido pelos princípios da boa-fé, da função social e do princípio *pacta sunt servanda*. Assim, ausente qualquer vício, obriga as partes contratantes a seguir seus ditames.

Embora os apelantes aleguem que não há indícios de premeditação, tal fato é irrelevante, uma vez que as disposições do art. 798 do Código Civil são objetivas e não comportam discussões se o ato extremo decorre de um impulso ou de um planejamento melhor elaborado.

É fato que o entendimento jurisprudencial anterior era de que incumbia à seguradora comprovar a premeditação do suicídio para que o beneficiário não tivesse direito à indenização. Todavia, o aludido artigo estabelece um critério objetivo, ou seja, um período de carência, tornando legal a exclusão de cobertura nessa hipótese.

Desse modo, o suicídio, nos contratos de seguro de vida firmados sob a égide do Código Civil de 2002, não será coberto se cometido nos primeiros 2 (dois) anos de vigência da avença. São inaplicáveis, portanto, as Súmulas nº 105/STF e nº 61/STJ, editadas com base no Código Civil de 1916 (CC/1916), que não possuía norma restritiva semelhante.

A Súmula nº 610 do STJ é clara, vejamos:

O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada (Súmula 610, Segunda Seção, j. em 25/4/2018, DJe de 7/5/2018).

Por seu turno, a seguradora é obrigada a devolver aos apelantes o montante da reserva técnica já formada, nos termos da referida Súmula nº 610 e art. 797, parágrafo único, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 797. No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro.

Parágrafo único. No caso deste artigo o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica já formada.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, apenas para determinar à seguradora apelada que devolva a reserva técnica já formada aos apelantes.

Considerando a sucumbência mínima da apelada, condeno os apelantes ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, que majoro para 15% do valor da causa, com base no art. 85, § 11, do CPC/2015, suspensa a exigibilidade em face do deferimento da gratuidade da justiça.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VASCONCELOS LINS e MOTA E SILVA.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Embargos de terceiro - Gratuidade de justiça - Deferimento - Defesa da meação de imóvel objeto de inventário - Alegação de aquisição conjunta do bem com a suposta convivente falecida - Reconhecimento incidental de união estável *post mortem* - Necessidade de comprovação da existência de convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família - Art. 226, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.723, do CC/02 - Conjunto probatório insuficiente à demonstração - Sociedade de fato - Possibilidade de partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum - Súmula nº 380, do STF - Contribuição não demonstrada - Recurso provido em parte

- Inexistentes quaisquer indícios que apontem a possível capacidade do requerente para suportar as custas e despesas processuais, sem que isso comprometa a sua subsistência e da sua família, deve-lhe ser deferido o benefício da gratuidade de justiça.

- O art. 226, § 3º, da CF/88, regulamentado pelo art. 1.723, do CC/02, considera união estável o relacionamento afetivo público, contínuo, duradouro e marcado pela intenção de constituição de família.

- Os referidos requisitos legais são cumulativos, simultâneos e indissociáveis, devendo restar todos caracterizados e concretamente comprovados para que haja o reconhecimento da união estável.

- Não demonstrados os requisitos legais autorizadores do reconhecimento da união estável, remanesce a possibilidade de caracterização de sociedade de fato e, caso demonstrada a contribuição, ainda que indireta, para a formação do patrimônio, tem-se por autorizada a partilha dos bens, nos moldes da Súmula nº 380, do Supremo Tribunal Federal.

- Não comprovada a convivência alegada na exordial, tampouco a existência de uma sociedade de fato, com o esforço comum dos envolvidos visando à aquisição do imóvel registrado em nome da falecida, mantém-se a improcedência da pretensão autoral.

- Recurso parcialmente provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.15.014334-6/002 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: Walter José Perlato do Lago - Apelado: Espólio de Nádia Maria de Moura Gavião representado pela inventariante Jussara de Fátima Pontes Gavião - Relator: DES. CORRÊA JUNIOR**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018 - *Corrêa Junior* - Relator.



## Voto

DES. CORRÊA JUNIOR - Cuida-se de recurso de apelação interposto por Walter José Perlato do Lago contra a sentença de f. 92/96v, que julgou improcedente o pedido inicial formulado pelo ora apelante em desfavor do espólio de Nádia Maria de Moura Gavião, voltado à condenação da parte ré à lavratura da escritura referente aos direitos que possui no imóvel descrito na exordial, inventariando-se apenas a outra metade do bem. Ao final, o requerente foi condenado ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários de advogado de dez por cento do valor da causa.

Nas razões do apelo de f. 100/108, aduz o recorrente, preliminarmente: que foi indeferido, na sentença ora vergastada, o pedido de gratuidade de justiça, sem, previamente, ser-lhe oportunizada a comprovação da sua hipossuficiência financeira, em patente inobservância ao disposto no art. 99, do Código de Processo Civil; que o benefício deve ser deferido em seu favor.

No mérito, sustenta, em síntese: que produziu provas válidas e robustas acerca da união estável vivenciada com a falecida, as quais foram ignoradas pelo d. Sentenciante; que a testemunha ouvida nos autos confirmou que o apelante e a Sra. Nádia Maria de Moura Gavião viviam como se casados fossem, depoimento este não rechaçado oportunamente pela parte ré, que sequer compareceu à audiência; que, demonstrada a união estável, remanesce presumida a sua participação em relação à aquisição do imóvel objeto do compromisso particular de compra e venda; que a escritura pública, exigida pelo art. 108, do Código Civil, visa, primordialmente, a conferir publicidade aos negócios jurídicos em relação a terceiros interessados no imóvel; que a exigência de escritura pública em nada interfere na validade do negócio realizado entre os contratantes por instrumento particular, com todos os elementos exigidos para a celebração de tal ato; que a decisão objurgada desconsiderou o princípio *pacta sunt servanda*, que preleciona que o contrato faz lei entre as partes, devendo ser cumprido; que a validade do negócio jurídico formalizado por instrumento particular é, inclusive, reconhecida pelos tribunais pátrios; que a decisão recorrida afigura-se injusta ao impor ao autor a perda da parcela a que tem direito em relação ao imóvel, mesmo tendo efetuado o pagamento do bem na sua integralidade.

Neste contexto, pugna o apelante pelo conhecimento e provimento do presente recurso, com a reforma da sentença vergastada, para que lhe seja concedida a gratuidade de justiça, bem como para o reconhecimento da existência da união estável apontada na exordial, compelindo-se a parte recorrida a outorgar em seu favor a escritura definitiva em relação à metade do imóvel, com a consequente anulação do inventário em relação a esta fração do bem.

Contrarrazões às f. 111/115, com preliminar de deserção e, no mérito, o pleito de desprovimento do reclamo aviado.

É o relatório.

Em fiel respeito à boa técnica processual, inicio o exame do feito pelas preliminares arguidas.

Sustenta o apelante, preliminarmente, que o pedido de justiça gratuita formulado na exordial somente foi apreciado na sentença recorrida e foi indeferido, sem, antes, ser-lhe oportunizada a comprovação da insuficiência de recursos, pelo que se impõe a concessão da benesse nesta instância julgadora.

A parte apelada, por seu turno, suscita, também preliminarmente, a deserção do recurso, haja vista o indeferimento da justiça gratuita requerida pelo autor e a inércia no que toca à comprovação da alegada hipossuficiência financeira.

Passo, portanto, à análise conjunta das aludidas preliminares.

No que tange ao benefício da gratuidade de justiça, é certo que a alegação de hipossuficiência financeira aduzida por pessoa natural ostenta presunção de veracidade, somente se exigindo a efetiva comprovação de tal condição na hipótese de existir nos autos indícios em sentido contrário, situação que ensejará, anteriormente ao indeferimento, a intimação da parte, a fim de comprovar que faz jus ao benefício, conforme se extrai da exegese do art. 99 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Na hipótese vertente, constata-se que o pedido de gratuidade de justiça formulado pelo autor foi, em sede de contestação, objeto de impugnação pela parte ré, que não se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar a ausência dos requisitos legais preconizados para a concessão da benesse. Vê-se, ainda, que o referido pedido foi indeferido na sentença objurgada, sem, antes, ser oportunizada ao autor a comprovação da alegada insuficiência de recursos.

Sem embargo da ausência de prévia e específica intimação para o necessário esclarecimento fático, tenho que as nuances do caso permitem a imediata resolução da questão.

Da detida análise do processado, reputo inexistentes quaisquer indícios que apontem a possível capacidade do requerente para suportar as custas e despesas processuais, sem que isso comprometa a sua subsistência e da sua família.

Ao contrário, infere-se da documentação acostada às f. 116/117 e, sobretudo, da consulta ao sítio eletrônico do Portal da Transparência do Estado de Minas Gerais (<https://bit.ly/2T5bgMa>), que o autor auferiu, no ano corrente, uma remuneração líquida média de R\$ 2.528,15 (dois mil, quinhentos e vinte e oito reais e onze centavos), o que denota a sua limitada capacidade econômica, hábil a embasar, desta feita, o deferimento da benesse ora examinada.

Diante disso, impõe-se a reforma da sentença, para a concessão ao apelante do benefício da gratuidade de justiça, afastando-se, por conseguinte, a preliminar de deserção do recurso aduzida em sede de contrarrazões.

Em consequência, conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos legais.

No mérito, analisando as nuances de fato e de direito circundantes à controvérsia instaurada, com a vênua respeitosa devida ao ilustrado entendimento esgrimido, tenho que o recurso em exame não merece a acolhida pretendida.

Pretende o apelante seja lavrada em seu favor a escritura definitiva relativa à metade do imóvel matriculado sob o nº 5.474, do CRI de Poços de Caldas, ao argumento de que conviveu em sede de união estável com a falecida Nádia Maria de Moura Gavião, no período de 1993 até meados de 2010, e, em 15 de setembro de 1999, adquiriram o imóvel supracitado, sendo que, em 11 de janeiro de 2013, foi lavrada a escritura pública de compra e venda, constando apenas a *de cuius* como adquirente.

Cinge-se a presente contenda, portanto, à aferição do eventual direito do autor à meação do imóvel registrado em nome da finada, decorrente da apontada união estável vivenciada por ambos e da alegada quitação do valor do imóvel exclusivamente por meio de bens de titularidade do requerente.

A Constituição da República, em seu art. 226, § 3º, dispõe acerca do reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, senão vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

No mesmo sentido, o preceito contido no art. 1.723, do Código Civil:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Da leitura dos supracitados dispositivos depreende-se, com clareza, que, ao contrário dos diplomas legais que anteriormente regulavam a matéria em questão (Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96), a lei civilista considera união estável o relacionamento afetivo marcado pela publicidade, continuidade, *affectio maritalis* e durabilidade, sem impor, quanto a este último ponto, o decurso de um lapso temporal mínimo.

Saliente-se, por oportuno, que as expressões “pública”, “contínua”, “duradoura” e “objetivo de constituição de família” são abertas e genéricas, demandando, pois, a análise acurada das circunstâncias de cada caso.

É de se notar, por exemplo, que, embora a lei exija a convivência duradoura, não estipula e nem exige prazo mínimo para a constituição da união estável.

Sobre o tema, é a lição de Maria Berenice Dias:

Ainda que não exigido decurso de lapso temporal mínimo para a caracterização da união estável, a relação não deve ser efêmera, circunstancial, mas sim prolongada no tempo e sem solução de continuidade, residindo, nesse aspecto, a durabilidade e a continuidade do vínculo (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 164).

Também não exige a lei a existência de prole comum, tampouco que os companheiros ou conviventes vivam sob o mesmo teto, conforme o enunciado da antiga Súmula nº 382, do STF, que trata do concubinato e é aplicável, também, à união estável, permanecendo o seu aproveitamento na jurisprudência atual.

Importa destacar, ainda, que, nos termos do art. 1.725 do Código Civil, aplicam-se à união estável, salvo disposição em contrário, as regras patrimoniais inerentes ao regime de comunhão parcial de bens: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Premissas lançadas, infere-se que as provas constantes no feito em relação à possível união estável apontada na prefacial limitam-se a um instrumento particular de promessa de compra e venda, relativo à suposta aquisição de um imóvel pelo autor e pela finada, bem como à prova testemunhal constante à f. 91, por meio da qual a testemunha P.B.P., conhecida do requerente, informa que o autor e a falecida viviam como se casados fossem, sem propiciar maiores detalhes acerca da referida relação.

Transcrevo, por oportuno, o referido depoimento:

P.B.P.: que conhece o requerente desde o ano de 1999 e também a requerida; [...] conheceu as partes em razão de, por elas, ter sido procurado para “ajeitar um sítio que compraram”; [...] o requerente e a requerida viviam juntos como se casados fossem e tal convivência perdurou até uns 5 anos antes do falecimento de Nádia; aos finais de semana, quando ainda conviviam, sempre iam ao referido sítio (f. 91).

Tais elementos, ao meu sentir, não se revelam suficientes para demonstrar a configuração, na presente hipótese, de um relacionamento qualificado como intuitu familiae, a justificar o reconhecimento do pleito exordial.

Isso porque o instrumento particular supracitado, trazido em cópia reprográfica, afigura-se desprovido da autenticação das assinaturas nele apostas, sobretudo da finada, o que obsta a aferição da temporalidade e da legitimidade do referido documento, fragilizando as conclusões que dele se poderiam extrair relativamente à existência do vínculo entre o autor e o de cujus.

Lado outro, a acurada apreciação da prova testemunhal produzida no feito permite inferir apenas a possível existência de relacionamento amoroso entre o autor e a falecida, sem, contudo, caracterizar a união que ora se pretende demonstrar, à luz dos característicos legalmente exigidos.

Cumprе registrar que não se está a desconsiderar, na espécie, a força probante do depoimento testemunhal supratranscrito, produzido em juízo.

Contudo, o depoimento da testemunha arrolada pelo recorrente é marcado pela generalidade e pela ausência de apontamento contundente da affectio maritalis e da publicidade imperiosas ao acatamento do pleito inicial.

Ademais, ao meu sentir, caso o relacionamento investigado caracterizasse, de fato, a alegada união estável, o acervo probatório constante nos autos estaria respaldado em vários outros elementos de convicção, como correspondências remetidas a endereço comum, declarações, fotografias, entre outros, o que não se verifica no caso em espede.

Diante disso, considerando que os pressupostos legais que formam o conceito jurídico e autorizam o reconhecimento da união estável são cumulativos, simultâneos e indissociáveis, devendo restar todos caracterizados e concretamente comprovados, tenho que, no presente caso, o apelante não se desincumbiu do seu ônus probatório, conforme preceitua o art. 333, inciso I, do CPC, razão pela qual resta afastada a pretensão de reconhecimento da união estável apontada na inicial.

Este é o posicionamento majoritário deste egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, senão vejamos:

Ação declaratória de união estável *post mortem*. Ausência de comprovação dos requisitos legais. Inviabilidade do reconhecimento da união. Recurso a que se nega provimento *in specie*. Não pode ser reconhecida a existência de união estável entre homem e mulher, se as provas produzidas nos autos não demonstram a convivência pública, contínua, duradoura, e estabelecida com *animus definitivo*, configurando-se a ausência de requisitos para reconhecimento daquela união a teor da norma contida no art. 226, § 3º, da Constituição da República (Apelação Cível nº 1.0145.09.559328-4/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 13/11/2012, p. em 20/11/2012).

Direito de família. União estável. Requisitos para o reconhecimento. Prova inequívoca. Inexistência. Manutenção da sentença de improcedência. - Para a configuração da união estável devem ser preenchidos os seguintes requisitos: convivência, ausência de formalismo, unicidade de vínculo, estabilidade, continuidade, publicidade e objetivo de constituir família. - Não obstante a publicidade do relacionamento, não há como se reconhecer união estável se o objetivo de constituição de família não restou demonstrado de forma inequívoca (Apelação Cível nº 1.0342.04.046256-2/001, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, j. em 19/4/2011, p. em 13/5/2011).

Com efeito, não comprovada a apontada união estável, tem-se por afastada a presunção de esforço comum na aquisição do imóvel objeto da lide, advinda do art. 1.725 do Código Civil.

Não se descarta, todavia, que, a despeito da referida não demonstração, remanesce a possibilidade de caracterização de sociedade de fato e, caso comprovada a contribuição para a formação do patrimônio, ainda que indireta, tem-se por autorizada a partilha dos bens, nos moldes do enunciado sumular nº 380, do STF, *verbis*: “Súmula nº 380: Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Isso porque o que assegura o direito à partilha dos bens comuns não é a convivência *more uxorio*, mas a sociedade de fato, evidenciada pelo esforço comum que se agrega a essa convivência.

Isso estabelecido e volvendo-me ao caso em apreço, denoto que, do mesmo modo, não resta suficientemente demonstrada a contribuição informada pelo autor no tocante à aquisição do imóvel.

Importa registrar que não se olvida do teor da “cláusula quarta - condições de pagamento”, do “contrato particular de compromisso de compra e venda” acostado às f. 12/12v, a qual informa que a quitação do imóvel em questão se daria mediante a entrega ao promissário vendedor de veículo, cujo proprietário nesse período era o requerente (f. 17), e de um imóvel, supostamente adquirido pelo autor na mesma época (f. 16).

Entretanto, conforme já consignado, o referido contrato, trazido por cópia, consistente em formulário datilograficamente preenchido, sequer apresenta o reconhecimento das assinaturas nele apostas, obstando a aferição de sua temporalidade e autenticidade.

Deve ser ressaltada a inexistência de qualquer outra evidenciação probatória do compromisso referido, que inclusive não restou retratado na escritura definitiva de f. 13, a qual se viu lavrada, inclusive, com valor distinto do inicialmente descrito.

Assim, à míngua de elementos robustos hábeis a demonstrar as assertivas do apelante, não merece prosperar o pleito meritório.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reformar em parte a sentença, deferir ao recorrente a gratuidade de justiça e suspender a exigibilidade dos ônus processuais que lhe foram impostos.

Nos termos do art. 86, parágrafo único, do CPC, condeno o demandante ao pagamento das custas recursais e dos honorários advocatícios recursais, que arbitro em 5% (cinco por cento) do montante atualizado da causa, observada a gratuidade de justiça ora concedida.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES YEDA ATHIAS e AUDEBERT DELAGE.

*Súmula* - RECURSO PROVIDO EM PARTE.

• • •

Apelação cível - Ação civil pública - Transporte público municipal - Concessão de serviço público - Implantação do sistema eletrônico de integração do transporte coletivo - Bilhetagem eletrônica - Observância às disposições do contrato - Cartão magnético - Carga mínima - Venda casada - Descabimento - Dano moral coletivo - Inexistência

- A condenação da Concessionária de serviço público a permitir o acesso ao transporte coletivo e correspondente integração por meio de pagamento da tarifa em dinheiro vai de encontro ao previsto no contrato e aditivo, estabelecendo, inclusive, obrigação que extrapola o exigido pela licitação, impondo obrigação apta a ensejar, inclusive, quebra do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, direito intangível.

- Ao impedir a aquisição de cartão magnético com o número de créditos necessários e a critério do usuário, pratica a Concessionária a intitulada venda casada, ao obstar a liberdade de escolha do consumidor, acarretando, em observância ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever de ressarcimento ao ofendido, consubstanciado na devolução dos valores indevidamente cobrados, em dobro, conforme disposto no art. 42 do CDC.

- Somente quando haja ultrapassado o limite de tolerância, e que o dano tenha atingido efetivamente valores coletivos, é que estará configurado o dano moral coletivo, o que não se vislumbra na hipótese.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0183.12.014545-7/002 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelantes: 1º) Viação Presidente Lafaiete Ltda. - 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Viação Presidente Lafaiete Ltda., Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO, PREJUDICADO O SEGUNDO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Carlos Levenhagen* - Relator.

#### Voto

DES. CARLOS LEVENHAGEN - Trata-se de recursos de apelação interpostos contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito Célia Maria Andrade Freitas Corrêa, f. 2.851/2.858-TJ, acrescida da decisão dos embargos, f. 2.871/2.873-TJ, que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em desfavor da Viação Presidente Lafaiete Ltda., julgou parcialmente procedente o pedido inicial para:

- 1) condenar a requerida a instituir o sistema de integração, também ao usuário eventual, àquele que paga a tarifa em dinheiro, permitindo-lhe que, mediante uma única passagem, tenha a faculdade de utilizar-se do sistema de integração, utilizando-se de mais de uma linha, dentro do limite de tempo previsto no



contrato de concessão. Fixo multa diária, no valor de 2 (dois) mil reais, na hipótese de descumprimento da presente determinação a incidir a partir de 30 (trinta) dias do trânsito em julgado da presente decisão.

2) condenar a requerida ao ressarcimento em dobro, devidamente corrigidos, a partir do pagamento indevido (Súmula STJ/162) e acrescidos de juros legais de 0,5% a partir do trânsito em julgado desta sentença (Súmula STM/168), ambos nos termos do art. 1º-F da Lei 9.494/97, os valores pagos em excesso (quatro tarifas) pelos usuários compelidos, à época da instalação do sistema integrado, período de 1º/5/2012 a 6/10/2012, a adquirir o cartão magnético com 05 (cinco) créditos, entendendo-os como tais as seguintes classes de consumidores: a) os que possuem crédito sem utilização (11); b) os 217 (duzentos e dezessete) usuários que tiveram utilizações parciais de 3 (três) a 5 (cinco) no período, a serem identificados pelas partes em sede de liquidação de sentença, com aplicação das Súmulas 162 e 188, ambas do Superior Tribunal de Justiça.

3) condenar a requerida ao pagamento, a título de dano moral coletivo, da importância de R\$30.000,00 (trinta mil reais) por infringência às regras consumeristas e contratuais, a ser recolhido a favor do Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos- FUNDIF, nos termos do artigo 13 da Lei nº 7.347/85 e da Lei Estadual nº 14.086/2001, mediante depósito na conta-corrente 7175-7, agência 1615-2, Banco do Brasil, a favor de EMG Sedese Fundif.

Ao valor acima haverá incidência de juros moratórios e correção monetária. 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.

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos para:

limitar a *astreinte* fixada no item '1' do dispositivo ao percentual de 80 (oitenta por cento) do valor atualizado da causa, a ser calculado, quando do eventual cumprimento de sentença, nos termos do que se infere da decisão REsp 1284683/BA, ora em anexo, em que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça valeram-se dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, para limitar o *astreinte* ao valor da obrigação principal.

Em suas razões, f. 2.878/2.899-TJ, Viação Presidente Lafaiete Ltda. sustenta, em síntese, não ser hipótese de condição abusiva, ou venda casada, a comercialização de cartões para uso do transporte público com carregamento mínimo de 05 (cinco) utilizações, sendo plenamente viável a implantação do sistema de integração do transporte coletivo com “classes de bilhetes com caracteres distintos”, em atendimento ao usuário eventual e ao assíduo, ausente violação ao disposto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/93. Destaca não ter agido com culpa ou dolo, “e sequer angariou ganho ou lucro algum”, a ensejar sua condenação em dano moral coletivo, requerendo, em caráter eventual, caso mantida a condenação, incida correção monetária a partir da fixação, observado o disposto na tabela da Corregedoria Geral de Justiça, e juros de mora, após o trânsito em julgado da sentença. Caso mantido o ressarcimento em dobro, seja a correção incidente a partir da citação, e juros também do trânsito em julgado.

Parcialmente irresignado, f. 2.926/2.930-TJ, sustenta o Ministério Público do Estado de Minas Gerais a impossibilidade de fixação de limite às *astreintes*, em consonância ao disposto no art. 537, § 4º, do CPC.

Contrarrazões às f. 2.918/2.924-TJ e f. 2.932/2.937-TJ, pelo desprovimento do recurso da parte contrária.

Parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, f. 2.942/2.943-TJ, pelo desprovimento do primeiro apelo e provimento do segundo.

É o relatório.

Conheço dos recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a questão em apreço, em síntese, à alegação do Ministério Público Estadual, nos autos de ação civil pública movida em desfavor de Viação Presidente Lafaiete Ltda., de que, na qualidade de concessionária de serviço público municipal de transporte coletivo urbano de passageiros, teria praticado ato lesivo à coletividade, uma vez que, ao implantar sistema de integração das linhas de transporte, condicionou a entrega do cartão aos usuários, à compra de cinco passagens (tarifas), no valor de R\$11,25 (onze reais e vinte e cinco centavos), configurando venda casada; conferiu tratamento desigual ao usuário eventual, obstando seu acesso ao sistema integrado; limitou a entrega do cartão ao posto situado no terminal rodoviário da cidade.

Em seus pleitos, pugnou o *Parquet* pela abstenção à imposição de limite quantitativo de créditos, tarifas ou passagens; ressarcimento em dobro dos valores indevidamente pagos pelos usuários e indenização pelo dano moral coletivo, a ser recolhido ao Fundif - Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos.

Da leitura atenta dos autos, exsurge o disposto no art. 182 da Constituição Federal, ao atribuir ao Poder Público Municipal a execução da política de desenvolvimento urbano, que possui como objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

A par disso, relevante destacar o disposto no art. 30, inciso V, também da Constituição, ao dispor de competência dos Municípios [...] “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”.

Utilizando-se de referida prerrogativa, e observando sua Lei Orgânica, realizou o Município de Conselheiro Lafaiete procedimento licitatório, na modalidade concorrência pública, do tipo melhor técnica com preço fixado, (f. 244/376-Anexo I), na qual vencedora a empresa Transporte Urbano São Miguel Ltda., cujo contrato foi firmado em 9/3/2001 (f. 377/396-Anexo I).

Diante da alteração do quadro societário e denominação social da Concessionária, bem como aprovação pelo Poder Concedente, foi firmado Termo Aditivo ao Contrato, (f. 05/09-Anexo I), com a empresa Viação Presidente Lafaiete Ltda., cujos objetivos, metas e condições consistiam em:

- 4.1- manter o compromisso e obrigação da concessionária em prestar um serviço de transporte coletivo adequado que satisfaça as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e efetiva implantação e operacionalização do sistema de integração, proporcionando uma tarifa justa e adequada.
- 4.2- implantar o sistema de integração pelo qual o passageiro/usuário possa utilizar mais de uma linha ou serviço com o pagamento de uma única tarifa, o qual deverá ser viabilizado nas seguintes modalidades:
  - 4.2.1.- estruturar sistema eletrônico de integração que possibilite ao passageiro/usuário efetuar o transbordo, mediante embarque no veículo junto aos pontos de parada, através e por meio da catraca eletrônica, devendo o sistema eletrônico de integração abranger um lapso temporal de 60 (sessenta) minutos do acionamento inicial da unidade de passagem do bilhete eletrônico; f. 07-Anexo I.

Nesse contexto, diversamente da conclusão alcançada em primeiro grau, exsurge equivocada a condenação da requerida a instituir acesso ao sistema de integração “àquele que paga a tarifa em dinheiro”.

Isso porque a previsão contratual de estruturação de sistema eletrônico de integração, através e por meio de catraca eletrônica e utilizando-se de bilhete eletrônico, não coaduna com a permissão de acesso ao transporte coletivo e correspondente integração por meio de pagamento da tarifa em dinheiro.

Referida condenação, *data venia*, vai de encontro ao previsto no contrato e aditivo, estabelecendo, inclusive, obrigação que extrapola o exigido pela licitação, impondo obrigação apta a ensejar, até, quebra do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, direito este intangível, tratando-se, conforme doutrina e jurisprudência, de verdadeiro princípio constitucional, indicado no art. 37, XXI, da Carta Magna.

No direito brasileiro, entende-se que, seja nas áreas administrativas, seja nas áreas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do art. 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas ‘as condições efetivas da proposta’ [...] (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 286-287).

E, coroando a afirmada intangibilidade do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Lei nº 8.987/95, Lei de Concessões, estabelece, em seu art. 10, que: “Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

A *contrario sensu*, portanto, a modificação do previsto no contrato implica quebra da equação, a obstar, por conseguinte, a interferência judicial.

E nem se diga que a utilização do bilhete eletrônico sugere ofensa à condição de generalidade do serviço público, configurando, na realidade, forma eleita pelo próprio Município, conforme previsão contratual, para viabilizar o acesso ao usuário, indistintamente, descabendo falar em afronta ao disposto na legislação pertinente.

Lado outro, acertado o entendimento no tocante à afirmada venda casada imposta pela Concessionária, ao comercializar o cartão magnético com carga inicial de 05 (cinco) créditos, obrigatoriamente, em afronta ao disposto no art. 39 do CDC, segundo o qual:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; [...]

Na hipótese, ao impedir a aquisição de cartão magnético com o número de créditos necessários e a critério do usuário, praticou a Concessionária a intitulada venda casada, ao obstar a liberdade de escolha do consumidor, acarretando, em observância ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o dever de ressarcimento ao ofendido, consubstanciado na devolução dos valores indevidamente cobrados.

A par disso, deverá a devolução das diferenças atender aos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC, ao prever que, “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

*In casu*, firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ao reconhecer a aplicação da norma nas hipóteses de dolo e culpa da Concessionária:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Prazo prescricional. Repetição de indébito. Tarifa de água e esgoto. Artigo 205 do Código Civil. Devolução em dobro. Improvimento do agravo regimental. (...) 2 - A hipótese não é de restituição simples do indébito, pois a cobrança de tarifa pelo serviço público não prestado (água e esgoto), pela concessionária recorrente, não se deu por erro justificável (engano), senão por culpa, o que acarreta a restituição em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Agravo regimental desprovido” (AgRg no AREsp 147.707/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes - Desembargador convocado do TRF - 1ª REGIÃO, Primeira Turma, j. em 20/8/2015, *DJe* de 31/8/2015).

Assim, a prática ilegal, reconhecida pela própria Concessionária, uma vez que, em pouco mais de quatro meses, alterou o modelo de cartão magnético, possibilitando a compra de apenas um crédito, não pode ser caracterizada como justificável, nem tampouco ser atribuída à fase de implantação do sistema, exigindo-se da empresa, desde a fase de habilitação no certame, capacidade técnica, f. 255/256-Anexo I, constituindo meta da concessão a incorporação das “atualizações tecnológicas verificadas durante a vigência do contrato”, f. 247-Anexo I.

Destarte, imperativo sejam os usuários prejudicados ressarcidos, em dobro, nesta categoria incluídos aqueles que adquiriram o cartão de carga mínima de cinco créditos, no período de 1º/5/2012 a 10/9/2012, e não utilizaram a totalidade dos valores, devidamente listados nos autos nas seguintes classes e números: “a) os que possuem crédito sem utilização (11); b) os 217 (duzentos e dezessete) usuários que tiveram utilizações parciais de 3 (três) a 5 (cinco) no período, a serem identificados pelas partes em sede de liquidação de sentença”.

De se ressaltar que a tarifa cobrada pelo serviço de transporte público possui natureza não tributária, afastando-se, dessa forma, a sistemática de atualização do indébito prevista nos arts. 165 a 168 do CTN e no enunciado nº 162 da Súmula do STJ.

Assim, registra-se o entendimento de que a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índice que reflita a inflação acumulada do período, neste caso o índice estabelecido na tabela fornecida pela Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do pagamento indevido; e os juros moratórios serão equivalentes aos aplicáveis à caderneta de poupança, incidentes a partir da data da citação.

Todavia, nada obstante o posicionamento, inexistindo recurso autoral nesse aspecto, e tendo-se em conta a vedação ao *reformatio in pejus*, impõe-se a manutenção dos consectários, conforme fixado pela sentença.

Por fim, o dano moral coletivo é conceituado por Carlos Alberto Bittar Filho como:

a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerada, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova de culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro*).

Ora, se o dano moral transindividual é perceptível em face da lesão causada, pois resulta em patente sofrimento, angústia, desconforto ou consideráveis prejuízos de ordem extrapatrimonial à coletividade, tem-se como certo que a sua demonstração dispensa prova direta, sendo suficiente a verificação, *de per se*, do fato concretizado. Assim, o sistema jurídico se contenta com a simples ocorrência da conduta danosa, diante da consciência que emerge de que certos fatos atingem e lesionam a esfera da moralidade coletiva.

Contudo, é necessário frisar que no caso do dano moral coletivo, tanto na doutrina como na jurisprudência, tem sido firmado o entendimento de que não é todo o dano que dá ensejo à indenização por danos morais. É preciso que o fato tenha razoável significância e que ultrapasse os limites toleráveis, causando efetivamente um sofrimento coletivo, ou seja, tem que ser grave o suficiente para produzir verdadeiro sofrimento, inquietude social e alterações relevantes na ordem coletiva.

Assim, somente quando haja ultrapassado o limite de tolerância e que o dano tenha atingido efetivamente valores coletivos é que estará configurado o dano moral respectivo. Na dicção de Dionísio Renz Birnfeld (2009, p. 120):

Se a doutrina e a jurisprudência, ao se pronunciarem sobre o dano extrapatrimonial individualmente considerado, ressaltam que as ofensas de menor importância, o aborrecimento banal ou a mera sensibilidade não são suscetíveis de serem indenizados, a mesma prudência deve ser observada em relação aos danos extrapatrimoniais da coletividade. Logo, a agressão deve ser significativa; o fato que agride o patrimônio coletivo deve ser de tal intensidade e extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a ato intolerável.

Dessa forma, cumpre ao julgador analisar, de acordo com o caso concreto, se há efetivamente configuração de dano moral coletivo ou não, dentro do exercício da razoabilidade e da prudência.

Sobre a necessidade de efetiva comprovação do dano moral coletivo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem sido o seguinte:

“Agravo interno no agravo em recurso especial. Processual civil. Consumidor. Ação civil pública. Imposição de cláusula de arbitragem em contratos firmados entre fornecedores de bens imóveis e consumidores. Dano moral coletivo não configuração. Agravo interno desprovido. 1 - ‘A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores” (REsp 1.303.014/RS, Quarta Turma, Relator para acórdão o Ministro Raul Araújo, j. em 18/12/2014 e publicado no *DJe* de 26/5/2015). 2. O dano moral coletivo é aferível *in re ipsa*, dispensando, portanto, a demonstração de prejuízos concretos, mas somente se configura se houver grave ofensa à moralidade pública, causando lesão a valores fundamentais da sociedade e transbordando da justiça e da tolerabilidade. 3. No caso concreto, o alegado dano advém do fato de os consumidores, adquirentes de propriedades imóveis, em razão de convênio estabelecido entre o TJGO, a Segunda Corte de Conciliação e Arbitragem de Goiânia e o Secovi - Sindicato da Habitação de Goiás -, terem ficado obrigados a se submeter a arbitragem para discutir litígios relacionados à aquisição de bens imóveis e a executar as respectivas sentenças arbitrais. Assim, o dano moral eventualmente configurado está relacionado mais propriamente a esfera individual de cada consumidor adquirente de propriedade imóvel que, na prática, tenha sido compelido a se submeter à Corte Arbitral, devendo, se for o caso, o lesado ingressar com a medida judicial cabível para pleitear a indenização. 4 - Não se vislumbra grave ofensa à moralidade pú-

blica ou lesão a valores fundamentais da coletividade, bem como ato que tenha ultrapassado os limites do justo e tolerável, tanto que o Tribunal de Justiça chegou a firmar o aludido convênio. 5 - O processo foi extinto sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, porque o referido convênio foi revogado antes mesmo do ajuizamento da ação civil pública. Mais uma razão, portanto, para se entender que eventuais danos decorrentes da existência do aludido ato surtiram efeitos por curto lapso temporal e atingiram apenas a esfera individual de algum consumidor, não podendo ser ampliados à coletividade. 6 - Agravo interno a que se nega provimento” (AgInt no AREsp 100.405/GO, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 16/10/2018, DJe de 19/10/2018).

Na esteira desse entendimento, conclui-se que, no caso em questão, não restou demonstrado o dano à coletividade, noticiando as próprias testemunhas ouvidas nos autos, f. 2.831/2.833-TJ, terem cessado as reclamações, e que os usuários se adaptaram à implantação, sendo incabível falar, por conseguinte, em grave ofensa à moralidade pública ou aos valores fundamentais da sociedade, nem tampouco que se tenha ultrapassado o limite do tolerável.

Como comprovado, as reclamações foram acompanhadas pelo *Parquet* e pelo Município, sendo, inclusive, direcionadas pelos vereadores ouvidos nos autos, exsurgindo a gradativa solução dos pontos controversos entre os envolvidos, análise a afastar, certamente, a existência do dano moral coletivo.

Ante todo o exposto, dou parcial provimento ao primeiro apelo, para reformar parcialmente a sentença, decotando a condenação da requerida a instituir o sistema de integração ao usuário eventual, “àquele que paga a tarifa em dinheiro”, afastando, ainda, sua condenação em danos morais coletivos, restando prejudicado o segundo apelo.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator o JUIZ DE DIREITO convocado JOSÉ EUSTÁQUIO LUCAS PEREIRA e o DES. MOACYR LOBATO.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO PRIMEIRO APELO, PREJUDICADO O SEGUNDO.

• • •



Apelação cível - Ação ordinária - Previdência privada - Código de Defesa do Consumidor - Migração para novo plano - Aplicação das regras vigentes na data da concessão do benefício - Recebimento de benefício previdenciário - Idade mínima - Abusividade - Inexistência

- O Código de Defesa do Consumidor não incide nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas de previdência complementar (Súmula nº 563, Superior Tribunal de Justiça).

- Havendo alteração das regras do plano de previdência complementar, é inconteste a vinculação das novas regras, a todos os participantes do plano de benefícios, uma vez que os arts. 17, parágrafo único, e 68, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 dispõem que as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo Órgão Público fiscalizador.

- A estipulação de idade mínima para recebimento de “benefício proporcional diferido” não se afigura abusiva, porque visa a manutenção do equilíbrio atuarial da instituição de previdência privada, além de estar em conformidade com o disposto no inciso I do art. 14 da Lei Complementar 109/2001.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.11.029640-1/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Rosângela Maria Nascimento - Apelada: Magnus Sociedade Previdenciária, BB Previdência - 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 REJEITAR PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 26 de setembro de 2018. - *José Flávio de Almeida* - Relator.

### Voto

DES. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Rosângela Maria Nascimento apela da sentença (f. 401/402-v) que, nestes autos de ação ordinária ajuizada em desfavor de Magnus Sociedade Previdenciária, substituída por BB Previdência, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

A apelante (f. 404/419) alega que “não aderiu expressamente às alterações do regulamento, prevalecendo a cláusula do contrato originário, que lhe garantia o pagamento do ‘benefício por desligamento’ previsto nos regulamentos anteriores, independente de as contribuições serem vertidas exclusivamente pelas patrocinadoras. [...] Em 17/12/2007, perdeu o vínculo empregatício com a empresa CEPALI, integrante do Grupo Magnesita, sem que tenha, no entanto, recebido qualquer valor da apelada. Em 3/3/2008, optou pelo “benefício proporcional diferido”, anexo, todavia, o ‘extrato para fins de opção’ (anexo), não apresenta o valor que lhe é devido. Ainda entendendo a apelante estarem preenchidos todos os requisitos de elegibilidade, a apelada lhe informou que qualquer valor lhe seria pago somente aos 65 (sessenta e cinco) anos,



reportando-se à disposição prevista no regulamento então em vigor (itens 6.1 e 7.2.5.). Referida condição, poapeladam (sic), é ilegal” (f. 408/409).

Defende a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, a nulidade das cláusulas abusivas, dentre elas a 6.1 que “limita a idade para resgate dos valores devidos em decorrência do ‘benefício proporcional diferido’” (f.410).

Assevera que “já possuía direito ao recebimento do ‘benefício por desligamento’, que foi substituído pelo ‘benefício proporcional diferido’, posto que a Lei Complementar 109/2001, no artigo 17, garantia a aplicação das regras vigentes na ocasião em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria. [...] A manutenção dos valores correspondentes ao ‘benefício proporcional diferido’ com a apelada lhe possibilita um autofinanciamento com base nas reservas dos participantes, o que é vedado” (f. 416/418).

Pede a reforma da sentença “para declarar a nulidade das cláusulas do regulamento que estabelecem limite de idade para recebimento do ‘benefício proporcional diferido’, antigo ‘benefício por desligamento’, em especial o item 6.1. do regulamento vigente quando do término do vínculo laboral da autora, e condenar a ré no pagamento integral dos valores referentes ao citado ‘benefício proporcional diferido’, que deverá ser apurado em posterior liquidação da sentença, acrescido da rentabilidade do ‘plano de benefícios’ de todo o período em que a parte autora esteve vinculada, e corrigido pelos índices oficiais com aplicação dos expurgos inflacionários na forma da Súmula 37 do TRF da 4ª Região, bem como juros de mora contados do término do vínculo laboral” (f. 419).

Sem preparo por litigar sob o pálio da justiça gratuita (f. 88).

Contrarrazões (f. 421/437) arguindo a perda superveniente do objeto do recurso. Defende a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, sendo incabível, portanto, a inversão do ônus da prova, bem como a obrigatoriedade das cláusulas contratadas.

Ressalta que a apelante “não verteu qualquer contribuição para o plano de benefícios, ou seja, a patrocinadora efetuava contribuição para o conjunto de todos os participantes, não distinguindo a contribuição de forma individual, mas sim de forma coletiva. Em 27/7/2009 a Secretaria de Previdência Complementar, por intermédio do Ofício nº 1.897/SPC/DETEC/CGAT, aprovou alterações de um novo plano de benefícios. [...] O plano de benefícios passou do modelo de plano de benefício definido (BD) para o modelo de plano de contribuição definida (CD). Por conseguinte, em 17/12/2007 o autor perdeu seu vínculo com a patrocinadora, vindo a optar, voluntariamente, no dia 12/3/2008, pelo benefício proporcional diferido (BDP). [...] A parte autora, para fazer jus ao recebimento do benefício proporcional diferido, deverá cumprir os requisitos de elegibilidade do plano, na forma estipulada no seu regulamento, que prevê, expressamente, idade mínima de 65 anos para o recebimento do benefício, estando a conduta da parte ré pautada na lei e no seu regulamento” (f. 433/435).

Esclarece que o benefício proporcional diferido não guarda nenhuma relação com o extinto benefício por desligamento. Pede seja mantida a sentença.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

Da alegada perda superveniente do objeto do recurso.

A apelada afirma que houve perda superveniente do objeto do recurso, posto que “a participante em questão preencheu o termo de opção do resgate no dia 3/6/2015, tendo a BB Previdência pago, em parcela única, no dia 3/7/2015, os seguintes valores, conforme comprovante de depósito. [...] Ademais, os valores foram recebidos sem qualquer embargo pela parte autora” (f. 423/424).

Intimada a se manifestar quanto à preliminar arguida em contrarrazões, a apelante rebateu dizendo que

o pedido inicial não se limita ao valor parcial pago pela seguradora em 3/7/2015. [...] No documento de f. 349 juntado pela ré, pode-se notar que, em 31/7/2008, o Benefício Proporcional Deferido para pagamento único apontava era de R\$19.606,72 [...]. Não está sendo considerado pela ré todo o período que a autora verteu contribuição, logo, o valor a ser pago à autora necessariamente é superior ao mencionado, visto que deve abranger todas as contribuições vertidas. [...] Na preliminar, diz a ré que o valor foi pago em 3/7/2015 por ter a autora atendido todos os requisitos de elegibilidade contidos no regulamento do Plano. Tal afirmação é inverídica. Nota-se que, na contestação, a ré insiste em dizer que a autora não atende o requisito de idade mínima de 65 anos e, por isso, não teria direito ao resgate. Portanto, é incoerente a alegação em sede de preliminar, uma vez que, em 3/7/2015, data do pagamento parcial, a autora possuía 58 anos de idade. [...] Sendo provido o pedido inicial, o que pode ocorrer é o abatimento do valor parcial recebido pela autora na ocasião da liquidação da decisão (f. 450/451).

Em análise ao “comprovante de pagamento do benefício em cota única”, verifico que a apelada creditou na conta da apelante a quantia de R\$4.342,24 (f. 444), sendo que, de acordo com o documento de f. 349 colacionado pela própria apelada, o valor para pagamento único devido à apelante pelo benefício proporcional diferido seria de R\$19.606,72.

Assim, vê-se que o pagamento feito não corresponde à integralidade do que é devido e buscado pela apelante, motivo pelo qual não se verifica a alegada perda superveniente do objeto deste recurso.

Rejeito, pois, a preliminar.

Do mérito.

A apelante se insurge contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais desta ação ordinária, sob os seguintes fundamentos (f. 401/402-v):

[...] Como se sabe, o regime de previdência privada tem caráter complementar e facultativo, sendo operado por entidades autorizadas que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, mediante a constituição prévia de reservas criadas pela contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos. Compulsando o caderno processual, verifica-se que a parte discute a legalidade da cláusula 6.1 e 7.2.5 do Regulamento de Plano de Benefício que integrava a requerente junta à requerida, que assim prevê: “Benefício Proporcional Diferido é o Instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo com a patrocinadora ou com a sociedade antes da aquisição do direito ao Benefício de Aposentadoria normal, optar, desde que esteja há pelo menos 3 anos vinculado ao plano, por receber, no mês em que completar 65 anos de idade, o benefício decorrente dessa opção”. Pois bem. Consoante se depreende dos autos, quando da rescisão do contrato de trabalho da autora, em 17/12/2007, já estava em vigor a Lei Complementar nº 109/01. Referida legislação acabou por dar mais ênfase em relação à obrigatoriedade de se conferir opções ao segurado de resgate da totalidade das contribuições ou de manter seu direito à percepção de benefícios. Na realidade, passou a prever o instituto do “benefício proporcional diferido”, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, mas

desde que cumpridos os requisitos de elegibilidade (art. 14, inciso I). No caso, devidamente comprovado que a parte requerente faz jus ao benefício, em virtude de rescindido seu contrato de trabalho em época (17/12/2007) que se encontrava acobertado pelo benefício previdenciário complementar gerido pela requerida. Contudo, defende a ilegalidade, frente às disposições consumeristas, quanto à regra inserta na cláusula objurgada que prevê o recebimento do benefício somente quando o beneficiário, no caso a requerente, complete 65 anos de idade, pois não foi a ela concedida uma opção. Ocorre que não lhe assiste razão. Com efeito, observa-se que o Regulamento da ré, desde o tempo em que aderiu ao plano de benefícios (admissão), previa o pagamento de “benefício por desligamento”, condicionado, contudo, à complementação pelo participante da idade de 65 anos, ou no mínimo, 55 anos, com redução de 2%. (f. 31). Além disso, não há falar-se em ilegalidade do limite de idade, por si só, pois a própria natureza do benefício previdenciário, seja o diferido ou por desligamento, enseja seu recebimento no momento em que o beneficiário está em fase da vida teoricamente não produtiva, ou menos produtiva. Nesses termos, figura-se um contrassenso afastar tal requisito, na medida em que ocasionaria em grave desequilíbrio à cláusula financeira do contrato, em contrariedade com legislação vigente, tornando inviável o fornecimento do produto/serviço, porque vulneraria a manutenção do equilíbrio atuarial da instituição de previdência complementar. A estipulação, nos termos postos nos autos, de limite de idade está de acordo com a Lei Complementar 109/01, que permite a definição das condições de elegibilidade para a concessão do benefício proporcional diferido (art. 14, I), e, que se encontra previsto no regulamento, no tempo da rescisão do contrato de trabalho, com aprovação por órgão competente, não se vê qualquer eiva de irregularidade ou abusividade. Sobre a imposição de limitação de idade para recebimento de benefício previsto em plano de previdência privada, assim já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça: [...] Nestes termos, percebe-se que o direito da parte autora não está vulnerado, porquanto, assim que atingida a idade prevista, ela deverá receber seu benefício previdenciário, na forma do que se encontra disposto na lei e no regulamento. Assim, a estipulação de idade mínima para recebimento do “benefício proporcional diferido” não é abusiva ou ilegal. III- Dispositivo - Pelo exposto, julgo improcedente o pedido formulado pela requerente, na forma do art. 487, I, do CPC. Condene a parte autora no pagamento das custas e honorários de sucumbência, estes que arbitro em 10% sobre o valor da causa, mas suspendo sua exigibilidade por se encontrar sob o pálio da gratuidade de justiça. Retifique-se o nome do réu no sistema e na capa dos autos para BB Previdência.

Do Código de Defesa do Consumidor.

A apelante defende a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, pelo que devem ser declaradas nulas as cláusulas abusivas.

Nos termos do enunciado na Súmula nº 563 do colendo Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.

A Segunda Seção do Tribunal Superior, na sessão de 24 de fevereiro de 2016, ao apreciar o Projeto de Súmula nº 627 e o julgado no REsp 1.536.786/MG, determinou o cancelamento da Súmula nº 321 invocada pela apelante (f. 410).

A ré Magnus Sociedade Previdenciária era uma entidade fechada de previdência complementar, conforme se vê no estatuto de f. 113/118-v e afirmado pela apelante na petição inicial (f. 02), tendo sido substituída pela apelada BB Previdência, que também é entidade fechada de previdência complementar, nos termos do estatuto de f. 124/138.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor não incide no caso, uma vez que se trata de contrato celebrado com entidade fechada de previdência complementar.

Das cláusulas que estabelecem limite de idade para recebimento de benefício previdenciário.

A apelante objetiva a declaração de nulidade das cláusulas do regulamento que estabelecem limite de idade para recebimento do benefício previdenciário, argumentando que “não aderiu expressamente às alterações do regulamento, prevalecendo a cláusula do contrato originário que lhe garantia o pagamento do ‘benefício por desligamento’ previsto nos regulamentos anteriores” (f. 408).

Com a devida vênia, é inconteste a vinculação das novas regras, a todos os participantes do plano de benefícios, uma vez que os arts. 17, parágrafo único, e 68, § 1º, da Lei Complementar 109/2001 dispõem que as alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo Órgão Público fiscalizador, *in verbis*:

Art. 17. As alterações processadas nos regulamentos dos planos aplicam-se a todos os participantes das entidades fechadas, a partir de sua aprovação pelo órgão regulador e fiscalizador, observado o direito acumulado de cada participante.

Parágrafo único. Ao participante que tenha cumprido os requisitos para obtenção dos benefícios previstos no plano é assegurada a aplicação das disposições regulamentares vigentes na data em que se tornou elegível a um benefício de aposentadoria.

[...]

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

Em relação à alegação de que seria nula a cláusula que “limita a idade para resgate dos valores devidos em decorrência do benefício proporcional diferido” (f. 410), razão não assiste à apelante, renovada vênia.

Quando a apelante aderiu ao plano de benefícios, estava previsto na cláusula 5.6.2 do regulamento que “o valor mensal do benefício por desligamento será uma percentagem sobre seu benefício acumulado, na data do cálculo. [...] Os pagamentos serão iniciados quando forem atingidos 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou poderão se iniciar antes dos 65 (sessenta e cinco) anos, e não antes dos 55 (cinquenta e cinco) anos sendo, nesse caso, aplicada uma redução de 2% a cada ano que a data do primeiro pagamento preceder o 65º (sexagésimo quinto) aniversário do participante” (f. 31).

A cláusula 6.1 do regulamento do plano de benefícios, vigente à época da cessação do vínculo, prevê que “benefício proporcional diferido é o instituto que faculta ao participante, em razão da cessação do vínculo com a Patrocinadora ou com a Sociedade antes da aquisição do direito ao benefício de aposentadoria normal, optar, desde que esteja há pelo menos 3 (três) anos vinculado ao Plano, por receber, no mês em que completar 65 (sessenta e cinco anos) de idade, o benefício decorrente dessa opção” (f. 174).

O inciso I do artigo 14 da Lei Complementar 109/2001 estabelece o benefício proporcional diferido, em razão da cessação do vínculo empregatício com o patrocinador ou associativo com o instituidor antes da aquisição do direito ao benefício pleno, a ser concedido quando cumpridos os requisitos de elegibilidade.

Ora, a estipulação de idade mínima para recebimento de benefício proporcional diferido não se afigura abusiva, porque encontra amparo no dispositivo legal retromencionado e visa a “manutenção do equilíbrio atuarial da instituição de previdência privada”, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

Agravo interno no recurso especial. Ação condenatória. Decisão monocrática que deu provimento ao reclamo, para julgar improcedente a pretensão deduzida na inicial. Insurgência da autora. 1. Limite de idade para a concessão de aposentadoria complementar por tempo de serviço. A jurisprudência da Segunda Seção é no sentido da legalidade da estipulação, pelo Decreto 81.240/78, de limitador etário (55 anos) para concessão do benefício previdenciário, porquanto não caracterizada exorbitância do poder regulamentar atinente à Lei 6.435/77, sobressaindo, igualmente, a imperatividade das normas voltadas à manutenção do equilíbrio atuarial da instituição de previdência privada. Precedentes da Segunda Seção. 2. Regime jurídico aplicável aos participantes. A regra atinente ao limitador etário aplica-se aos participantes que aderiram ao plano após a entrada em vigor do Decreto 81.240/78 (o que se deu em 24/1/1978), ainda que inexistente correspondente previsão no regulamento da entidade de previdência privada. Isto porque “o limite etário introduzido pelo Decreto 81.240/78 não depende de implemento de condição alguma para ser exigido àqueles que se filiaram posteriormente à sua edição (EDcl no REsp 1.135.796/RS, Rel.<sup>a</sup> Min. Nancy Andrighi, Rel.<sup>a</sup> p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, j. em 13/11/2013, DJe 2/4/2014) 3. Norma regulamentar, posterior à adesão do participante, que lhe facultou a percepção antecipada da suplementação de aposentadoria, observado fator redutor da renda mensal inicial (reductor etário). “Como constitui pilar do regime de previdência privada o custeio dos planos por meio do sistema de capitalização, é possível e razoável a estipulação, no contrato de adesão, de idade mínima para que o participante possa fazer jus ao benefício ou a incidência de fator redutor à renda mensal inicial, em caso de aposentadoria especial com idade inferior a 53 anos de idade, ou com 55 anos, para as demais aposentadorias, tendo em vista que a aposentadoria nessas condições resulta, em regra, em maior período de recebimento do benefício, se comparado àqueles participantes que se aposentam com maior idade (Resp 1.015.336/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 20/9/2012, DJe 8/10/2012). 4. Agravo interno desprovido (AgInt no REsp 1509150/CE, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 24/4/2018, DJe de 3/5/2018).

Ainda, como bem observado pelo MM. Juiz de Direito, “não há falar-se em ilegalidade do limite de idade, por si só, pois a própria natureza do benefício previdenciário, seja o diferido ou por desligamento, enseja seu recebimento no momento em que o beneficiário está em fase da vida teoricamente não produtiva, ou menos produtiva. Nesses termos, figura-se um contrassenso afastar tal requisito, na medida em que ocasionaria em grave desequilíbrio à cláusula financeira do contrato, em contrariedade com legislação vigente, tornando inviável o fornecimento do produto/serviço, porque vulneraria a manutenção do equilíbrio atuarial da instituição de previdência complementar” (f. 402).

Com efeito, inexistindo abusividade na cláusula que estipula idade mínima para recebimento de benefício proporcional diferido, porque, em consonância com o previsto no inciso I do artigo 14 da Lei Complementar 109/2001, impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Conclusão.

Diante do exposto, com fundamento no art. 93, IX, da Constituição da República e art. 371 do Código de Processo Civil, rejeito a preliminar e nego provimento à apelação.

Condeno a apelante ao pagamento das custas recursais. E, com fundamento nos §§ 2º, 8º e 11 do art. 85 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios de sucumbência para R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais). Deve ser observado o contido no § 3º do art. 98 do Código de Processo Civil.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AUGUSTO LOURENÇO DOS SANTOS e JULIANA CAMPOS HORTA.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.

• • •

Apelação cível - Ação de cobrança - Rescisão contratual -  
Empréstimo consignado - Lei 19.490/2011 - Desconto em folha de  
pagamento - Não efetivação - Ausência de responsabilidade do  
consumidor - Alongamento do contrato - Previsão contratual

- A impossibilidade de descontos de parcelas do contrato de empréstimo consignado em folha de pagamento não enseja mora autorizadora da exigência antecipada de quitação da integralidade da dívida em contratos firmados com servidor público estadual sob a égide da Lei 19.490/2011.

- Nos termos do parágrafo único do art. 19 da Lei estadual nº 19.490/2011, não se processando a liquidação das parcelas na forma contratada, deverá haver o alongamento da dívida, de forma a permitir a liquidação do contrato.

- Tratando-se de empréstimo consignado, a responsabilidade pela ausência de desconto na folha de pagamento não pode ser atribuída ao consumidor, uma vez que se configura como fortuito interno, inerente ao risco da atividade.

- De acordo com os princípios da informação e transparência, de suma importância na legislação consumerista, as cláusulas contratuais devem ser redigidas de tal forma que se permita a sua imediata e fácil compreensão. Se da leitura do contrato se extrai a possibilidade de seu alongamento, nos casos em que o desconto não se efetiva, não há que se falar em cobrança das parcelas em aberto.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.14.030442-2/001 - Comarca de Uberaba - Apelante: Banco Bradesco Financiamentos S.A. - Apelado: Osmar Manoel Guedes - Relator: DES. ALEXANDRE SANTIAGO**

#### Acórdão

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

Belo Horizonte, 10 de outubro de 2018. - *Alexandre Santiago* - Relator.

#### Notas taquigráficas

DES. ALEXANDRE SANTIAGO - Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de f. 115/116, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de cobrança ajuizada por Banco Bradesco Financiamentos S.A. em face de Osmar Manoel Guedes.

A decisão julgou a improcedência do pedido por considerar que, por se tratar de servidor público estadual, a Lei 19.490/2011 prevê forma própria de agir, de forma que, restando previsto que, no caso, o alongamento é medida que se impõe, não há que se falar em rescisão do contrato.

Inconformado, o autor apresentou apelação às f. 119/142, sustentando inicialmente que o requerido é revel, o que já leva à procedência do pedido.



Pondera, ainda, que, ainda que exista o alongamento da dívida, o valor se tornará impagável, conforme demonstrou por planilha carreada à apelação, de forma que a rescisão do contrato, com a possibilidade de cobrança, é medida que se impõe.

Recurso regularmente preparado.

Com vista para contrarrazões, a parte ficou-se inerte.

É, em síntese, o relatório.

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

Tratam os autos de ação de cobrança, assim denominada pela parte, em que pretende o autor, ora apelante, a rescisão do contrato de empréstimo consignado celebrado com o requerido, ora apelado, bem como o recebimento das parcelas em atraso, ao argumento de que não ocorreram os descontos na folha de pagamento do contratante no valor pactuado.

Inicialmente é de se salientar que, regularmente citada, a parte requerida não apresentou defesa. No entanto, oportuno destacar que os efeitos da revelia são relativos e cedem passo ao conjunto probatório dos autos e ao livre convencimento motivado do magistrado, motivo pelo qual a simples inércia da parte não leva à procedência imediata do pedido.

Compulsando os autos, observa-se que as partes celebraram contrato de empréstimo consignado em que restou estipulado o desconto na folha de pagamento da requerida de 96 parcelas iguais e consecutivas de R\$1.185,60.

É cediço que o empréstimo consignado, ou seja, por meio de desconto em folha de pagamento, garante ao credor o adimplemento da obrigação por meio do empregador do contratante.

Esse desconto é autorizado pelo empregador do financiado, que se associa ao banco na prestação desse serviço, repassando, em seguida, à instituição financeira o valor da parcela contratada por seu servidor e de seu salário descontado.

Conforme documentos carreados aos autos, bem como a confissão do próprio requerido, pela revelia, vê-se que o desconto na sua folha de pagamento não se processou em sua totalidade no período compreendido entre os meses pactuados pelas partes.

Possivelmente tais descontos não se efetivaram por falta de margem consignável.

Contudo, não se pode olvidar que é dever imputado ao banco apelante conferir os dados de quem se propõe a contratar os serviços oferecidos, dentre eles se o valor da parcela contratada se encontra dentro da margem consignável.

Se assim tivesse procedido, teria obtido a informação de que, naquele período, não havia margem consignável favorável à apelada.

Dessa forma, ainda que o desconto não tenha ocorrido por falta de margem, entendo que a responsabilidade não pode ser atribuída à contratante, na medida em que tal fato constitui um risco inerente à atividade.

Frise-se, ainda, que poderia o banco ter se utilizado de outros meios para efetuar o recebimento do empréstimo, mas não o fez, não podendo imputar ao devedor a responsabilidade exclusiva de providenciar o pagamento.

Nesse sentido, entendo que não é a parte requerida a responsável pela não ocorrência dos descontos das parcelas em sua folha de pagamento. Por essa razão, não vislumbro motivo que justifique a rescisão do contrato celebrado entre as partes.

Em relação ao recebimento das parcelas em aberto, entendo também que não faz jus, neste momento, uma vez que restou pactuado expressamente entre as partes a possibilidade de alongamento automático do contrato, conforme cláusula 2.1, f. 12, *in verbis*:

Na hipótese de se tornar impossível a consignação das parcelas do empréstimo, conforme indicado na proposta, em função de dificuldades e/ou impedimentos de natureza administrativa, ou de falta de margem consignável suficiente em nome do cliente, o banco, a seu critério e aqui expressamente autorizado pelo cliente, alongará automaticamente o prazo do empréstimo, de tal sorte que o montante da parcela mensal não seja superior àquele indicado inicialmente na proposta, ficando certo que o juro que incidirá em decorrência do alongamento será aquele mesmo que tiver sido estabelecido também na proposta - f. 12.

Nesse caso, encontrando-se parcelas em aberto, o prazo do contrato se prorrogará automaticamente, na forma mencionada pelo Magistrado singular.

O autor defende o argumento de que a dívida com o alongamento se tornará impagável. Contudo, não observou tal situação quando da contratação, sendo certo que, se existia esta possibilidade, ela poderia ocorrer desde o princípio, fato que agora não é justificativa para não se processar o alongamento.

Apelação cível. Ação de cobrança. Contrato de empréstimo. Consignação em folha de pagamento. Atraso no desconto das parcelas. Vencimento antecipado da dívida. Não cabimento. Servidor público do Estado de Minas Gerais. Lei estadual 19.940/11. Alongamento automático do prazo de pagamento. Recurso não provido. - O atraso do pagamento das parcelas referentes ao empréstimo consignado em folha de pagamento não deve ser imputado ao devedor, salvo se comprovada a ausência de margem consignável. - Nos termos do art. 19 da Lei 19.490/11, que dispõe sobre consignação em folha de pagamento do servidor público ativo ou inativo do Estado de Minas Gerais, em caso de impossibilidade do desconto integral do débito, por ausência de margem consignável, deve ocorrer o alongamento automático do débito, não havendo que se falar na rescisão do contrato, com o vencimento antecipado da dívida (TJMG - Apelação Cível 1.0024.14.239862-7/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Shirley Fenzi Bertão, 11<sup>a</sup> Câmara Cível, j. em 18/4/2018, p. em 24/4/2018).

Apelação. Ação de rescisão contratual c/c cobrança. Contrato de empréstimo bancário. Pagamento mediante descontos em folha de pagamento. Tomador do empréstimo servidor público estadual. Alongamento de dívida. Previsão contratual e legal. Interpretação mais benéfica ao consumidor. Honorários advocatícios. Fixação. - A cláusula contratual e o art. 19 da Lei nº 19.490/2011, que dispõe sobre consignação em folha de pagamento de servidor público ativo ou inativo e de pensionista do Estado, preveem

o alongamento da dívida na hipótese de não haver desconto pactuado, afastando a caracterização da mora para fins de rescisão contratual e vencimento antecipado da dívida. As cláusulas contratuais que regulam a relação de consumo devem ser interpretadas de forma mais benéfica do consumidor, nos termos do art. 47 do CDC. Os honorários de sucumbência devem ser fixados considerando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (TJMG - Apelação Cível, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. em 8/5/2018, p. em 10/5/2018).

Diante de todo o exposto, nego provimento recurso.

Custas, pelo apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FRANCISCO RICARDO SALES COSTA (JD. convocado) e SHIRLEY FENZI BERTÃO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de reparação por danos materiais e morais -  
 Extravio de bagagem - Culpa exclusiva de consumidor -  
 Transporte de réplica de revólver - Item proibido -  
 Furto de objetos - Não comprovação

- A responsabilidade dos fornecedores, segundo o CDC (art. 14), é objetiva. Portanto, independentemente da culpa dos fornecedores, eles respondem pelos danos causados aos consumidores, em razão de defeitos nos serviços que prestam.

- Haverá essa isenção de responsabilidade se o fornecedor provar que não houve defeito na prestação do seu serviço ou demonstrar a existência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, art. 14, § 3º).

- Sem prejuízo das normas de segurança aplicáveis, os passageiros não poderão transportar para as áreas restritas de segurança nem para a cabine de uma aeronave os seguintes artigos: a) pistolas, armas de fogo e outros dispositivos que disparem projéteis - dispositivos que podem ou aparentam poder ser utilizados para causar ferimentos graves através do disparo de um projétil, incluindo: 1) armas de fogo de qualquer tipo, tais como pistolas, revólveres, carabinas, espingardas; 2) armas de brinquedo, réplicas ou imitações de armas de fogo que podem ser confundidas com armas verdadeiras (ANAC, Res. N° 207, de 22 de novembro de 2011, Anexo I).

- Se cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 373, inciso I), a ausência dessa prova implica na improcedência do seu pedido.

**APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0000.18.035084-5/001 - Comarca De São João Del-Rei - Apelante: Júlio de Castro Fagundes Lima - Apelada: TAP Transportes Aéreos Portugueses S/A - Relator: DES. RAMOM TÁCIO**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *Ramom Tácio* - Relator.

#### **Voto**

DES. RAMOM TÁCIO - Trata-se de apelação interposta por Júlio Castro Fagundes Lima contra a sentença (doc. de ordem 46) proferida nos autos ação de reparação por danos materiais e morais ajuizada pelo apelante contra TAP - Transportes Aéreos Portugueses S/A, na qual o MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Preliminarmente, o apelante defende que a sentença é nula, porquanto o magistrado de 1º grau não enfrentou todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão a que chegou, em ofensa à regra prevista no art. 489 do CPC.

No mérito, o apelante diz que o magistrado de primeiro grau não analisou o seu pedido de inversão do ônus da prova, devidamente fundamentado com base no CDC. Acrescenta que é notória a sua condição de vulnerabilidade em comparação com a apelada, razão pela qual a inversão do ônus da prova deveria ter sido deferida.

Argumenta que são evidentes os danos materiais que sofreu, haja vista que a bagagem que despachou junto à apelada lhe foi entregue sem um relógio, um perfume, uma réplica de revólver medieval e um enfeite de metal do Dom Quixote, objetos esses que foram por ele adquiridos em Madrid, na Espanha, pelo valor de € 525,65.

Salienta que é dever da companhia aérea fiscalizar os bens que os passageiros levam em sua bagagem, razão pela qual a apelada não pode invocar a ausência de sua responsabilidade pela violação da bagagem e o consequente furto de objetos que se encontravam em tal bagagem.

Afirma que a violação da sua bagagem, com furto de alguns objetos, é uma situação capaz de configurar lesão a um direito de personalidade seu, razão pela qual isso não pode ser considerado como mero aborrecimento.

Argumenta que a apelada confessa que faltou com zelo na guarda das bagagens, porquanto lhe ofereceu U\$600,00 pelos transtornos sofridos, algo que não foi considerado pelo magistrado de primeiro grau.

Pede a reforma da sentença, para acatar a inversão do ônus da prova e reconhecer a responsabilidade do apelado pelos danos materiais e morais que sofreu.

A apelada apresentou contrarrazões (doc. de ordem 53/54), insistindo na manutenção da sentença.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

I - Preliminar - ausência de fundamentação.

A preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, deve ser rejeitada, porquanto existe, sim, fundamentação de suporte à sentença recorrida.

De fato, o art. 93, IX, da CR/88, impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, cabendo ao órgão jurisdicional, assim, expor as razões que o levaram a decidir a favor ou contra a pretensão que lhe foi apresentada, motivando, então, a formação de seu convencimento.

A jurisprudência, esclarecendo isso, tem entendido que a sentença que apresenta os fundamentos pelos quais o julgador chegou a determinado resultado, ainda que de forma sintética, não é nula. Vale a pena ler:

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Medida cautelar de produção antecipada de provas. Ação de reparação de danos morais e materiais. Resolução contratual. Inadimplemento. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Fundamentação sucinta. Cerceamento de defesa. Revisão do julgado. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula Nº 7/STJ. Livre convencimento motivado. 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva ade-

quadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte. 2. A fundamentação sucinta, desde que suficiente para embasar a decisão, não acarreta a nulidade do julgado. [...] 5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 571.860/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 18/12/2014, DJe 2/2/2015).

No caso em tela, da leitura da sentença, verifica-se que o MM. Juiz sentenciante expôs, suficientemente, as razões que o levaram a julgar procedente o pedido indenizatório, uma vez que entendeu que a apelada não contribuiu para o surgimento do prejuízo moral e material narrado pelo apelante. Se é assim, a sentença está fundamentada.

Seja como for, o STJ também já se manifestou que o art. 489 do CPC/2015 apenas confirma o entendimento daquela Corte sedimentado no sentido de ser dever do julgador enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida:

Processual civil. Embargos de declaração em mandado de segurança originário. Indeferimento da inicial. Omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência. 1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço. 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. 3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente *mandamus* e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas. 4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal *decisum*. 5. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no MS 21.315/DF, Rel.<sup>a</sup> Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), 1ª Seção, j. em 8/6/2016, DJe 15/6/2016).

Em face do exposto, rejeito a preliminar de nulidade por falta de fundamentação da sentença.

## II - Mérito.

Na petição inicial, o apelante apelado requereu a condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, em razão dos prejuízos que sofreu devido ao extravio de sua bagagem, quando o apelante voltava de uma viagem internacional.

Segundo o apelante, ele teria ficado 09 dias sem sua bagagem e, quando teve acesso a essa bagagem, descobriu que ela havia sido violada e que teriam sido furtados dela um relógio, um perfume, uma réplica de revólver medieval e um enfeite de metal do Dom Quixote, objetos esses que foram adquiridos pelo apelante em Madrid, na Espanha.

Na sentença (doc. de ordem 46), o magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos iniciais, sob o fundamento de que a apelada não contribuiu para o surgimento do prejuízo moral e material narrado pelo apelante. Inconformado, o apelante interpôs o presente recurso. Sem razão.

Em primeiro lugar, tem-se que, ao alegar a ocorrência do furto de objetos que estavam em sua bagagem, o apelante atraiu para si o ônus da prova desse fato, constitutivo de seu direito (CPC, art. 373, I). Com efeito, não houve inversão do ônus probatório em decisão do juiz. E nem se diga que seria o caso dessa inversão, porque não houve demonstração do preenchimento dos requisitos previstos no art. 6º, VIII, do CDC.

Como se sabe, a inversão do ônus da prova foi introduzida no nosso ordenamento jurídico, de forma expressa, pelo art. 6º, VIII, do CDC (Lei nº 8.078/90), que institui como direito básico do consumidor:

a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

A hipossuficiência para o CDC é a impossibilidade do consumidor de produzir a prova no caso concreto. Ocorre, portanto, graças à dificuldade do consumidor em provar o fato alegado, em razão de desvantagem, que pode ser de natureza técnica, processual ou estrutural, que dificulta ou impossibilita a defesa do seu direito em juízo.

No caso, o apelante não deve ser considerado hipossuficiente, uma vez que não se verifica nenhuma dificuldade para que ele comprovasse os fatos que alegou. Com efeito, sequer existe alegação de qual dificuldade seria essa, sendo certo que é insuficiente a sustentação dele, de que ele é a “parte vulnerável”.

Da mesma forma, não se podem considerar verossímeis as alegações do apelante. Isso porque, dos documentos de ordem 10 a 14, nos quais consta a troca de e-mails entre ele e a apelada, não se vê o real conteúdo da reclamação que teria sido feita pelo apelante. Aliás, os únicos objetos citados como extraviados são o “Dom Quixote de La Mancha” e “Medieval”, não existindo menção ao perfume e relógio que, na petição inicial, o apelante também alega que foram extraviados.

Portanto, sendo certo que não era caso de inversão do ônus da prova, o apelante deveria comprovar que os objetos que ele indicou na petição inicial estavam em sua bagagem e foram furtados, quando estavam sob os cuidados da apelada (CPC, art. 373, I). Entretanto, prova assim não foi feita.

Ora, o boletim de ocorrência, no qual consta apenas declarações unilaterais do apelante (doc. de ordem 06), não está ajustado com nenhuma outra prova de amparo, sendo assim prova frágil.

O fato de a apelada também ter oferecido determinado valor em crédito de viagem ao apelante, como forma de reparar os “inconvenientes causados”, não significou que ela admitisse responsabilidade pelo furto dos itens citados pelo apelante, pois mera proposta de acordo, que não implica no reconhecimento da procedência do pedido.

Outrossim, no que concerne ao fato superveniente informado na petição de f. 833/834 (e-STJ), qual seja, a realização de audiência de conciliação entre as partes, cabe anotar que a mera proposta de acordo não implica o reconhecimento do pedido, não havendo, destarte, qualquer influência dessa circunstância no julgamento do recurso especial (EDcl no Recurso Especial nº 1436810/PR (2014/0035303-5), Rel.<sup>a</sup> Min. Nancy Andrighi, Brasília/DF, 10/10/2018).

A transação deve ser interpretada de forma restritiva (CC, art. 843). No caso, não há qualquer afirmação da apelada nos e-mails citados (docs. de ordem 10 a 14) no sentido de que reconheceu que os bens indicados pelo apelado foram extraviados, quando estavam sob os cuidados dela. Não houve confissão extrajudicial pela apelada ou, mesmo, reconhecimento da procedência do pedido por parte desta.



Por outro lado, deve ser dito que o apelante deu causa à retenção de sua bagagem. O doc. de ordem 11 mostra, inclusive, essa retenção em Lisboa, Portugal. Ora, diz ele que levava em sua bagagem uma “réplica de revólver medieval”, cujo transporte era proibido pela ANAC (Resolução ANAC N° 207, de 22 de novembro de 2011). Assim, os bens que nela se encontravam podem ter sido extraviados por meio de outras ações, que não a da apelada. Com efeito, esta legislação do CC merece citação:

Art. 738. A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço.

Parágrafo único. Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano.

Dessa forma, não se pode imputar à apelada responsabilidade alguma em face do apelante, pois, quando existe culpa exclusiva do consumidor (CDC, art. 14, § 3º), não existe responsabilidade do fornecedor.

Os seguintes julgados do STJ também devem ser lidos:

Administrativo e processual civil. Agravo interno no recurso especial. Falha na prestação do serviço de transporte aéreo. Extravio de bagagem. Reparação por danos morais e materiais. Acórdão que, à luz de resolução da ANAC e das provas dos autos, concluiu pela inexistência do dever de indenizar. Controvérsia que exige análise de resolução. Ato normativo não inserido no conceito de lei federal. Impossibilidade de revisão, na via especial. Súmula 7/STJ. Agravo interno improvido. I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 20/3/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/2015. II. Na origem, trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, proposta pela parte ora agravante em desfavor da TAM Linhas Áreas S/A, em decorrência dos danos decorrentes do extravio de sua bagagem, em transporte aéreo internacional. III. O Tribunal de origem, com base na Resolução 2013 da ANAC e no exame dos elementos fáticos dos autos, concluiu pela inexistência do dever de indenizar. Segundo o acórdão, “o caso dos autos [...] reveste-se de peculiaridade, que é apta a excluir a responsabilidade civil da apelante. Isso porque o autor alegou que teriam sido furtados da sua bagagem despachada um anel de diamantes e uma câmera fotográfica os quais possuíam um expressivo valor (\$1.050,00 euros e \$154,39 euros)”. Contudo, registra que “o apelado não respeitou as regras de transporte de bagagem e, por sua conta e risco, decidiu transportar objetos de valor em bagagem despachada sem declará-los”, concluindo, portanto, que “o dano foi causado por culpa exclusiva sua”. IV. Na forma da jurisprudência, “o apelo nobre não constitui via adequada para análise de ofensa a resoluções, portarias ou instruções normativas, por não estarem tais atos normativos compreendidos na expressão “Lei Federal”, constante da alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal (STJ, REsp 1.613.147/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 13/9/2016). V. Ademais, o entendimento firmado pelo Tribunal *a quo*, no sentido de que não restaram configurados os requisitos do dever de indenizar, não pode ser revisto, na via eleita, sob pena de ofensa ao comando inscrito na Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ. VI. Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1632792/SC, Rel.ª Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 21/9/2017, DJe 28/9/2017).

Civil. Processual civil. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Ausência de prequestionamento dos arts. 734 e 927 do CC. Indenização. Transporte aéreo. Extravio de bagagens. Objetos de alto valor não declarados. Cláusula contratual. Súmula N° 5 do STJ. Fundamento do acórdão não impugnado de forma objetiva. Aplicação da Súmula N° 284 do STJ. Agravo regimental não provido. 1. Inaplicabilidade do NCPD a este julgamento ante os termos do Enunciado

Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 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. Ausente o prequestionamento dos arts. 734 e 927 do CC/02 sem que o recorrente tenha oposto embargos de declaração, é de rigor a incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. 3. A deficiência na fundamentação do recurso especial atrai a aplicação, por analogia, da Súmula nº 284 do STF. No caso, não foi eficientemente enfrentado pelo recorrente o fundamento do acórdão, segundo o qual não seria devida a indenização de bens eletrônicos de alto valor, pois foram despachados sem a devida declaração de embarque, conforme exigido em expressa cláusula contratual. 4. Havendo a Corte local concluído, com apoio em cláusula contratual não contestada, que a transportadora aérea não possui responsabilidade de indenizar o extravio de bens de alto valor não declarados, o exame da pretensão recursal está obstado pela Súmula nº 5 do STJ. 5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 826.849/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 8/11/2016, DJe 18/11/2016).

Com tais razões de decidir, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Condeno o apelante ao pagamento da integralidade das custas processuais e das custas recursais.

Quanto aos honorários advocatícios fixados na condenação de 1º grau, passo eles para 15% do valor da causa, compreendidos os recursais (CPC, art. 85, § 11).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT e OTÁVIO DE ABREU PORTES.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Recursos de apelação - Ação ordinária proposta contra o Município de Uberaba e os proprietários dos apartamentos de um determinado edifício - Ausência de síndico - Citação de apenas um dos proprietários - Nulidade - Necessidade de citação de todos os proprietários ou do síndico - Recurso provido - Sentença cassada

- É nula a citação do condomínio em pessoa diversa do síndico, não podendo se presumir que um dos condôminos seja o síndico tão somente porque recebeu um mandado de citação. Se há condomínio regular, mas não há síndico nomeado, devem ser citados todos os condôminos para responder à ação proposta contra o edifício.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.13.038083-8/001 - Comarca de Uberaba - 1º Apelante: Município de Uberaba - 2º Apelante: Rodrigo Prata Gallo - Apelado: Rodrigo Prata Gallo, Município Uberaba - 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 ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE, SUSCITADA PELO MUNICÍPIO, E CASSAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO DO AUTOR.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2018. - *Carlos Roberto de Faria* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. CARLOS ROBERTO DE FARIA - Trata-se de recursos de apelação aviados, às f. 431/436, pelo Município de Uberaba e, às f. 438/449, por Rodrigo Prata Gallo, nos autos da ação ordinária que o 2º apelante move em desfavor do primeiro e de outros, ambos demonstrando inconformismo perante a sentença proferida às f. 420/422, que julgou procedentes os pedidos em relação ao Município de Uberaba e o condenou a indenizar o autor pelos danos materiais referentes aos valores documentalmente comprovados nos autos através de recibos de táxi (f. 42/3), com correção monetária e juros de 1% ao mês a partir do desembolso, pelos danos morais, no importe de R\$2.500,00, e pelos danos estéticos, em R\$2.500,00.

Determinou que “os valores referentes aos danos estéticos e morais devem ser corrigidos desde a data do evento danoso, com base no artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, até a presente data, e, a partir desta data, com correção monetária e os juros de mora pelos índices da caderneta de poupança, até o efetivo pagamento”. Condenou o Município em honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação.

O 1º apelante, Município de Uberaba, traz que não houve a citação do condomínio, na pessoa de seu síndico, para integrar a lide, pelo que o processo deve ser anulado. Defende que “compete ao Condomínio a responsabilidade pelo seu lixo. Impor ao Poder Público a responsabilidade por tudo que acontece em seu território

é desarrazoado”. Alega que a responsabilidade *in casu* é subjetiva e que não há prova nos autos em relação à municipalidade, “o que é suficiente para romper o nexo causal, à luz da proporcionalidade”.

Narra que os fatos alegados pela parte autora não são verdadeiros e que o Boletim de Ocorrência foi lavrado muito tempo depois do alegado acidente, tratando-se de documento unilateral. Destaca que nenhum morador do Edifício tomou conhecimento do mesmo. Completa que a lixeira existe no local há mais de 20 (vinte) anos e que, até então, ninguém tinha se acidentado, de forma que o “suposto evento foi causado por culpa exclusiva da vítima”. Diz que inexistem provas de que o acidente, de fato, tenha ocorrido no local alegado.

Acrescenta que as fotos juntadas também não são suficientes para comprovar as alegações da inicial e que cabia ao autor juntar, pelo menos, três orçamentos, para que assim pudesse ver ressarcidos os supostos danos materiais. Caso mantida a sentença, pede que seja observada a legislação aplicável à Fazenda Pública concernente a juros de mora e atualização monetária sobre a condenação. Ao fim, pugna pelo provimento do recurso e decretação de nulidade da sentença, “ante à falta de citação do condomínio, bem como excluir toda e qualquer indenização em relação ao Município, uma vez que não houve culpa, tampouco conduta antijurídica por parte do poder Público”.

Sucessivamente, pede a reforma da sentença para que seja reconhecida a culpa concorrente da vítima e reduzido o *quantum* indenizatório, excluídos os danos materiais, uma vez que inexistiram danos provados e excluída a indenização por dano moral, já que incabível na espécie. Pede, ainda, a aplicação da Lei nº 9.494/97 no tocante a juros de mora e atualização monetária.

O autor, por sua vez, traz, em suas razões recursais, que o valor da condenação foi irrisório. Afirma que a situação a que se submeteu, “em virtude da lixeira instalada de forma irregular, ou seja, no meio da calçada, gerou-lhe consideráveis abalos psíquicos e físicos aptos a ensejar a compensação via indenizatória”. Defende que o valor fixado não é suficiente a título educativo nem para minimizar a dor sofrida.

Segue dizendo que o valor dos danos estéticos também foi baixo e que o corte no braço direito sofrido veio a quase deixá-lo paralisado, causando cicatriz de grande tamanho. Ao fim, pede a majoração dos danos morais para valor não inferior a 20 (vinte) salários mínimos vigentes e a majoração dos danos estéticos para valor também não inferior a 20 (vinte) salários mínimos vigentes.

Às f. 451/459, o Município de Uberaba apresentou novo recurso de apelação.

Às f. 463/470, o autor, 1º apelado, apresentou contrarrazões ao recurso de apelação apresentado pelo Município de Uberlândia, pedindo, inicialmente, o não conhecimento da 2ª apelação apresentada, em razão do princípio da preclusão consumativa. Pede o desprovimento do 1º recurso.

O Município pediu, à f. 472-v, o desentranhamento do recurso aviado.

Fabiano Vilela Mundim se manifestou às f. 479/482, pedindo a manutenção da sentença na parte em que julgou improcedente o pedido em relação ao petionário Fabiano e ao condomínio.

O Município não apresentou contrarrazões contra o recurso apresentado pelo autor, conforme certificado à f.483.

Às f. 497/498, determinei a intimação das partes para que se manifestassem sobre a petição apresentada por Fabiano Vilela Mundim às f. 479/482, bem como para que se manifestassem sobre a preliminar que suscitei de não conhecimento do recurso em relação ao pedido de alteração dos consectários legais, por ausência de interesse recursal.

O Município de Uberaba se manifestou às f. 500/503, dizendo não se opor quanto à citação de todos os proprietários do edifício, bem como dizendo discordar da preliminar suscitada, “já que exorbitante o *quantum* fixado a título de honorários advocatícios em sentença de primeiro grau”.

Decorreu o prazo sem que 2º apelante se manifestasse (f. 507).

Tendo em vista a inércia do autor, certificada à f. 507, determinei novamente que se manifestasse sobre a petição de f. 479/782, especificamente sobre a alegação de que não há síndico nomeado no condomínio e que, portanto, todos os proprietários devem ser citados.

Novamente, decorreu o prazo legal sem que o 2º apelante se manifestasse (f. 510).

Intimado para se manifestar sobre o não conhecimento do 2º recurso de apelação aviado, em razão da preclusão consumativa, conforme f. 512, o Município de Uberaba se manifestou à f. 514, afirmando que, de fato, o 2º recurso aviado por ele não devia ser reconhecido. Pediu, no entanto, o conhecimento do 1º recurso aviado.

É o relatório.

Inicialmente, considerando que a legislação processual que rege os recursos é aquela da data da publicação da decisão judicial e em atenção à Teoria do Isolamento dos Atos Processuais, o presente recurso deverá ser analisado segundo as disposições do atual Código de Processo Civil, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Da admissibilidade recursal.

O Município de Uberaba interpôs 2 (dois) recursos de apelação, às f. 431/436 e às f. 451/459.

Intimado sobre a impossibilidade de se conhecer do segundo recurso, em razão do princípio da preclusão consumativa, o próprio Município reconheceu a impossibilidade de ser conhecido do 2º apelo, pleiteando, no entanto, o conhecimento do 1º apelo.

Assim, diante do princípio da preclusão consumativa, não conheço do segundo recurso de apelação aviado pelo Município de Uberaba (f. 451/459).

Conheço do 1º recurso aviado pelo Município (f. 431/436), porquanto presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Conheço também do recurso aviado pelo autor, porquanto também estão presentes seus pressupostos de admissibilidade.

Nulidade processual suscitada pelo município: ausência de citação dos proprietários dos imóveis do edifício situado na Rua Olegário de Queiroz, nº 555.

A presente ação foi proposta contra o Município de Uberaba e outros 8 (oito) réus, proprietários das unidades habitacionais do edifício situado na Rua Olegário de Queiroz, nº 555, haja vista que o autor diz que a lixeira que supostamente teria sido instalada de forma irregular é de propriedade do referido edifício.

Na inicial, o autor esclareceu que não foi identificada a existência de condomínio em referido edifício e, em razão disso, inclui todos os proprietários das unidades habitacionais no polo passivo.

A inicial foi instruída com os docs. de f. 5/225.

Inicial emendada às f. 231/233, para alteração do valor dado a causa.

Determinada a citação à f. 234.

Apesar de terem sido incluídos todos os proprietários do imóvel no polo passivo da lide, foi citado tão somente um deles, qual seja Fabiano Vilela Mundim (f. 247), sendo que o oficial de justiça não logrou êxito em encontrar os demais proprietários nos endereços indicados, conforme se verifica às f. 237/257.

À f. 309, o autor se manifestou, pedindo a citação por edital dos demais réus, por “estarem em lugar incerto e não sabido”.

Nova manifestação do autor à f. 340, informando que o condomínio é denominado como Edifício Tamboril e que o Sr. Fabiano Vilela Mundim seria o síndico. Assim, pediu a retificação do polo passivo, para que o condomínio fosse incluído e fosse determinada a citação dele na pessoa do síndico. Juntou o doc. de f. 343/354.

O referido documento se trata de uma convenção de condomínio, na qual foram estabelecidas diversas coisas, dentre elas que a administração e representação do condomínio seria feita por um síndico. No entanto, não houve a nomeação de nenhum síndico em referido documento.

Não obstante a ausência de comprovação de que Fabiano Vilela Mundim fosse o síndico do edifício, foi ele citado para representá-lo (f. 362).

Ato contínuo, ele apresentou a contestação de f. 364/373, dizendo que não existe condomínio no edifício e que não poderia ser responsabilizado pela defesa de todo o condomínio. Disse não haver nos autos nenhum demonstrativo de que houve uma eleição na qual tenha sido nomeado como síndico, sendo que é apenas um dos proprietários. Arguiu ser nula a citação do condomínio em pessoa diversa do síndico.

De fato, é nula a citação do condomínio em pessoa diversa do síndico, não podendo se presumir que o Sr. Fabiano seja o síndico tão somente porque recebeu um mandado de citação.

Ora, os documentos de f. 343/354 revelam que há condomínio regular, mas não há síndico nomeado. Em razão disso, devem ser citados todos os condôminos.

Dessa forma, uma vez que só foi citado o condômino Fabiano e levando em consideração que não há nos autos nenhum reconhecimento de que ele seja o síndico ou o representante legal, tendo em vista, ainda, que ele nega expressamente tal fato, há nulidade processual há ser sanada, não havendo que se falar em julgamento do feito sem a correta citação dos réus.

A nulidade em razão da ausência de citação dos condôminos em causas que afetam interesse deles já foi reconhecida neste Tribunal:

Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de sentença (*querela nullitatis*). Ação de usucapião. Ausência de citação dos confinantes. Indenização. Dano material não comprovado. Multa diária. Razoabilidade. - A ausência de citação de todos os confinantes, condôminos do imóvel usucapiendo e respectivos cônjuges acarreta a nulidade do processo. - Para condenação em danos materiais, imprescindível que sejam efetivamente comprovados, pois não podem ser presumidos. - Não deve ser reduzida a multa cominatória arbitrada com razoabilidade e hábil para cumprir a sua finalidade (TJMG - Apelação Cível 1.0106.11.006373-7/001, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, j. em 706/2017, p. em 13/06/2017)

Apelações cíveis. Ação demarcatória. Ausência de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. Litisconsórcio necessário unitário. Ausência de citação de todos os condôminos. Ineficácia da sentença. Nulidade de todos os atos praticados a partir do despacho inicial. - Nos exatos termos do art. 952 do Código de Processo Civil, qualquer condômino é parte legítima para promover a demarcação do imóvel comum, citando-se os demais como litisconsortes. - A ausência de citação dos litisconsortes necessários acarreta a ineficácia da sentença e, sendo constatada antes de seu trânsito em julgado, impõe a declaração de nulidade de todos os atos praticados pelo juízo e pelas partes no processo, determinando-se que se proceda à citação dos demais condôminos do imóvel demarcando. - Preliminar suscitada de ofício. Nulidade de todos os atos praticados pelo juízo e pelas partes à revelia dos litisconsortes necessários. - Remessa dos autos à primeira instância para que os autores promovam a citação dos demais condôminos do imóvel demarcando. - Recursos prejudicados (TJMG - Apelação Cível 1.0569.06.007193-7/001, Rel. Des. Veiga de Oliveira, 10ª Câmara Cível, j. em 24/2/2015, p. em 6/3/2015).

Em conclusão, acolho a preliminar de nulidade, suscitada pelo Município e casso a sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para que os condôminos sejam devidamente citados para responder a ação.

Prejudicado o recurso do autor.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FÁBIO TORRES DE SOUSA (JD. convocado) e TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO.

*Súmula* - ACOLHERAM PRELIMINAR DE NULIDADE, SUSCITADA PELO MUNICÍPIO, E CASSARAM A SENTENÇA.

• • •



Ação civil pública - Plano de saúde coletivo - Rescisão do vínculo entre operadora e instituidora - Possibilidade - frustração de expectativa de acompanhamento pré-natal e parto - Defeito no serviço prestado pela operadora e nexo de causalidade com o dano experimentado pela beneficiária - Não demonstração - Ônus da prova - Fato constitutivo do direito do autor - Inteligência do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil - Dever de indenizar - Inexistência

- É imprescindível, para o acolhimento de pretensão indenizatória fundada no art. 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a demonstração da efetiva existência de defeito no serviço prestado pelo réu, bem como do nexo de causalidade entre a conduta dele e os danos sofridos pelo autor.

- A vedação ao cancelamento imotivado, prevista no art. 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, somente é aplicável aos planos de assistência à saúde individuais e familiares, não se estendendo aos planos contratados de forma coletiva.

- Regularmente operada a rescisão do contrato coletivo de prestação de serviços médicos e hospitalares, por acordo de vontades entre a pessoa jurídica instituidora e a operadora, não caracteriza defeito no serviço prestado por esta última a negativa de custeio de tratamento solicitado por beneficiário do plano cancelado.

- Incumbe ao autor o ônus da prova em relação aos fatos constitutivos de seu direito, nos termos do art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Vv.: Apelação cível. Ação civil pública. Direito individual indisponível. Direito à saúde. Pedido de efeito suspensivo ao recurso. Indeferimento - Aplicação do art. 1.012, V, do CPC/2015. Cancelamento unilateral do plano de saúde. Consumidora primigesta. Gestação de risco. Danos morais. Cabimento. Recurso desprovido.

- O art. 1.012, *caput*, do CPC/2015 dispõe que a Apelação, regra geral, terá efeito suspensivo. Entretanto, à inteligência de seu inciso V, quando a sentença confirmar, conceder ou revogar tutela provisória, o recurso será recebido somente no efeito devolutivo.

- O cancelamento unilateral, e sem aviso prévio, do plano de saúde ao qual a consumidora primigesta se vinculava, em especial por vivenciar esta, à época, gestação de risco, é fato gerador de condenação da seguradora de saúde por danos morais.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.18.052786-3/001 - Comarca de Uberlândia - Apelante: Unimed Uberlândia - Cooperativa Regional de Trabalho Médico Ltda. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PEDRO BERNARDES**

## Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em INDEFERIR PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *Pedro Bernardes* - Relator.

## Voto

DES. PEDRO BERNARDES - Cuida-se de Apelação Cível interposta por Unimed Uberlândia - Cooperativa Regional de Trabalho Médico Ltda. contra a r. sentença de f. 216-222 (doc. 54), proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia, nos autos da Ação Civil Pública (ACP) com Requerimento de Tutela de Urgência na Modalidade de Outorga Específica de Obrigação de Fazer, em face do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG) - que, neste feito, atua em defesa de direito individual indisponível de J.P.D. -, decisão esta que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo *Parquet* mineiro na exordial.

Em síntese, aduz a apelante que não merece prosperar sua condenação ao pagamento de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais à consumidora, uma vez que considera o ocorrido mero dissabor e incômodo da vida, pois, à sua visão, não restou provado, nos autos, violação a qualquer “[...] direito da personalidade, como a privacidade, a honra, a imagem, a reputação, o nome, a saúde e até mesmo a vida” da interessada, f. 238 (doc. 62). Pugna a apelante, igualmente, pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, bem como de consideração da reversão do perigo na demora, sob a justificativa de risco a seu equilíbrio financeiro e à solvência de seu fundo de assistência, o que, a seu ver, prejudicaria todos os demais usuários dos serviços do plano Unimed Uberlândia.

Contrarrrazões do MPMG às f. 257-265 (doc. 64), peça em que o *Parquet* pugna pela manutenção *in totum* da sentença primeva.

Preparo devidamente recolhido pela apelante, f. 242-243 (docs. 58 e 59), nos termos do art. 1.007 do Código de Processo Civil (CPC/2015).

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Ato contínuo, por existir pedido expresso da apelante quanto à concessão de efeito suspensivo à apelação, procedo, então, à sua análise.

Pedido de efeito suspensivo ao apelo.

Requeru a apelante a atribuição de efeito suspensivo ao recurso, nos termos do que preconiza o artigo 1.012, *caput*, do CPC/2015.

Entendo, todavia, que não lhe assiste razão.

Vejamos.

Como dito, trata-se de apelação interposta pela apelante contra a r. sentença de f. 216-222 (doc. 54), que confirmou integralmente os efeitos da tutela provisória de urgência concedida à interessada, J.P.D. , f. 78-82 (doc. 14), e condenou a apelante ao pagamento de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de indenização por danos morais à consumidora, bem como a arcar com as custas processuais.

O MM. Juiz *a quo* balizou as motivações de sua decisão no entendimento de ter restado provado, nos autos, a ilicitude e a abusividade da conduta da apelante em desvincular a interessada do plano de saúde Unimed Uberlândia, sem aviso prévio ou possibilidade de migração para outro tipo de contrato de adesão, em especial porque, à época da propositura da exordial da ACP, esta se encontrava primigesta, com 33 semanas de gestação, e vivenciava um pré-natal de risco, tanto em função de sua idade, 40 anos, como por ser a ora apelada, naquela época, portadora de nefrolitíase com quadro de infecção urinária, f. 32 (doc. 04).

Desse modo, a sentença prolatada em 1º Grau e ora vergastada no apelo, reiterou a tutela provisória de urgência concedida previamente, imposta à apelante nos seguintes termos:

[...] determino à empresa demandada que, em 24 horas, a contar do recebimento do respectivo mandado de intimação desta decisão, reintegre a consumidora J.P.D. ao plano Unimed Uberlândia e libere a cobertura dos exames e procedimentos, além do parto cesariano e outros tratamentos eventualmente descritos em relatório médico prescrito por profissional com registro perante o Conselho Regional de Medicina, sob pena de pagamento de multa para cada dia descumprido no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a trinta vezes do aludido valor, em caso de descumprimento da presente ordem, nos termos do que dispõe o art. 297, do CPC, f. 8 (doc. 14).

Nesta toada, hialino perceber que a concessão da tutela provisória, em especial por seus fundamentos, ilumina, *in casu*, a aplicação do comando expresso do art. 1.012, § 1º, V, do CPC/2015, e não a regra geral contida no *caput* deste dispositivo, a qual estabelece, ordinariamente, efeito suspensivo às apelações.

Relevante destacar, ainda, que, no mérito, o recurso interposto apenas expressa irresignação no que tange a condenação da apelante ao pagamento de indenização por danos morais à apelada, estando, pois, as demais questões decididas na sentença sob o manto da coisa julgada, o que afasta e obstaculiza, a meu ver, a aplicação do § 4º do art. 1.012 do CPC/2015 ao caso, sobretudo por inexistir, com a manutenção dos efeitos da sentença até o julgamento do mérito do apelo, risco de dano grave ou de difícil reparação à apelante.

Assim, pelas razões acima expostas, indefiro o pedido de efeito suspensivo à apelação e recebo o recurso apenas em seu efeito devolutivo, nos termos do que preconiza o art. 1.012, § 1º, V, do CPC/2015.

Por não haver questões preliminares levantadas pelas partes ou a serem suscitadas de ofício, passo ao exame do mérito recursal.

Mérito.

O ponto de inconformismo da apelante frente à r. sentença refere-se à sua condenação ao pagamento de R\$5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais à apelada.

Entretanto, compulsando atentamente os autos, entendo que tal questão abordada no apelo foi desatada com acerto pelo MM. Juiz de 1º grau, devendo ser mantida, pois, a condenação imposta à apelante pelo Juízo *a quo*.

Vejamos.

Dano moral, conforme conceitua o civilista Flávio Tartuce, é “a lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira [...] configurando-se em um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial” gerado a alguém.

Em complementares lições de Carlos Alberto Bittar:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social).

Desse modo, a meu sentir, o cancelamento unilateral, e sem aviso prévio, do plano de saúde que a apelada possuía contratado e em vigência com a apelante, em especial no momento em que a apelada encontrava-se primigesta, com 33 semanas de gestação, e vivenciava um pré-natal de risco, tanto em função de sua idade, 40 anos, como por ser portadora, à época, de nefrolitíase com quadro de infecção urinária, f. 32 (doc. 04), é fato gerador da condenação da seguradora de saúde por danos morais, uma vez que resta configurada a prática de ato ilícito pela apelante, o qual ocasionou à consumidora aflições, dissabores, aborrecimentos e despesas financeiras não planejadas, justamente quando esta mais necessitava dos serviços de saúde cobertos pela apelante.

Corroboram este entendimento, hodiernos acórdãos desta Corte de Justiça, *in verbis*:

Apelação. Plano de saúde. Cobertura de tratamento. Internação domiciliar. Danos morais. Quantificação. Termo inicial dos juros de mora. [...] - Nos casos de recusa indevida de cobertura médica, é presumida a caracterização do dano moral. A injusta recusa na cobertura do procedimento médico recomendado atinge a esfera da higidez psicológica da beneficiária e contratante do plano de saúde, com desestabilização da sua integridade anímica e repercussão na esfera dos sentimentos negativos experimentados. Indenização por danos morais devida [...] (Apelação Cível nº 1.0313.14.021296-7/002 - Rel. Des. Tiago Pinto, j. em 5/7/2018, p. em 13/7/2018).

Ação de obrigação de fazer *c/c* indenização. Relação de consumo. Ilegitimidade passiva. Preliminar rejeitada. Plano de assistência médica. Negativa de cobertura. Danos morais configurados. Sentença mantida. [...] 3) Consoante precedentes do STJ, a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário (Apelação Cível nº 1.0024.12.271882-8/001 - Rel. Des. Marcos Lincoln, j. em 10/7/2018, p. em 12/7/2018).

Apelação cível. [...] Direito à permanência no plano de saúde. Dever de indenizar. Danos morais ocorridos. Fixação do *quantum debeatur*. Responsabilidade solidária. Inocorrência. Devolução em dobro. Ausência de má-fé. Honorários. Percentual majorado. [...] 5 - A responsabilidade civil se apura quando demonstrada a culpa, o dano e o nexo de causalidade, recaindo na responsabilidade do infrator o dever de indenizar os danos sofridos pela vítima. 6 - Restou configurado o dano moral que deverá ser inden-

zado, por ter havido cancelamento indevido do contrato, provocando constrangimentos e apreensão na autora quando mais precisava da cobertura. 7 - A fixação do *quantum* indenizatório a título de danos morais é tarefa cometida ao juiz, devendo seu arbitramento operar-se com razoabilidade, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico da parte ofendida, o porte do ofensor e, ainda, levando-se em conta as circunstâncias do caso (Apelação Cível nº 1.0024.08.101486-2/001 - Rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 3/9/2009, p. em 29/9/2009).

Assim, entendo que restou evidenciada a ocorrência do dano moral segundo o disposto no art. 186 do Código Civil (CC/2002), bem como se comprovou, nos termos do art. 927 do mesmo *Codex*, que o mesmo deu-se em decorrência de conduta ilícita praticada pela apelada, estando, pois, configurado o nexos causal. Logo, uma vez presentes os três requisitos necessários para que haja a obrigação de indenizar, de fato é o caso de condenação da empresa apelada.

Neste ponto, relevante citar as lições de Clayton Reis acerca do efeito compensatório da indenização por danos morais:

Dessa forma, o efeito compensatório não possui função de reparação no sentido lato da palavra, mas apenas e tão-somente de conferir à vítima um estado d'alma que lhe outorgue a sensação de um retorno do seu *animus* ferido à situação anterior, à semelhança do que ocorre no caso de ressarcimento dos danos patrimoniais. É patente que a sensação aflitiva vivenciada pela vítima, decorrente das lesões sofridas, não se recompõe mediante o pagamento de uma determinada indenização, mas apenas sofre um efeito de mera compensação ou satisfação.

O efeito 'analgésico' desse pagamento poderá amenizar ou até mesmo aplacar a dor sentida pela vítima, caso seja adequada e compatível com a extensão da sua dor.

Assim, não sendo possível eliminar as causas da dor, senão anestesiá-la ou aplacar os efeitos dela decorrentes, o *quantum* compensatório desempenha uma valiosa função de defesa da integridade psíquica das pessoas [...].

Ao fim e ao cabo, registro que, por inexistir qualquer alteração no julgado, inexistirá, também, qualquer alteração sucumbencial a ser realizada.

Dispositivo.

Pelo exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo à apelação e nego provimento ao recurso.

Custas recursais pela apelante, haja vista a inalterabilidade do julgado.

Sem honorários, *ex vi lege*, por se tratar de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

É como voto.

DES. LUIZ ARTUR HILÁRIO - De acordo com o Relator.

DES. MÁRCIO IDALMO SANTOS MIRANDA - Após nova análise dos autos, peço vênia aos eminentes Relator e 1º Vogal - que negam provimento ao apelo, no qual se pretendia o afastamento da condenação imposta à ré, ora apelante, na sentença combatida, relativa ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) - para reafirmar meu posicionamento divergente já expresso em sessão anterior desta Câmara, no sentido de prover o inconformismo.

A pretensão indenizatória por dano moral deduzida na peça de ingresso está fundada em sofrimento psíquico dito experimentado por J.P.D., em decorrência da frustração de expectativa, por ela criada, de realização do acompanhamento pré-natal e de procedimento de parto cesariano, que lhe foram indicados por profissional médico, mediante custeio pela ré, ora apelante, na condição de operadora de plano de saúde coletivo contratado pela empresa “Drogalider”, empregadora da beneficiária.

Ocorre que, tratando-se de plano coletivo de assistência à saúde, contratado por pessoa jurídica para oferecer assistência a pessoas que com ela mantêm algum tipo de vínculo, é plenamente possível o seu cancelamento unilateral e imotivado, conforme previsão contratual.

A vedação ao cancelamento imotivado, prevista no art. 13, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 9.656/98, somente é aplicável aos planos de assistência à saúde individuais e familiares, não se estendendo aos planos contratados de forma coletiva, como no caso dos autos.

Sobre o tema, assim vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Plano de saúde coletivo. Rescisão unilateral. Possibilidade. Recurso não provido. 1 - É possível a rescisão unilateral do contrato coletivo de saúde, uma vez que a norma inserta no art. 13, II, *b*, parágrafo único, da Lei 9.656/98 aplica-se exclusivamente a contratos individuais ou familiares. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp nº 539.288/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, p. no *DJe* de 9/2/2015).

No caso em tela, o contrato celebrado entre a ré e a empresa “Drogalider” estabelecia, de forma expressa, a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, por vontade de uma das partes, mediante notificação prévia a outra, com prazo de 30 (trinta) dias.

E, conforme se extrai do documento constante do evento de nº 11 dos presentes autos de processo eletrônico, apresentado com a inicial, a ré notificou a pessoa jurídica instituidora do plano sobre a rescisão, por meio de correspondência recebida no dia 21/12/2015, de forma que, respeitado o prazo contratual de 30 (trinta) dias, o plano deixou de ter vigência a partir de 22/1/2016.

Ora, regularmente operada a rescisão do contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares, não se pode entender como ilícita a conduta da ré, no sentido de negar o custeio de serviços médicos e hospitalares solicitados por beneficiário do plano cancelado.

Acrescente-se que, conforme reconhecido na inicial, antes da rescisão, não houve qualquer resistência, por parte da ré, ao custeio de exames e consultas relativas ao pré-natal.

Não se discute que, tratando-se de relação de consumo, é dispensada a existência de culpa para caracterização da responsabilidade por danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do CDC, assim redigido:

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.

Para o acolhimento de pretensão reparatória fundada nesse dispositivo legal, todavia, é imprescindível a efetiva existência de defeito na prestação dos serviços, bem como do nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e os prejuízos cuja reparação se pretende.

De acordo com o art. 373, inciso I, do Código de Processo Civil, incumbia ao autor fazer prova dos fatos constitutivos do direito por ele invocado.

Não cuidou ele, todavia, de se desincumbir desse ônus, deixando de produzir prova de defeito no serviço prestado pela ré, ora apelante, bem como de nexos de causalidade entre a conduta dela e o dano moral dito experimentado pela beneficiária da demanda, em razão da falta de custeio do tratamento pré-natal e do procedimento de parto cesariano.

Em outras palavras, pode ser que, de fato, a Senhora J.P.D. tivesse expectativa de que a operadora do plano de saúde de que era beneficiária custeasse a cirurgia.

Para que fosse possível, todavia, imputar, à apelante, responsabilidade pela indenização de lesão extrapatrimonial decorrente da frustração dessa expectativa, seria necessária a comprovação - inexistente nos autos, repita-se - de que foi causada por defeito no serviço por ela prestado.

O que se extrai do conjunto probatório constante dos autos, na verdade, é que o sofrimento psíquico dito experimentado pela Senhora J.P.D. resultou da conduta de sua empregadora, que, cientificada do iminente cancelamento do plano de saúde coletivo instituído em favor de seus funcionários, não lhes comunicou do fato, nem tomou providências para evitar que ficassem sem acesso à assistência médica e hospitalar que lhes fora concedida.

Registre-se, por relevante, que, ainda que se reconheça, como feito pelo douto Juízo de 1º grau, a existência de direito, para o beneficiário de plano de saúde coletivo, de migrar para plano oferecido na modalidade individual ou familiar, inexistente, no caso em tela, notícia de que a Senhora J.P.D. tenha apresentado, à ré, pleito nesse sentido, e, muito menos, de que tenha sido negado.

Pela narrativa fática constante da inicial, aliás, verifica-se que a referida beneficiária sequer chegou a efetuar qualquer contato com a ré, tendo efetuado reclamação junto ao Ministério Público Estadual logo após ter sido cientificada, ao tentar realizar consulta médica, do cancelamento do plano.

Por tais fundamentos, e com renovada vênias aos eminentes Relator e 1º Vogal, deles divirjo, e o faço para, em provimento ao recurso, reformar, em parte, a respeitável sentença combatida, afastando a condenação da ré, ora apelante, ao pagamento de indenização por dano moral, bem como isentando-a do pagamento de metade das custas processuais.

É como voto.

DES. AMORIM SIQUEIRA - De acordo com o 2º Vogal.

DES. JOSÉ ARTHUR FILHO - Acompanho o voto proferido pelo 2º Vogal.

*Súmula* - INDEFERIRAM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À APELAÇÃO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O RELATOR E O PRIMEIRO VOGAL.

• • •



Conflito de competência - Ação de reparação por danos morais -  
Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública -  
Resolução nº 700/12 do TJMG

- Compete aos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

- Inexiste vedação legal quanto à participação do incapaz como parte nas ações demandadas no Juizado Especial da Fazenda Pública.

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.18.053678-1/000 - Comarca de Barbacena - Suscitante: Juiz de Direito da 1ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da Comarca de Barbacena - Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Barbacena - Interessado: F.G.A.A. representado p/ mãe A.A.A., Município de Barbacena, Márcia Maria Barbosa Rosa - Relatora: DES.<sup>a</sup> ALICE BIRCHAL**

### Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018. - Alice Birchal - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.<sup>a</sup> ALICE BIRCHAL - Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da Comarca de Barbacena, em desfavor do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da mesma Comarca, nos autos da ação de reparação de danos morais, ajuizada por F.G.A.A., representado por sua genitora A.A.A., em face do Município de Barbacena e de Márcia Maria Barbosa Rosa, referente ao pedido de indenização pelos danos morais decorrentes de agressão física, em sala de aula da Escola Municipal Dr. Martins Paulucci.

O suscitante alega, em síntese, que há vedação legal quanto à legitimação ativa do incapaz no âmbito do Juizado e, por outro lado, aduz que a hipótese versada nos autos da ação originária é de competência absoluta da Vara de Infância e Juventude, nos termos do art. 148, IV, c/c art. 209 do ECA. Ao final, pugna pela apreciação do presente conflito de competência e aduz que, muito embora seja estabelecida a competência entre o Juiz suscitante e o Juiz suscitado, salvo melhor juízo, deverá se concluir pela competência da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Barbacena (f. 3/4-TJ).

Vieram-me os autos conclusos, ocasião em que recebi o incidente (f. 14-TJ).

A secretaria desta 7ª Câmara Cível certificou que o Juiz Suscitado deixou de prestar as informações solicitadas, conforme se infere da certidão colacionada à f. 19-TJ.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofereceu parecer em que se manifestou pelo desprovimento do presente conflito e pela declaração de competência do Juízo da 1ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da Comarca de Barbacena, ora suscitante.

O Juízo suscitado informou que declinou a competência para o Juizado Especial da Comarca por entender que, após a edição da Resolução nº 700/2012 – TJMG, ficou estabelecido que os Juízos e Unidades Jurisdicionais do Sistema de Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais ficariam investidos na competência para conciliação, processo, julgamento e execução das causas que cuida a Lei Federal nº 12.153/2009. Na oportunidade, ressaltou que a lei supramencionada não criou restrição quanto à competência absoluta para análise de demandas envolvendo incapazes no polo ativo da demanda ou que necessitem de realização de exame técnico de baixa complexidade (f. 26-v.-TJ).

É o relatório.

Decido.

Ao compulsar detidamente os autos, verifico que foi ajuizado, perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Barbacena, ação de reparação de danos morais ajuizada por F.G.A.A., representado por sua genitora, A.A.A. em face do Município de Barbacena.

O Juízo suscitado, ao receber o feito, declinou a competência ao Juízo da Unidade Jurisdicional do Sistema de Juizados Especiais da respectiva Comarca, por entender que a presença de incapaz no polo ativo da demanda não afasta a competência absoluta do Juizado Especial para analisar a demanda, ao argumento de que a Lei nº 12.153/2009 não criou qualquer restrição nesse sentido.

O Juízo do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca, por sua vez, suscitou o presente conflito negativo de competência ao argumento de que há vedação legal quanto à legitimação ativa do incapaz no âmbito do Juizado e, por outro lado, aduz que a hipótese versada nos autos da ação originária é de competência absoluta da Vara de Infância e Juventude, nos termos do art. 148, IV, c/c art. 209 do ECA.

Com efeito, a previsão inserta na Lei nº 12.153/2009, define que a competência do Juizado Especial abrange todas as causas de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 salários mínimos, excetuadas as matérias previstas no § 1º do art. 2º da mencionada lei e de competência da Vara de Infância e da Juventude, previstas no art. 148 do ECA.

Nesse contexto, é imperioso verificar que a legislação não fez qualquer referência ao impedimento do incapaz em demandar ações perante o Juizado Especial de Fazenda Pública.

Pretender a aplicação de artigo da lei dos Juizados Especiais como subsidiário às disposições da Lei 12.153/08, por força do seu art. 27, é transmutar as disposições legais em situação incabível. Se o legislador ordinário pretendeu a ampliação da competência dos Juizados da Fazenda Pública para além dos limites dos Juizados Especiais, e isso é verificável pela leitura dos dispositivos transcritos, descabido impor limites por aplicação de termos de outra legislação.

O entendimento desse egrégio Tribunal de Justiça sobre a questão segue expresso:

Conflito negativo de competência. Processual civil. Saúde: internação compulsória. Competência: Juizado Especial da Fazenda Pública. - Em 2009, foi criado o novo subsistema do Juizado Especial da Fazenda

Pública (JEFP), consoante Lei nº 12.153, de 22/12/2009, seguindo o modelo dos Juizados Federais. E não foi excepcionada a participação de pessoa incapaz. - Não há previsão legal quanto à exceção prevista em decorrência da complexidade da matéria, tampouco à natureza da causa; quanto à competência do JEFP, também não afastada em função da necessidade de produção de prova pericial. - Não evidenciada qualquer correção no valor atribuído à causa, o conflito resolve-se pela competência do juízo suscitante (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.18.073643-1/000, Rel. Des. Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, j. em 9/10/2018, p. em 15/10/2018).

Conflito de competência. Ação de obrigação de fazer. Incapaz no polo ativo. Possibilidade. Competência da Vara do Juizado Especial Cível. - Não pode haver deslocamento da competência pela presença no polo ativo de incapaz, em face da competência do Juizado já ter sido firmada como absoluta, em razão do valor da causa (art. 3º da Lei nº 10.259/01), ainda mais quando constatado que sua presença como sujeito ativo não chega a refletir na simplicidade, informalidade e celeridade do microsistema dos Juizados Especiais (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.16.083079-0/000, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 21/2/2017, p. em 3/3/2017).

Conflito negativo de competência. Ação de obrigação de fazer. Transferência para UTI hospitalar. Autor incapaz. Inexistência de vedação legal. Art. 5º, I, da Lei 12.153/2009. Possibilidade de representação. Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública. - A partir de 23 de junho de 2015, por força do art. 23 da Lei nº 12.153/2009, tornou-se amplo e irrestrito o funcionamento do Juizado Especial da Fazenda Pública, razão pela qual é de sua competência o processamento e julgamento da demanda ajuizada após essa data com conteúdo econômico inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, que tenha em seu polo passivo a Fazenda Pública, que não se inclua no rol do art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.153/09 e que não seja da competência da Vara da Infância e da Juventude. - À luz do art. 5º, I, da Lei nº 12.153/09, inexistente vedação de incapaz figurar como autor nas ações perante o Juizado Especial da Fazenda Pública (TJMG - Conflito de Competência 1.0000.16.010371-9/000, Rel. Des. Peixoto Henriques, 7ª Câmara Cível, j. em 9/8/2016, p. em 17/8/2016).

A propósito, este foi o meu entendimento quando do julgamento do Conflito de Competência nº 1.0000.17.091057-4/000.

Conclusão.

Com essas considerações, deve ser reconhecida a competência do Juízo suscitante - 1ª Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da Comarca de Barbacena, uma vez que está evidente que não há vedação legal à atuação do incapaz no polo ativo das lides submetidas ao Juizado Especial da Fazenda Pública.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES BELIZÁRIO DE LACERDA e PEIXOTO HENRIQUES.

Súmula - DECLARARAM COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE.

• • •

Apelação cível - Ação de indenização por danos materiais e morais - Demolição de obra - Ilícito comprovado - Incidência do art. 186 do CC - Responsabilidade reconhecida - Danos materiais e morais configurados - Assistência judiciária - Prévia intimação para comprovação da hipossuficiência financeira - Imprescindibilidade - Inteligência do art. 99, § 2º, do CPC/2015 - Comprovação da incapacidade financeira - Deferimento do benefício

- Restando incontroversa nos autos a conduta ilícita do réu em demolir a obra construída pelo autor, deve ser reconhecido o direito deste último ao ressarcimento dos danos materiais suportados.

- O evento descrito nos autos deixou patente não só a responsabilidade do réu, como também a configuração de um verdadeiro dano moral suportado pelo autor, face à frustração e aos grandes transtornos que experimentou por ter ficado impossibilitado de concluir as obras da casa própria, sendo plenamente cabível a reparação moral respectiva.

- A indenização por danos morais deve ser fixada com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como das peculiaridades da causa.

- Com fulcro no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, a assistência judiciária gratuita só deverá ser deferida àqueles comprovadamente necessitados, não bastando a simples declaração de que não possui condições financeiras de arcar com os custos do processo judicial.

- Demonstrada a incapacidade financeira, deverá ser deferido o benefício.

V.v. - Não se incumbindo os apelantes de comprovar que o muro objeto da demolição foi construído dentro dos limites da sua propriedade, fato este que lhes competia (art. 373 do CPC), afasta-se qualquer alegação atinente ao dever de indenizar. O apelado apenas lançou mão do desforço imediato na proteção de sua posse, agindo, portanto, no exercício regular de seu direito, nos termos do art. 1.210, § 1º, do Código Civil.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.18.058967-3/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelantes: Elci da Graça Fideles de Souza, Luiz Ramos de Souza - Apelado: Adison Miranda de Oliveira - 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 DAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O 2º E O 4º VOGAIS.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2018. - Arnaldo Maciel - Relator.

## Voto

DES. ARNALDO MACIEL - Trata-se de recurso de apelação interposto por Elci da Graça Fideles de Souza e Luiz Ramos de Souza contra a sentença de f. 01/03 do Documento 55, proferida pelo MM. Juiz Antônio Carlos Braga, que julgou improcedentes os pedidos formulados na Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais ajuizada contra Adison Miranda de Oliveira, ao fundamento de que os autores não teriam comprovado o fato constitutivo do seu direito, qual seja de que o muro objeto de demolição teria sido construído dentro dos limites de sua propriedade, o que levaria à conclusão de que inexistiria ilegalidade na conduta do réu e afastaria a indenização por danos materiais e morais pretendida, condenando os autores no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor atribuído à causa, mas suspensa a exigibilidade, ante a gratuidade de justiça concedida.

Nas razões recursais de f. 01/35 do Documento 57, suscitam os apelantes a preliminar de nulidade da decisão de 1º Grau, ao argumento de que competiria ao Julgador determinar de ofício a produção de prova complexa, caso entendesse pela sua necessidade, diante da previsão de se dar efetividade ao processo preconstituído pelo NCPC, afirmam que, ao contrário do que reconhecido na decisão primeva, competiria ao réu comprovar a titularidade da propriedade do terreno que supostamente teria sido invadido, que teriam comprovado nos autos que a obra estaria sendo desenvolvida com a observância das normas urbanísticas municipais, que, caso o Julgador sentenciante entendesse pela necessidade de produção de prova complexa, deveria ter determinado a produção de ofício, que competiria ao apelado comprovar que seria proprietário do terreno no qual o muro supostamente estaria adentrando, que o apelado seria proprietário do lote nº 16 e a suposta invasão teria ocorrido no lote nº 18, requerendo seja revisto o entendimento primevo, ou determinada a remessa dos autos à comarca de origem para regular prosseguimento, com a produção de provas.

Sustentam os apelantes, ainda, que o Boletim de Ocorrência acostado aos autos teria comprovado a transgressão do seu direito, que o apelado não teria comprovado a sua condição de confinante da propriedade e sequer teria impugnado as divisas, que a ninguém seria dado o direito de fazer justiça com suas próprias mãos, mormente como no caso dos autos em que teriam construído o muro com respeito às divisas; aduzem que teriam suportado danos materiais e morais, estes últimos em razão do sofrimento, depressão, temor da agressão, impostos com o brutal impedimento da continuidade da obra, obrigando-os a morar de favor, requerendo, ao final, a procedência dos pedidos iniciais.

Ausente o preparo recursal, por estarem os apelantes litigando amparados pela assistência judiciária.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões às f. 01/07 do Documento 60, pugnando pelo não provimento do recurso e deferimento dos benefícios à assistência judiciária.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à sua análise.

Inicialmente, 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.

Nulidade da sentença.

Suscitam os apelantes a nulidade da sentença primeva, ao argumento de que, ao contrário do entendimento abraçado pelo Julgador sentenciante, teriam comprovado os fatos constitutivos do seu direito, porque competiria ao apelado comprovar que seria proprietário do imóvel confrontante com o seu e, ainda, porque competiria ao Juiz de 1º Grau determinar a produção, de ofício, das provas que entendesse necessárias, considerada a previsão de se dar efetividade ao processo preconizada pelo NCPC.

Contudo, razão alguma assiste aos apelantes, primeiro porque a valoração das provas produzidas nos autos envolve o próprio mérito recursal e, portanto, será apreciada juntamente com ele.

E, em segundo lugar, porque foi concedido às partes oportunidade para especificação de provas, as quais pugnaram pelo julgamento antecipado do feito, sendo certo que a possibilidade de o Julgador determinar a produção de provas, de ofício, não exime a parte autora de comprovar os fatos constitutivos do seu direito e, muito menos, a parte ré de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão autoral, nos exatos termos do art. 373, I e II, do CPC/2015.

Por tais razões, fica rejeitada a preliminar.

Mérito.

Pois bem, verifica-se dos autos que os autores, ora apelantes, pleitearam a condenação do réu, ora apelado, no pagamento de indenização por danos materiais e morais que teriam suportado em virtude da demolição das paredes e do muro de divisa do seu imóvel em construção, situado à Rua Alfredo Zebral, 900 – Bairro São João, na cidade de Conselheiro Lafaiete, determinada pelo réu.

O réu, por sua vez, baseia a sua tese defensiva no fato de que teria apenas defendido a sua propriedade, eis que, ao iniciarem a construção, os autores teriam invadido a sua propriedade em aproximadamente um metro, razão pela qual teria retirado parte do muro que teria sido construído ilegalmente dentro do seu terreno, motivos todos esses que levariam à conclusão pela licitude de sua conduta e afastariam a reparação pretendida, mas tese que não merece prosperar, pelas razões a seguir aduzidas.

O dever de indenizar decorre do preceito disposto no art. 186 do Código Civil, combinado com a norma elevada à categoria da garantia constitucional, constante no inciso X do art. 5º da Carta Magna, de acordo com os quais, em regra, salvo as exceções legais que trazem casos específicos de aplicação da responsabilidade objetiva, o dever de alguém de indenizar um terceiro pelos danos que causou ao seu patrimônio surge em decorrência da prática de atos eivados de culpa, quer dizer, aqueles cometidos com negligência ou imprudência.

Assim, para o pagamento da indenização por dano moral ou material é imprescindível que se configurem os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, como lesão provocada ao patrimônio ou à honra da vítima; a culpa, de forma que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente, por omissão de dever, autoriza a reparação; e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento do agente.

Ultrapassadas tais lições teóricas imprescindíveis, em que pese meu profundo respeito pelo entendimento abraçado pelo Julgador sentenciante, quanto à ausência de comprovação dos fatos constitutivos dos autores, fato é que os elementos informativos dos autos dão conta da prática de ato ilícito pelo réu e, via de consequência, do dever de indenizar.

Isso, porque restou incontroverso que o réu demoliu ou mandou demolir o muro de divisa e paredes do imóvel dos autores, conduta esta que, inclusive, foi por ele reconhecida, o que, por si só, já evidencia a prática de conduta ilícita, passível de indenização por danos materiais pleiteada pelos autores.

Importante ressaltar que, a despeito de o réu insistir pela ausência de responsabilidade, ao argumento de que teria apenas defendido sua propriedade, já que a construção dos autores teria invadido aproximadamente um metro do seu imóvel, fato é que, ainda que tal invasão tenha realmente ocorrido, o que sequer restou comprovado nos autos, não autoriza a demolição perpetrada pelo réu.

É que, aos olhos deste Relator, referida demolição revela-se como exercício da autotutela, a qual é, em regra, vedada no Ordenamento Jurídico Brasileiro, havendo outros meios passíveis de solucionar conflitos.

Ora, ainda que os apelantes tenham invadido a propriedade do apelado, e que tenham se mostrado intransigentes aos pedidos deste último para cessarem a suposta invasão, mesmo assim seria inadmissível o comportamento do apelado, o qual deveria ter buscado os meios legais para garantir os seus direitos, mas jamais pretender fazer suposta justiça com as próprias mãos, sobretudo porque o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos processuais próprios e suficientes para a defesa da propriedade.

Do acima, tem-se que se encontram presentes na hipótese os requisitos ensejadores do dever de indenizar, quais sejam a prática do ilícito pelo apelado, o dano material causado aos apelantes e o nexo de causalidade entre um e outro.

Aliás, o próprio apelado já reconheceu sua responsabilidade pelos danos materiais suportados pelos apelantes, tanto que se comprometeu a comprar o material necessário para reconstrução do muro, como constou do boletim de ocorrência de f. 01/02 do Documento 4, acordo este que foi inclusive reconhecido na peça de defesa.

Nessa trilha, deverá o apelado ser condenado a ressarcir aos apelantes os danos materiais por eles sofridos, e no valor apontado no laudo de f. 01/02 do Documento 08, de R\$5.398,00 (cinco mil, trezentos e noventa e oito reais), considerando que o apelado não apresentou qualquer contraprova para afastar o valor apontado pelos apelantes e, muito menos, indicou o valor que entenderia devido.

Registre-se que o valor dos danos materiais deverá ser acrescido de correção monetária pelos índices da CGJ/MG a partir da data do laudo e de juros de mora de 1% ao mês, estes contados da citação.

Da mesma forma, não há como negar a configuração dos danos morais experimentados pelos apelantes em decorrência da conduta do apelado, sendo inclusive desnecessário tecer novas considerações acerca da responsabilidade do apelado, porquanto já devidamente demonstrada, cumprindo apenas fazer algumas considerações afetas aos danos morais em si.

Sobre o tema, a primeira questão que deve ser salientada é que a conduta do apelado atingiu o sonho dos apelantes à casa própria, já que foram obrigados a paralisar a obra e estão, até a presente data, impossibilitados de concretizar seu sonho, sendo obrigados a morar de favor, do que se tem que a conduta do apelado causou transtornos de toda ordem aos apelantes, como também causou-lhes indignação, insegurança e enorme frustração em relação a um planejamento que não se faz do dia para a noite, pois, como é de conhecimento notório, a construção de um imóvel não é uma decisão ou um negócio simples.



De tal sorte, restaram incontestes não só a responsabilidade do apelado, como também os danos morais suportados pelos apelantes, danos estes que superaram a categoria de mero aborrecimento, bem como o nexo de causalidade entre um e outro, do que se a presença de todos os requisitos necessários para a configuração do dever reparatório, devendo o decisum atacado ser reformado também neste ponto.

No que diz respeito ao quantum indenizatório a ser prestado aos apelantes, 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 buscando alcançar os objetivos do instituto do dano moral, quais sejam reparar os danos causados à vítima, punir o agente pela conduta já adotada e inibi-lo na adoção de novos ilícitos.

Sopesando-se todas essas questões, acredita este Relator que a solução mais justa é a fixação de uma indenização a título de dano moral no importe de R\$2.000,00 (dois mil reais), a qual deverá ser acrescida de correção monetária pelos índices da CGJ/MG e de juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir da publicação do acórdão.

Por fim, necessária a análise do pedido formulado pelo apelado em contrarrazões, para concessão em seu favor dos benefícios da assistência judiciária.

Oportuno salientar que adiro ao entendimento de que para a concessão da justiça gratuita, necessário é que a parte comprove sua condição de hipossuficiência financeira, cabendo exclusivamente ao Julgador avaliar a pertinência das alegações, bem como as provas apresentadas, pronunciando-se a respeito do deferimento ou não do benefício após utilizar-se do seu poder de cautela, já que a lei não estabelece parâmetros para definir a necessidade de tal benefício.

É que a assistência judiciária foi instituto criado a fim de garantir o acesso dos necessitados à Justiça, instrumentalizando o direito fundamental à devida prestação jurisdicional, de modo que a Lei nº 1.060/50, que regulamenta tal benefício, deve ser interpretada segundo as disposições do art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, o qual estabelece: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Portanto, a despeito do que dispõe o art. 4º da Lei nº 1.060/50, a assistência judiciária não pode ser concedida com base em mera declaração da parte de que não tem condições financeiras de arcar com os custos do processo judicial, sem prejuízo de seu sustento e de sua família, fazendo-se obrigatória a comprovação de sua real necessidade.

À luz desse sentido também deve ser interpretado o art. 98 do Código de Processo Civil de 2015, o qual disciplina a gratuidade da justiça e determina que a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito ao benefício, na forma da lei, valendo reiterar que apenas quando comprovado o estado de hipossuficiência, deverá ser deferida a gratuidade da justiça.

Nesse diapasão, já se manifestou este Egrégio Tribunal:

Agravo de instrumento. Assistência judiciária gratuita. Pessoa física. Comprovação de insuficiência de recursos verificada. Benefício concedido. Recurso provido. É necessária a comprovação da insuficiência de recursos para a concessão do benefício da gratuidade judiciária, não bastando a simples declaração, como preceitua o art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. In casu, percebe-se por documentos hábeis a demonstrada necessidade para a gratuidade da justiça. Agravo a que se dá provimento (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0317.15.014696-5/001, Rel. Des. João Câncio, j. em 19/4/2016, p. em 27/4/2016).

Agravo interno. Pedido de justiça gratuita. Ausência de prova de hipossuficiência econômica. Benefício indeferido. - Uma vez que a parte agravante deu mostras de suficiência econômica para suportar as despesas do processo, sendo que os elementos trazidos nos autos não corroboraram a necessidade do benefício, deve ser indeferida a pretendida gratuidade judiciária (TJMG - Agravo nº 1.0024.13.362916-2/002, Rel. Des. Otávio Portes, j. em 6/4/2016, p. em 8/4/2016).

Analisando detidamente os autos, constata-se que o apelado logrou êxito em demonstrar a sua hipossuficiência econômico-financeira, ônus que lhe incumbia, haja vista que comprovou à f. 01 do Documento 64 que percebe benefício previdenciário no importe de R\$2.410,33 (dois mil, quatrocentos e dez reais e trinta e três centavos), situação esta que demonstra a miserabilidade jurídica do apelado e que é compatível com a concessão das benesses da justiça gratuita.

Sendo assim, tratando-se de pessoa pobre no sentido legal e para não impedir o acesso deste à Justiça, há que lhe ser concedido o benefício da gratuidade.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso interposto, para reformar a respeitável sentença hostilizada e condenar o apelado a pagar aos apelantes a título de danos materiais, a quantia de R\$5.398,00 (cinco mil, trezentos e noventa e oito reais), a qual deverá ser acrescida de correção monetária pelos índices da CGJ/MG a partir da data do laudo de f. 01/02 do Documento 08, e de juros de mora de 1% ao mês, estes contados da citação, bem como no pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais), acrescidos de correção monetária pelos índices da CGJ/MG e de juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir da publicação do acórdão.

Considerando a reforma total da sentença primeva, bem como que a fixação da indenização em quantia inferior à pretendida pela parte não importa em sucumbência, nos termos da Súmula 326 do STJ, condeno o réu no pagamento das custas processuais de ambas as Instâncias e de honorários advocatícios de sucumbência, estes no importe de 20% sobre o valor da condenação, o que faço em razão da fixação da condenação em espécie, do que preceitua o art. 85, § 2º, 4º e 11, do CPC/2015, bem como levando em conta o trabalho desenvolvido pelo procurador dos autores em 1º e 2º Graus, mas ficando suspensas as cobranças por lhe terem sido deferidos os benefícios da assistência judiciária.

DES. JOÃO CÂNCIO - De acordo com o Relator.

DES. SÉRGIO ANDRÉ DA FONSECA XAVIER - No tocante à rejeição da preliminar de nulidade de sentença e quanto ao indeferimento da gratuidade de justiça, acompanho o douto Relator, Des. Arnaldo

Maciel. Todavia, peço vênia para divergir do seu judicioso voto no que tange à condenação do réu/apelado na indenização de danos morais e materiais.

Cuidam os autos de ação de indenização por danos morais e materiais proposta pelos ora apelantes pleiteando a condenação do apelado em virtude da demolição do muro de divisa de seu imóvel em construção.

De plano, importante ressaltar que, no que se refere ao dever de indenizar, para a sua configuração, seja em relação aos danos contratuais, seja no tocante aos extracontratuais, devem estar presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade.

Sobre o tema, preleciona Sérgio Cavalieri Filho:

[...] há primeiramente um elemento formal, que é a violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade.

Mais à frente, acrescenta o mencionado doutrinador:

[...] a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presente no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos (*Programa de responsabilidade civil*. 6. ed., Malheiros, p. 41).

Sobre o tema, dispõem os arts. 186 e 927 do CC/02:

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.

*In casu*, os apelantes não se incumbiram de comprovar que o muro objeto da demolição foi construído dentro dos limites de sua propriedade, fato este que lhes competia (art. 373 do CPC), o que, por si só, já afasta qualquer alegação referente à necessidade de indenização.

Nessa linha, mostra-se escoreita a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição ao concluir:

Entretanto, como bem fundamentado na sentença que extinguiu o feito sem o exame do mérito, quando proposta perante o Juizado Especial desta Comarca, “para o correto desfecho do feito seria imprescindível a produção de provas complexas” e ainda “*data maxima venia*, somente com as fotografias de f. 07 e o simplório relatório colacionado à f. 05/06, impossível delimitar, satisfatoriamente, a dimensão dos lotes, objeto da controvérsia instaurada nos autos.

Não obstante, o apelado apenas lançou mão do desforço imediato na proteção de sua posse, agindo, portanto, no exercício regular de seu direito, nos termos do art. 1.210, § 1º do Código Civil:

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Não foge ao conhecimento também que a legislação permite o desforço imediato, apenas se a vítima do esbulho agir logo após tomar conhecimento da agressão à sua posse ou logo que possa agir, como é o caso.

Outrossim, o fato de o apelado ter se responsabilizado em arcar com o material da construção (doc. 4) não induz ao reconhecimento da responsabilidade, por ter restado claro no histórico da ocorrência que as partes entraram em acordo, ficando o apelado responsável em comprar o material da construção, para que fosse feito o muro na divisa certa.

Peço vênua para ressaltar as palavras do em. Des. Domingos Coelho, quando do julgamento da Apelação nº 1.0024.11.100719-1/001, por se enquadrar perfeitamente ao caso, *in verbis*:

Entretanto, a meu sentir, não há que se falar em direito à indenização por danos materiais ou morais, quando o autor sofre prejuízos decorrentes de seu próprio comportamento temerário, ao promover edificação em terreno sabidamente pertencente a terceira pessoa, que lança mão do desforço imediato para a defesa de sua posse, destruindo a construção, fazendo-o nos estritos limites da lei, agindo em mero exercício regular de direito, sendo inviável que o apelante impute os prejuízos daí advindos ao réu, que agiu representando o espólio legítimo proprietário e possuidor do bem. A pensar de modo contrário estaria o autor se beneficiando da própria torpeza, pois, como já demonstrado, tinha ciência da situação do imóvel.

É de se registrar também que o apelado informou no Boletim de Ocorrência de doc. 04 que por diversas vezes procurou o Sr. Luiz para fazer um acordo, o que afasta os pressupostos da responsabilidade civil capaz de gerar a indenização pretendida pelos apelantes.

Nesse sentido se posiciona este Tribunal:

Ação de obrigação de fazer. Danos materiais e morais. Cerceamento de defesa. Retirada de cancela em imóvel vizinho. Servidão não comprovada. Desforço imediato. Improcedência. - O processo é uma marcha para frente, uma sucessão de atos jurídicos ordenados e destinados a alcançar um fim, que é a prestação da tutela jurisdicional. Ao não se manifestar no encerramento da instrução, não é possível, posteriormente, sustentar a necessidade de prática de ato destinado a contribuir para a formação do convencimento do magistrado. A servidão, por se tratar de limite ao pleno exercício da propriedade, não se presume, sendo sua análise sempre restritiva, competindo àquele que a alega a comprovação explícita de sua existência. Não há que se falar em servidão, quando há outro caminho viável de acesso ao imóvel, sendo incabível a instalação de uma cancela dentro do imóvel vizinho sem a autorização do proprietário. Uma vez demonstrado que o réu lançou mão do desforço imediato na proteção de sua posse, a improcedência da ação é medida que se impõe (TJMG - Apelação Cível nº 1.0686.14.010197-9/001-1/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, j. em 1/2/2018, p. em 9/2/2018).

Destarte, a improcedência quanto à indenização por danos morais e materiais é a medida que se impõe, não merecendo reparos a sentença, até porque segue o que a lei determina, a jurisprudência adota e a doutrina ensina.

Por tais razões, renovando vênia ao douto Relator, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença.

Custas pelos apelantes, suspensa a exigibilidade por litigarem sob o pálio da justiça gratuita.

DES. VASCONCELOS LINS - De acordo com o Relator.

DES. MOTA E SILVA - Com minhas escusas ao douto Relator, acompanho a divergência trazida pelo 2º Vogal.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDOS O 2º E 4º VOGAIS.

• • •

Agravado de Instrumento - Ação Civil Pública -  
 Dano Ambiental - Imprescritibilidade da Pretensão  
 Reparatória - Denúnciação da Lide - Antigo Proprietário -  
 Impossibilidade - Inversão do Ônus da Prova - Bem Jurídico de Caráter  
 Coletivo - Princípio da Precaução - Recurso não Provido

- Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pretensão reparatória de dano ao meio ambiente é imprescritível, pois se trata de bem jurídico indisponível e fundamental.
- Em ação civil de reparação de dano ambiental, apresenta-se inviável a denúnciação da lide do antigo proprietário, na medida em que a responsabilidade civil ambiental é objetiva e a obrigação de reparar o dano é *propter rem*, não cabendo a discussão acerca da responsabilidade subjetiva do alienante do imóvel em face do atual proprietário.
- Nas ações civis por danos ambientais, a inversão do ônus da prova não decorre da constatação da hipossuficiência da parte, mas sim do caráter coletivo do bem jurídico tutelado e do princípio da precaução. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça.
- O encargo de demonstrar a inexistência dos danos ambientais incumbe ao suposto causador do dano, haja vista o princípio do *in dubio pro natura*.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0702.15.063533-3/003 - Comarca de Uberlândia - Agravante: José Plínio Romanini - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 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.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Plínio Romanini em face da decisão proferida pela MM. Juíza de Direito Maria das Graças Rocha Santos, da 9ª Vara Cível da comarca de Uberlândia, que, no âmbito da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, afastou a prescrição da pretensão relativa à indenização pelos danos materiais e morais, indeferiu o pedido de denúnciação da lide do antigo proprietário do imóvel, determinou a inversão do ônus da prova e impôs ao agravante o pagamento dos honorários periciais.

Decisão às f. 118/120, recebendo o agravo apenas no efeito devolutivo.

Contraminuta às f. 128/133.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se à f. 134, pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

I - Do objeto do recurso.

Pleiteia a reforma da decisão, aduzindo as seguintes alegações:

- prescrição da pretensão relativa à indenização pelos danos materiais e morais, pois a demanda fora ajuizada após o prazo de três anos contados da ocorrência dos danos (art. 206, § 3º, V, CC);
- cabível a denunciação da lide ao proprietário anterior, que causou os danos ambientais, nos termos do art. 125 do CPC;
- ausência dos requisitos necessários à inversão do ônus da prova, pois o Ministério Público não é parte hipossuficiente e não demonstrou a verossimilhança do direito alegado na inicial;
- não pode ser compelido ao pagamento dos honorários periciais, seja porque a norma do art. 18, da Lei nº 7.347/85 prevê que, nas ações civis públicas, não haverá o adiantamento dessas despesas, seja porque tais valores devem ser pagos pela parte que requereu a prova, no caso, o Ministério Público.

Pugna, ao final, pela reforma da sentença para que: (i) seja reconhecida a prescrição da pretensão relativa à indenização por danos materiais e morais; (ii) seja deferida a denunciação da lide do proprietário anterior; (iii) seja indeferida inversão do ônus da prova; (iv) não seja compelido ao pagamento dos honorários periciais.

Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, cujo pleito consiste na condenação do requerido, ora agravado, à obrigação de fazer consubstanciada na demolição das edificações existentes na área de preservação permanente e na recuperação da área degradada, bem como na condenação ao pagamento de danos morais, estimados em R\$50.000,00.

De acordo com a narrativa aduzida na inicial, no âmbito do inquérito civil público nº 0702.02.000014-8, constatou-se que, no imóvel rural de propriedade do requerido, existem intervenções antrópicas (duas edificações e uma represa) em área de preservação permanente, o que é vedado pela legislação ambiental.

A Magistrada de primeira instância, ao proferir despacho saneador, rejeitou a prejudicial de mérito relativa à prescrição, indeferiu o pedido de denunciação da lide do proprietário anterior, deferiu a inversão do ônus da prova e a realização da prova pericial, a ser custeada pelo agravante.

Inicialmente, não verifico a ocorrência da prescrição, pois, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pretensão reparatória de dano ao meio ambiente é imprescritível, pois se trata de bem jurídico indisponível e fundamental:

Administrativo e processo civil. Direito ambiental. Ação civil pública. Competência da justiça federal. Imprescritibilidade da reparação do dano ambiental. Pedido genérico. Arbitramento do *quantum debetur* na sentença: revisão, possibilidade. Súmulas 284/STF e 7/STJ. [...] 3 - Reparação pelos danos materiais e morais, consubstanciados na extração ilegal de madeira da área indígena. 4 - O dano ambiental além de atingir de imediato o bem jurídico que lhe está próximo, a comunidade indígena, também atinge a todos os integrantes do Estado, espalhando-se para toda a comunidade local, não indígena e para futuras gerações pela irreversibilidade do mal ocasionado. 5 - Tratando-se de direito difuso, a reparação civil



assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano. 6 - O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de não estar expresso em texto legal. 7 - Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação. 8 - O dano ambiental inclui-se dentre os direitos indisponíveis e como tal está dentre os poucos acobertados pelo manto da imprescritibilidade a ação que visa reparar o dano ambiental [...] (STJ - REsp 1120117/AC, Rel.<sup>a</sup> Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 10/11/2009, DJe de 19/11/2009).

Quanto à denunciação da lide, entendo que não se apresenta possível, pois a responsabilidade civil ambiental é objetiva, e a obrigação de reparar o dano é *propter rem*, não cabendo a discussão, no âmbito dessa ação civil pública, acerca da responsabilidade subjetiva do alienante do imóvel em face do atual proprietário, conforme reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

Constitucional. Dano ambiental. Responsabilidade objetiva. *Propter rem*. Imprescritibilidade da pretensão reparatória de dano ambiental. Reposição florestal. Prequestionamento. Inexistência. Súmulas 211/STJ e 282/STF. Necessidade de cotejo analítico. Análise de lei local. Súmula 280/STF. Inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC. Óbice das Súmulas 284/STF e 182/STJ. Impossibilidade de análise do conteúdo fático-probatório. Incidência da Súmula 7/STJ. Inadmissibilidade do recurso. 1 - Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela ora recorrente para esquivar-se de reparar dano ambiental advindo de obrigação *propter rem*. Aduz prescrição para retirar a averbação da obrigação ambiental do registro de imóveis antes de proceder ao reflorestamento. O recurso visa à anulação do acórdão *a quo*, alegando a necessidade de enfrentamento de questão que não teria sido julgada.

2. Corretamente, o Tribunal de origem afirma que a jurisprudência do STJ primeiro reconhece a imprescritibilidade da pretensão reparatória de dano ao meio ambiente, e, segundo, atribui, sob o influxo da teoria do risco integral, natureza objetiva, solidária e *propter rem* à responsabilidade civil ambiental, considerando irrelevante, portanto, qualquer indagação acerca de caso fortuito ou força maior, assim como sobre a boa ou a má-fé do titular atual do bem imóvel ou móvel em que recaiu a degradação. [...].(STJ - REsp 1644195/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 27/4/2017, DJe de 8/5/2017).

Por sua vez, a inversão do ônus da prova nas ações civis por danos ambientais não decorre da constatação da hipossuficiência da parte, mas sim do caráter coletivo do bem jurídico tutelado e do princípio da precaução. Confira-se precedente do STJ:

Ação civil pública. Dano ambiental. Agravo de instrumento. Prova pericial. Inversão do ônus. Adiantamento pelo demandado. Descabimento. Precedentes. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova, que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente art. 6º, VIII, do CDC c/c o art. 18, da Lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido. [...].(STJ - REsp 1049822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. em 23/4/2009, DJe de 18/5/2009).

Assim, a comprovação da inexistência dos danos ambientais incumbe ao suposto causador do dano, haja vista o princípio do *in dubio pro natura*.

II - Conclusão.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WASHINGTON FERREIRA e EDGARD PENNA AMORIM.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Direito civil - Direito administrativo - Apelação - Ação de ressarcimento - Concessionária de energia elétrica - Descarga atmosférica - Sobretensão - Danos a aparelhos elétricos - Caso fortuito - Não ocorrência - Falha na prestação do serviço - Dever de reparação - Recurso provido

- A concessionária tem conhecimento dos efeitos das descargas atmosféricas e tem condições de minimizar os impactos decorrentes de tais fenômenos, mesmo porque não há notícia nos autos de que tenham sido empenhados todos os meios possíveis e necessários para evitar a oscilação na rede de energia elétrica. Constatado que a concessionária devia - e podia - estar preparada para tais situações, não se configura a hipótese de caso fortuito.

- Verificado que o dano nos equipamentos elétricos decorreu de falha de serviço da concessionária, a reparação dos mesmos é medida que se impõe.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.18.067122-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Itaú Seguros de Auto e Residência S.A. - Apelado: Cemig Companhia Energética 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 PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Belo Horizonte, 9 de agosto de 2018. - *Moreira Diniz* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. MOREIRA DINIZ - Cuida-se de apelação contra sentença da MM. Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que julgou improcedente a ação regressiva de ressarcimento de danos ajuizada por Itaú Seguros de Auto e Residência S.A. contra a Cemig Distribuição S.A.

A apelante alega que, “considerando a existência de contrato de seguro entre a apelante e o segurado, tem-se que, após a regulação de sinistro providenciada pela apelante, esta, em cumprimento ao contrato, indenizou seu segurado e buscou o Poder Judiciário para pleitear o ressarcimento perante a concessionária de energia elétrica local, ora apelada, nos exatos termos do art. 786 do Código Civil e do Enunciado 188 da Súmula do Supremo Tribunal Federal”; que “não há de se falar em ausência dos pressupostos essenciais à sua incidência da responsabilidade civil no presente caso, bem como em razão das robustas provas produzidas nos autos, que comprovaram a falha na prestação de serviços da apelada, o que conseqüentemente ocasionou danos aos equipamentos do segurado da apelante, sendo dispensada comprovação de culpa por se tratar de responsabilidade civil objetiva, o que será minuciosamente discutido adiante”; que “cumpre informar que os documentos técnicos juntados aos autos comprovam o nexo de causalidade, dano este causado por culpa exclusiva da apelada, única fornecedora de energia elétrica da região”; que, “no caso em debate, não pairam dúvidas de que o pico de tensão na rede elétrica acarretou os danos nos equipamentos do segurado”; que

“só efetuou o pagamento ao seu segurado após ficar constatado que a queima dos equipamentos se deu em razão de pico de tensão na rede elétrica”; que “foi produzido laudo técnico por empresa especialista em seu ramo de atuação e apenas por tal motivo a apelada indenizou seu segurado, ressalte-se que este comprova o péssimo serviço prestado pela apelada, o qual prejudicou o segurado/consumidor, que teve seus bens danificados”; que “a produção de prova pericial, após o reparo dos equipamentos, é no mínimo de impossível realização”; que a “apelada, na qualidade de concessionária de serviço público, tem o dever de indenizar usuários/consumidores em eventuais danos causados em virtude de falhas na prestação de seus serviços”; que “a apelada, incumbida de administrar a rede elétrica que alimentava o imóvel assegurado pela apelante, resta claro que lhe era exigível maiores cuidados no que tange à regulação e proteção dos consumidores, mediante precauções no sentido de evitar variações na tensão de energia elétrica, bem como sobrecarga de energia, o que, caso tivesse sido corretamente desempenhado, o evento danoso nesta tratado não teria existido, fato que nos demonstra, precisamente, o nexo causal essencial para a caracterização dos danos em tela”; e que requer “a apelante seja totalmente provido o presente recurso de apelação, para que sejam valoradas as provas já constantes nos autos e, conseqüentemente, reformada a r. sentença, para que seja julgada procedente a ação, condenando a apelada a ressarcir à apelante nos exatos termos requeridos na petição inicial e no presente recurso”.

Recurso respondido (documento eletrônico 57).

A apelante ajuizou a presente ação regressiva buscando o ressarcimento dos valores despendidos com a manutenção de equipamento de propriedade de Fernando Neto Pereira, em razão de suposta irregularidade no fornecimento de energia elétrica.

A apelante é empresa seguradora, assim, nos termos do art. 786 do Código Civil, sub-rogou-se nos direitos da pessoa física mencionada.

Conforme se verifica no laudo técnico juntado (documento eletrônico 11), em decorrência de descargas elétricas que causaram oscilação na rede elétrica, houve danos elétricos em diversos equipamentos instalados na residência de Fernando Neto Pereira.

Assim, conclui-se que os equipamentos foram avariados, em razão de oscilação no fornecimento da energia elétrica.

O fato é que a apelante é quem fornece energia elétrica à residência de Fernando Neto Pereira. Assim, havendo documento que indique que os danos elétricos nos equipamentos do mesmo decorreram da oscilação do fornecimento da energia elétrica, cabia à apelada comprovar a ausência de sua responsabilidade no evento, o que, repise-se, não ocorreu.

Ou seja, a parte ré não se desincumbiu do seu ônus decorrente da responsabilidade objetiva. Também não comprovou que a oscilação de energia ocorreu por mau acondicionamento dos equipamentos na residência de Fernando Neto Pereira.

Logo, resta verificar a alegação da apelada de que as descargas elétricas que causaram oscilação na rede elétrica podem ser consideradas caso fortuito.

Nos termos do art. 393, parágrafo único, do Código Civil, “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujo efeito não era possível evitar ou impedir”.

Em que pese a alegação da apelada de que não há como falar em indenização pelos danos decorrentes de descarga atmosférica, por se tratar de caso fortuito, entendo que a concessionária de energia elétrica tem meios para evitar a sobrecarga de energia em sua rede elétrica.

A concessionária tem conhecimento dos efeitos das descargas atmosféricas e tem condições de minimizar os impactos decorrentes de tais fenômenos, mesmo porque não há notícia nos autos de que a apelada tenha empenhado todos os meios possíveis e necessários para evitar a oscilação na rede de energia elétrica.

O fato é que a apelada devia - e podia - estar preparada para tais situações, não se configurando, portanto, a hipótese de caso fortuito, repise-se.

Dito isso, destaco que os documentos apresentados pela apelante demonstram que os equipamentos foram danificados, em razão de descarga elétrica, sendo certo que a apelada não produziu prova que afaste tal constatação.

Enfim, nos termos do art. 373, II, do Código de Processo Civil, cabia à apelada produzir prova no sentido de afastar o que se encontra certificado no documento eletrônico 11.

Ausente a referida prova, resta claro que prevalecem as conclusões técnicas contidas no mencionado documento.

Ante o exposto, constatado que os danos nos equipamentos elétricos decorreram de falha de serviço da apelada (documentos eletrônicos 09/13), a reparação dos danos é medida que se impõe.

Com tais apontamentos, dou provimento à apelação, para julgar procedente a ação, e condeno a apelada a pagar à autora o valor de R\$4.159,49, com incidência, a partir do desembolso, de juros de 1% ao mês e de correção monetária, de acordo com a tabela fornecida pela Corregedoria-Geral de Justiça.

Ficam invertidos os ônus sucumbenciais impostos na sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES DÁRCIO LOPARDI MENDES e ANA PAULA CAIXETA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO.



Agravo de instrumento - Direito empresarial - Recuperação judicial - Plano de recuperação judicial - Prazos e condições especiais de pagamento - Assembleia de credores - Aprovação - Controle de legalidade - Possibilidade - Controle de viabilidade econômica - Impossibilidade - Recurso desprovido

- A recuperação judicial regulada pelo art. 47 da Lei nº 11.101/2005 “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

- O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que “a assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial (REsp 1.314.209/SP, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 22/5/2012, DJe de 1º/6/2012).

- No presente caso, o agravante impugna o Plano Recuperacional, aduzindo que não concorda com os meios empregados para a recuperação da empresa. Contudo, constata-se que suas alegações são genéricas, sem a devida demonstração de quais cláusulas possuiriam ilegalidades.

- Nessa perspectiva, as decisões da Assembleia Geral de Credores são soberanas, passíveis de questionamento ou alteração apenas quando constatada flagrante ilegalidade ou abuso de direito, o que não restou comprovado nos autos.

Recurso conhecido e desprovido.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0000.18.070954-5/000 - Comarca de Poços de Caldas - Agravante: Bradesco S.A. - Agravado: Neonutri Suplementos Nutricionais Ltda. Em recuperação judicial - Interessado: Brasil dos Reis Junior - Administrador Judicial - Relator: DES. GILSON SOARES LEMES**

### 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, 23 de novembro de 2018. - Gilson Soares Lemes - Relator

### Notas taquigráficas

DES. GILSON SOARES LEMES - Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco Bradesco S.A., pretendendo a reforma da decisão proferida pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Poços de Caldas, que homologou o plano de recuperação judicial de Neonutri Suplementos Nutricionais Ltda.

Em suas razões recursais, o agravante alega que a decisão recorrida é nula de pleno direito ante a ausência de fundamentação suficiente à homologação do Plano de Recuperação Judicial.

Aduz que a soberania da Assembleia Geral de Credores não priva o Poder Judiciário de exercer o controle jurisdicional. Sendo assim, afirma que, se o douto Magistrado a quo tivesse feito uma análise do plano, teria verificado as inúmeras ilegalidades existentes.

Ressalta que não é aceitável, nos termos da Lei 11.101/2005, um plano abstrato, sendo que tal medida é impossível juridicamente e lesa a todos, visto que impõe insegurança jurídica.

Assevera que não foi respeitado o art. 53, inciso I, da Lei 11.101/2005, que traz, de forma expressa, a determinação de discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, bem como afirma que não concorda com os meios utilizados.

Ademais, afirma que as condições de pagamento não são razoáveis nem proporcionais, visto que onera, de forma desleal, seus credores. Sustenta que o plano aprovado coloca credores de uma mesma classe em situação de flagrante colisão de interesses.

Acrescenta que, depois da distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo permanente, salvo evidente utilidade reconhecida pelo juiz, depois de ouvido o Comitê, com exceção daqueles previamente relacionados no plano de recuperação judicial.

Requeru a concessão do efeito suspensivo. No mérito, pugna pelo provimento do recurso.

Decisão proferida pela Relatora designada, ilustre Des.<sup>a</sup> Teresa Cristina da Cunha Peixoto, f. 154/155-TJ, por força do art. 79, § 5º, do RITJMG, indeferindo o pedido de efeito suspensivo.

Contram minuta anexada aos autos às f. 158/180-TJ, alegando que o recurso não merece conhecimento quanto ao capítulo do prosseguimento das ações e execuções em face dos coobrigados. Afirma que apenas os bens de garantia real necessitam de aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia, situação em que não se encontra o agravante.

Menciona que não há qualquer diferenciação do pagamento de credores da mesma classe e que, mesmo se tivesse, não poderia ser reputado nulo. Pugna pelo desprovimento do recurso.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça às f. 181/187-TJ, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge a controvérsia à verificação da legalidade do plano de Recuperação Judicial, devidamente aprovado por assembleia de credores e homologado pelo Juízo.

Pois bem. A recuperação judicial regulada pelo art. 47 da Lei nº 11.101/2005 “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.



Assim, o Plano de Recuperação Judicial deverá ser apresentado observando-se a forma constante nos arts. 53 e 54 da Lei nº 11.101/2005:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convalidação em falência, e deverá conter:

I – discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;

II – demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Parágrafo único. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções, observado o art. 55 desta Lei.

Art. 54. O plano de recuperação judicial não poderá prever prazo superior a 1 (um) ano para pagamento dos créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho vencidos até a data do pedido de recuperação judicial.

Parágrafo único. O plano não poderá, ainda, prever prazo superior a 30 (trinta) dias para o pagamento, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, dos créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores ao pedido de recuperação judicial.

O plano de recuperação judicial devidamente aprovado em Assembleia Geral de Credores da Lei será fruto de homologação pelo Poder Judiciário, nos termos do art. 58 da Lei 11.101/2005. Sobre a homologação, Gladston Mamede pontua:

A recuperação judicial é um acordo coletivo, cabendo ao Judiciário controlar essa transação judicial coletiva e, enfim, homologá-la, se não há vícios, ou seja, se não atenta contra a Constituição da República, aos princípios jurídicos e às leis vigentes no país. Ainda que haja aprovação por ampla maioria ou, quiçá, aprovação pela unanimidade dos credores, faz-se possível um controle de constitucionalidade e legalidade que poderá fazer-se a partir da provocação de qualquer interessado, aí incluído o Ministério Público e até terceiros afetados pelas disposições, a exemplo da Fazenda Pública. Esse controle poderá fazer-se pelo próprio magistrado, assim como poderá resultar de recurso. Isso inclui abusos de direito, como o tratamento prejudicial a determinado credor ou classe de credores, sem a respectiva anuência (o que caracterizaria transação judicial). Se a ilegalidade estiver restrita a determinada(s) cláusula(s) do plano, bastará a anulação destas, mantendo a concessão da recuperação judicial e, assim, a validade e efetividade das demais deliberações. Deve ser a situação mais comum. Em oposição, é possível que, excepcionalmente, o vício localize-se na essência do plano, hipótese em que poderá haver anulação integral, devolvendo-se à assembleia a oportunidade para deliberar outro, sob pena de decretação da falência (MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 4).

Em iguais termos, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que “a assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão sujeitos a controle judicial (REsp 1.314.209/SP, Rel.<sup>a</sup> Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 22/5/2012, DJe de 1º/6/2012).

No presente caso, o agravante impugna o Plano Recuperacional, aduzindo que não concorda com os meios empregados para a recuperação da empresa. Contudo, constata-se que suas alegações são genéricas, sem a devida demonstração de quais cláusulas possuiriam ilegalidades ou ao menos a incidência de suas alegações no presente caso.

Ademais, no que diz respeito aos prazos de carência constantes no Plano de Recuperação Judicial, a concessão de prazos e condições especiais para pagamento dos débitos é o primeiro meio de recuperação elencado no art. 50, inciso I, da Lei nº 11.105/2005; assim, somente o crédito de natureza trabalhista e os decorrentes de acidente de trabalho não podem ser pagos em prazo superior a um ano, conforme o art. 53 da mencionada Lei, o que não é o caso dos autos. Logo, improcedente sua irresignação quanto ao prazo fixado.

No tocante à alegação de que as garantias foram liberadas ilegalmente, não restou demonstrado em qual parte do plano haveria tal liberação, haja vista que houve a expressão ressalva da manutenção das garantias à f. 96-TJ, a qual determina que a novação ocorrerá nos termos do art. 59 da Lei 11.101/95.

Art. 59. O plano de recuperação judicial implica novação dos créditos anteriores ao pedido, e obriga o devedor e todos os credores a ele sujeitos, sem prejuízo das garantias, observado o disposto no § 1º do art. 50 desta Lei.

Nessa esteira, a Lei nº 11.101/05 dispõe, em seu art. 58, que o juiz homologará o Plano de Recuperação Judicial apresentado quando não houver qualquer objeção por parte dos credores, ou quando o plano tiver sido aprovado pela Assembleia Geral de Credores na forma do art. 45. No presente caso, foi realizada Assembleia Geral de Credores em 13/6/2018, na qual o Plano em questão foi devidamente aprovado, como consta às f. 129-135-TJ.

Nesse aspecto, o Juiz *a quo*, observando o preenchimento dos requisitos legais para referendar o Plano de Recuperação Judicial aprovado pela Assembleia, homologou-o, nos termos da Lei de Falências.

Sobre o assunto, vale salientar que, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o Magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Senão vejamos:

Direito empresarial. Plano de recuperação judicial. Aprovação em assembleia. Controle de legalidade. Viabilidade econômico-financeira. Controle judicial. Impossibilidade. - Cumpridas as exigências legais, o juiz deve conceder a recuperação judicial do devedor cujo plano tenha sido aprovado em assembleia (art. 58, *caput*, da Lei nº 11.101/2005), não lhe sendo dado se imiscuir no aspecto da viabilidade econômica da empresa, uma vez que tal questão é de exclusiva apreciação assemblear. - O magistrado deve exercer o controle de legalidade do plano de recuperação - no que se insere o repúdio à fraude e ao abuso de direito -, mas não o controle de sua viabilidade econômica. Nesse sentido, Enunciados nº 44 e 46 da I Jornada de Direito Comercial CJP/STJ. - Recurso especial não provido (REsp 1.359.311/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 9/9/2014, DJe de 30/9/2014).

Nessa perspectiva, as decisões da Assembleia Geral de Credores são soberanas, passíveis de questionamento ou alteração apenas quando constatada flagrante ilegalidade ou abuso de direito, o que não restou comprovado nos autos.

Dessa forma, não é papel do douto Julgador *a quo* adentrar o mérito do Plano de Recuperação Judicial, o qual foi devidamente aprovado na Assembleia Geral de Credores, oportunidade em que todos os pontos relevantes foram discutidos e aprovados pelos maiores interessados na recuperação.

No mesmo sentido, já decidiu este egrégio TJMG:

Agravo de instrumento. Ação de recuperação judicial. Lei 11.101/05. Plano de recuperação. Manutenção da decisão. Recurso desprovido. - A recuperação se fundamenta na solidariedade do risco da atividade empresarial, socializando com os credores a crise vivida pelos devedores, no intuito de repactuar os negócios jurídicos celebrados e evitar situação de falência que, se concretizada, poderá ocasionar ainda mais prejuízos aos credores do que os sacrifícios da repactuação. - Encontrando-se o plano de recuperação judicial em conformidade com os meios elencados no artigo 50 da Lei 11.101/2005 supratranscrito, a atuação jurisdicional para a sua homologação encontra-se limitada à legalidade do ato. - Cabe ao Magistrado, para homologação do plano de recuperação aprovado pelos credores, tão somente analisar o atendimento às normas cogentes sobre as quais não é oponível a manifestação de vontade dos sujeitos envolvidos, garantindo que sejam cumpridas as normas dotadas de imperatividade que não admitem pactuação ou disposição diversas, definidas por escolhas legislativas como forma de garantir segurança ao sistema jurídico pátrio. - A liberação das garantias, só fica condicionada à aprovação expressa do credor titular da garantia, caso sejam estas na moralidade real, a teor do §1º do artigo 50 da Lei 11.101/2005, o que não se confunde com a possibilidade de pactuar, por maioria, a liberação dos direitos e privilégios dos credores em face dos coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. - Tratando-se de plano de recuperação judicial apresentado, deliberado e aprovado em Assembleia Geral de Credores sem que se verifique qualquer ilegalidade no pactuado, deve ser mantida a decisão agravada que o homologou (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0027.13.016805-0/014, Rel. Des. Moacyr Lobato, 5ª Câmara Cível, j. em 25/5/2017, p. em 13/6/2017).

Assim, denota-se que o Plano de Recuperação Judicial apresentado pelos agravados seguiu todos os trâmites legais, preservando os interesses das recuperandas e dos credores.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a decisão combatida.

Custas, pelo agravante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO e DES. PAULO BALBINO.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.



Apelação cível - Ação de indenização por danos morais e materiais - Saque em banco - Roubo em via pública, nas proximidades do banco - "Saidinha de banco" - Relação de consumo - Segurança - Dever do banco - Responsabilidade objetiva - Dever de indenizar

- Os serviços prestados pelo réu submetem-se às disposições do Código de Defesa do Consumidor, já que este se enquadra no conceito legal de fornecedor, e o autor no de consumidor, conforme arts. 2º e 3º do referido diploma. Dessa forma, a responsabilidade do réu é objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, do CDC.

- Em que pese o roubo ter sido praticado fora das dependências do réu, esse fato, por si só, não retira sua responsabilidade pelo evento danoso, já que, como se sabe, é no interior da agência que se inicia a ação criminosa, sendo, portanto, seu dever garantir a segurança do consumidor no momento da realização da transação.

- Nesse contexto, tendo sido invertido o ônus da prova, cabia ao réu demonstrar que cumpriu com sua obrigação de garantir a segurança do cliente, em especial, no que diz respeito às normas estabelecidas pela Lei municipal nº 10.200/2011 e pela Lei 7.102/83, regulamentada pelo Decreto 89.056/83, que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros e estabelece regras sobre a adoção de sistema de segurança, como condição ao funcionamento desses estabelecimentos.

- Inexistindo provas nos autos a respeito das medidas protetivas tomadas pelo banco réu, em favor de seus clientes, resta configurada a falha na prestação de serviço, constituindo, assim, ato ilícito ensejador da reparação civil moral e material.

- Os fatos narrados na inicial, por si só, têm o condão de abalar psicologicamente ou atingir a honra subjetiva do autor, a ponto de justificar a percepção de indenização por danos morais.

- Os danos materiais devem ser devidamente comprovados, tanto no que se refere à sua existência, como quanto à sua extensão.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0079.14.075393-4/001 - Comarca de Contagem - Apelante: Ana Paula Barbosa de Sousa - Apelado: Banco Itaú S.A. - Relatora: DES.<sup>a</sup> 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de julho de 2018. - *Shirley Fenzi Bertão* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.<sup>a</sup> SHIRLEY FENZI BERTÃO - Trata-se de apelação interposta por Ana Paula Barbosa de Sousa contra a sentença de f. 136/138, proferida pelo MM. Juiz de Direito, Vinícius Miranda Gomes, da 1ª Vara Cível da

comarca de Contagem, que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais, por ela ajuizada em face de Banco Itaú S.A., julgou improcedentes os pedidos iniciais, nos seguintes termos:

[...] Pelo exposto, Julgo Improcedentes os pedidos e extingo o processo com resolução do mérito nos termos do art. 487, I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas e honorários que fixo em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC. Suspenso a exigibilidade, em face da gratuidade de justiça deferida.

Assim fundamentou o juiz sentenciante:

[...] Pois bem. As instituições financeiras, de fato, possuem obrigação legal de oferecer a segurança a seus clientes, inclusive mantendo segurança no interior de suas agências.

Entretanto, não possuem autorização legal para agir e coibir assaltos em via pública, razão pela qual não se pode vindicar que sejam responsabilizadas pelos furtos e roubos que ocorram nas imediações das agências bancárias. A questão é de segurança pública. [...]

A prova produzida não é apta a comprovar que os assaltantes estavam dentro do estabelecimento da parte ré, vigiando a parte autora, ou próximo ao local, onde também pudessem vê-la manuseando o numerário; ou, ainda, quem lhes informou sobre o saque ou sobre o hábito de saque em dinheiro da parte autora.

Ana Paula Barbosa de Sousa, em suas razões recursais de f. 139/144, alega que o banco não cumpriu com o seu dever de segurança e vigilância.

Assevera que, se o banco foi negligente quanto ao seu dever de segurança, houve, no mínimo, culpa concorrente.

Aduz que foi invertido o ônus da prova e os fatos alegados na inicial poderiam ser facilmente comprovados com as imagens do circuito de segurança interno.

Pondera que os fatos ocorridos lhe causaram danos de ordem moral e material. Requer o provimento do recurso.

Ausente o preparo por litigar amparado pelos benefícios da gratuidade de justiça.

Contrarrazões apresentadas às f. 147/152.

É o relatório.

Narra a exordial que a autora, em 14/7/2011, efetuou um saque no valor de R\$2.000,00 no estabelecimento da ré, mas, ao sair da agência, foi abordada, cerca de 170 metros do banco, por dois indivíduos em uma moto e portavam uma arma de fogo; que o roubo se deu em virtude de desídia e negligência do réu, que não providenciou os procedimentos necessários para evitá-lo; que a atendente, em atitude suspeita, contou o dinheiro sentada e depois contou novamente, em pé; que, na hora da transação, havia um indivíduo manuseando um celular, que acredita ser o mesmo sujeito que anunciou o assalto. Requereu a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Em sede de contestação (f. 58/62), o requerido alegou que o assalto ocorreu fora das dependências do banco e que, na agência, toda segurança necessária foi prestada; que oferece várias alternativas para movimentação de dinheiro, tais como DOC, TED e TEF, para o cliente não precisar sair com o dinheiro em mãos; que o

boletim de ocorrência é prova unilateral; que as imagens da câmera de segurança, em razão do tempo, já foram sobrepostas; que não cometeu ato ilícito; que não há que se falar em danos morais e materiais.

Realizada audiência de instrução e julgamento, foi colhido o depoimento pessoal da parte autora e ouvida uma testemunha e um informante, conforme termos de f. 131/134.

Sobreveio a sentença, entendendo o Juiz *a quo* pela improcedência do pedido inicial, sendo esse o objeto do presente recurso.

Como visto, sustenta a autora que sacou a quantia de R\$2.000,00 e, quando ainda se encontrava nas proximidades do estabelecimento bancário do réu, foi abordada por duas pessoas em uma moto, com arma de fogo, sendo obrigada a entregar a quantia que havia acabado de sacar.

O réu, por seu turno, defendeu-se, negando a existência da referida falha na prestação de serviço, ressaltando que o crime ocorreu fora de suas dependências.

Portanto, funda-se a pretensão inicial na existência de suposta falha na prestação de serviço prestado pelo réu, que teria negligenciado a segurança dos seus clientes, o que resultou na facilitação da ocorrência do crime em suas imediações.

Pois bem.

É incontroverso nos autos o fato de que a autora sacou a quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais) em uma agência bancária do recorrido, no dia 14 de julho de 2011.

Por sua vez, o roubo restou comprovado pelo boletim de ocorrência de f. 41/43 e pela prova oral produzida nos autos.

A testemunha Janete Martins de Almeida, assim afirmou:

Não presenciou o assalto; ficou sabendo do assalto quando ouviu gritos da autora; o salão onde a depoente trabalha é bem próximo ao local do assalto; ao ouvir gritos da autora, a depoente foi para a porta do salão e aproximou-se da autora; a autora estava nervosa; não estava machucada; o salão fica na Av. Antônio José da Rocha, 302; a autora estava em frente ao número 354 da mesma avenida; existe um batalhão próximo do local onde ocorreu o assalto, cerca de 300 metros (f. 133).

Dessa forma, cinge-se o cerne da questão à análise da existência de responsabilidade civil do requerido pelos alegados danos causados à autora em razão dos fatos narrados na inicial.

Inicialmente, cumpre registrar que os serviços prestados pelo réu se submetem às disposições do Código de Defesa do Consumidor, visto que este se enquadra no conceito legal de fornecedor, e a autora no de consumidor, conforme arts. 2º e 3º do referido diploma.

Dessa forma, a responsabilidade do réu é objetiva, nos termos do art. 14, § 1º, do CDC, bastando à sua caracterização a ocorrência do dano e a relação de causalidade entre o comportamento do agente e o dano causado, podendo ser afastada, apenas, em caso de ocorrência de caso fortuito, força maior ou por fato exclusivo da vítima.

Cláudia Lima Marques ensina:

A responsabilidade imposta pelo art. 14 do CDC é objetiva, independente de culpa e com base no defeito, dano e nexos causal entre o dano ao consumidor-vítima (art. 17) e o defeito do serviço prestado no mercado brasileiro. Com o CDC, a obrigação conjunta de qualidade-segurança, na terminologia de Antônio Herman Benjamin, isto é, de que não haja um defeito na prestação do serviço e conseqüentemente acidente de consumo danoso à segurança do consumidor-destinatário final do serviço, é verdadeiro dever imperativo de qualidade (art. 24-25 do CDC), que se expande pela alcançar todos os que estão na cadeia de fornecimento, *ex vi* art. 14 do CDC [...] (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 248-250).

Avaliando detidamente as provas dos autos, entendo que restou demonstrado o ato ilícito praticado pelo réu, senão vejamos.

À luz do Código de Defesa do Consumidor e da responsabilidade objetiva, a despeito de ser dever do Estado a garantia da segurança dos cidadãos na via pública, cabe ao banco réu proporcionar ao consumidor o máximo de segurança na prestação de seu serviço, de forma a proteger-lhe de possíveis danos.

No caso dos autos, a autora afirma ter sido vítima de assalto realizado por pessoa que estava no interior da agência e viu quando o dinheiro lhe fora entregue.

Em que pese o roubo ter sido praticado fora das dependências do réu, este fato, por si só, não lhe retira a responsabilidade pelo evento danoso, já que, como se sabe, é no interior da agência que se inicia a ação criminosa, sendo, portanto, seu dever garantir a segurança do consumidor no momento da realização da transação.

Nesse contexto, tendo sido invertido o ônus da prova, cabia ao réu demonstrar que cumpriu com sua obrigação de garantir a segurança do cliente, em especial, no que diz respeito às normas estabelecidas pela Lei municipal nº 10.200/2011 e pela Lei 7.102/83, regulamentada pelo Decreto 89.056/83, que dispõe sobre a segurança para estabelecimentos financeiros e estabelece regras sobre a adoção de sistema de segurança, como condição ao funcionamento desses estabelecimentos.

Nesse sentido:

Responsabilidade civil. Indenização. Aplicação das regras do CDC. Instituição financeira. Súmula 297 do STJ. 'Saidinha de banco'. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar reconhecido. Dano moral. *Quantum*. Dano material. - A responsabilidade civil, à luz do CDC, deve ser averiguada sob a dimensão objetiva, sendo desnecessária, para a caracterização do dever reparatório, a comprovação da culpa do agente, ficando o consumidor responsável, apenas, em demonstrar a efetiva ocorrência do dano e do nexos causal. - Não tendo a Instituição Financeira cumprido a legislação municipal que impõe a obrigação de instalação de divisores no caixa físico, evidencia-se o defeito na prestação dos serviços, colocando o consumidor, diretamente, exposto ao risco. - A indenização por danos morais não deve implicar em enriquecimento ilícito, tampouco ser irrisória, de forma a perder seu caráter de justa composição e preventivo. - Os danos materiais devem ser efetivamente comprovados (Apelação Cível 1.0024.12.042542-6/001, Rel. Des. Leite Praça, 17ª Câmara Cível, j. em 5/12/2013, p. em 17/12/2013).

Assim, competia ao réu demonstrar que havia, em sua agência, biombos ou divisórias nos caixas físicos, câmara do lado externo, entre outros cuidados básicos de segurança, sob pena de se responsabilizar pela ação de criminosos fora de suas dependências:

Apelação. Indenização. Danos materiais e morais. Responsabilidade objetiva. 'Saidinha de banco'. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar configurado. Dano moral puro. *Quantum*. Juros moratórios



e correção monetária. Termo inicial. - O fato de ter o assalto ocorrido fora das dependências da agência bancária não exime a responsabilidade do banco, que é objetiva (art. 14, CDC), sendo seu dever garantir a privacidade e segurança de seus clientes no momento do saque, que ocorreu no interior da agência, onde se iniciou a ação criminosa, tendo sua funcionária comunicado ao comparsa o saque de elevada quantia pela vítima. - O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, sem se descurar do sentido punitivo da condenação. - A correção monetária, em se tratando de responsabilidade por dano moral, incide desde a data do arbitramento (Súmula 362/STJ). - Existindo relação contratual entre as partes, os juros devem incidir a partir da citação (TJMG. Apelação Cível 1.0024.11.182606-1/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Cláudia Maia, 14<sup>a</sup> Câmara Cível, j. em 6/8/2015, p. em 14/8/2015).

Apelação cível. Indenização por danos morais e materiais. Responsabilidade objetiva. 'Saidinha de banco'. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar caracterizado. Proporcionalidade e razoabilidade. - A responsabilidade civil do prestador de serviços é objetiva à luz do disposto no artigo 14 do CDC e subsiste se o mesmo não comprova a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou a inexistência de defeito ou falha na prestação do serviço. A instituição financeira tem a obrigação legal de garantir a segurança dos seus clientes no momento em que realizam operações bancárias dentro de suas dependências. A despeito de o roubo ter ocorrido fora das dependências da agência bancária, este fato por si só não o exime da responsabilidade pelo evento danoso, uma vez que é dever do Banco garantir a privacidade e segurança dos seus clientes no momento do saque, que, inegavelmente, ocorre no interior da agência, local onde se inicia a ação criminosa, em virtude de ser franqueado o livre acesso a um dos criminosos, o qual, após livre observação, comunica aos comparsas o saque da desditosa vítima. Sofre dano moral o consumidor vítima de assalto à mão armada após a realização de saque de valor considerável, sem as devidas precauções por parte da instituição financeira. A fixação da indenização por danos morais deve ser realizada com razoabilidade e proporcionalidade (TJMG. Apelação Cível 1.0079.12.030856-8/001, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14<sup>a</sup> Câmara Cível, j. em 9/7/2015, p. em 17/7/2015).

Ação de indenização por danos materiais e morais. Roubo a mão armada. 'Saidinha de banco'. Fato de terceiro previsível. Responsabilidade civil da instituição financeira caracterizada. Danos morais. Critérios de fixação. - A instituição financeira responde objetivamente pelos danos causados aos seus clientes, salvo motivo de força maior. - Para que o assalto à mão armada possa ser caracterizado como uma força maior excludente da responsabilidade civil do transportador, deve restar cabalmente comprovado que a situação era totalmente imprevisível, de forma a obstar a tomada de medidas preventivas do sinistro. - São presumíveis os danos morais sofridos pelo consumidor que, após sair de uma agência bancária, esteve sob a mira de armas de fogo e teve seus pertences subtraídos, devendo o valor da indenização ser fixado com observância dos graves constrangimentos sofridos (TJMG - Apelação Cível 1.0024.11.213657-7/001, Rel. Des. Marcos Lincoln, 11<sup>a</sup> Câmara Cível, j. em 11/2/2015, p. em 23/2/2015).

Portanto, inexistindo provas nos autos a respeito das medidas protetivas tomadas pelo banco réu em favor de seus clientes, resta configurada a falha na prestação de serviço, constituindo, assim, ato ilícito ensejador da reparação civil moral e material.

Do dano moral.

Confirmada a ocorrência do ato ilícito, passo à análise da existência do dano moral.

Como é cediço, o dano moral surge quando há lesão a direitos da personalidade.

Conforme elucida Flávio Tartuce:

Os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo personalidade a qualidade do ente considerado pessoa. Na sua especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até a sua morte (TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, 2009, p. 163).

No caso dos autos, a meu ver, os fatos narrados na inicial, por si só, têm o condão de abalar psicologicamente ou atingir a honra subjetiva da autora, a ponto de justificar a percepção de indenização por danos morais.

Conforme ensina Sergio Cavalieri Filho, “a partir do momento em que alguém viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil” (Cavalieri Filho, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007).

Ora, é evidente que quem sofre ameaça com uma arma de fogo apontada em sua direção está sujeito a intenso sofrimento, angústia e abalo emocional, e, portanto, tal fato não pode ser confundido como ‘mero dissabor cotidiano’.

Assim, não há dúvidas do sofrimento experimentado pela apelante, o qual ultrapassa o mero dissabor ou aborrecimento, motivo pelo qual o dano moral restou configurado.

Relativamente ao *quantum* indenizatório, como se sabe, não existe forma objetiva de aferir e quantificar o constrangimento e o abalo psíquico. Todavia, doutrina e jurisprudência estão conjugando esforços para estabelecimento de parâmetros.

Com relação à fixação dos danos morais, Caio Mário da Silva Pereira leciona:

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória pelo que tiver sofrido. Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (*Responsabilidade civil*, 6. ed., Forense, 1995, p. 60).

Em casos dessa natureza, recomenda-se que o julgador se pautar pelo juízo da equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, devendo o *quantum* da indenização corresponder à lesão, e não a ela ser equivalente, porquanto, impossível, materialmente, nesta seara, alcançar essa equivalência.

O numerário deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, produzindo, no ofensor, impacto bastante para dissuadi-lo de igual procedimento, forçando-o a adotar uma cautela maior, diante de situações como a descrita nestes autos.

Portanto, o ressarcimento pelo dano moral, decorrente de ato ilícito, é uma forma de compensar a dor causada e não deve ser usado como fonte de enriquecimento ou abusos. A sua fixação deve levar em conta o estado de quem o recebe e as condições de quem paga.

Tomando-se por base aspectos do caso concreto - extensão do dano, condições socioeconômicas e culturais das partes e condições psicológicas dos envolvidos - tenho que o valor de R\$2.000,00 (dois mil reais) é

suficiente para produzir, no ofensor, impacto bastante para dissuadi-lo de igual procedimento e para proporcionar à vítima satisfação econômica na justa medida do abalo sofrido.

Dano material.

Os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas e, portanto, não se presumem, devendo ser comprovados por quem os alega, já que podem ser demonstrados documentalmente pelo prejuízo suportado, pela despesa que foi gerada e pelo que se deixou de auferir em razão da conduta ilícita do agente.

Por sua natureza, evidentemente, a demonstração da extensão do dano material deve ser precisa também quanto ao valor da indenização pretendida, pois o que se visa, através da ação judicial, é à recomposição da efetiva situação patrimonial que se tinha antes da ocorrência do dano.

No caso dos autos, a instituição financeira não negou o saque de R\$2.000,00 (dois mil reais) realizado pela autora.

Lado outro, quanto aos demais valores alegados pela autora, não há qualquer prova nos autos.

Assim, o réu deverá ressarcir a autora da quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para julgar parcialmente procedentes os pedidos e condenar o réu a pagar à autora a quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais) a título de danos morais, corrigida a partir do arbitramento e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, bem como a quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais) a título de danos materiais, que deverá ser corrigida a partir do evento danoso e acrescida de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Como consectário, diante da sucumbência mínima do autor, condeno o réu ao pagamento das custas e honorários, inclusive os recursais, que ora fixo em 10% sobre o valor da condenação e, nos termos do art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do novo Código de Processo Civil, os majoro para 12%.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MARCOS LINCOLN e ALEXANDRE SANTIAGO.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Consumidor - Contratação cartão de crédito - Cobrança de taxa de seguro - Ausência de Cláusula na proposta de adesão - Venda casada comprovada - Abusividade - Restituição em dobro devida - Recurso provido

Constatando-se que não foi facultado, mas sim imposto, à autora o serviço de seguro do cartão, deve ser reconhecida a cobrança abusiva por meio da venda casada dos produtos.

Nos termos do art. 42, parágrafo único do CDC e art. 39, I, que proíbe a venda casada, a autora faz jus à restituição em dobro dos valores cobrados.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.18.081770-2/001 - Comarca de Varginha - Apelante: Luciana de Lima - Apelado: Banco Bradesco S/A - Relator: DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *Marcos Henrique Caldeira Brant* - Relator.

### Voto

DES. MARCOS HENRIQUE CALDEIRA BRANT - Trata-se de Apelação interposta por Luciana de Lima contra a sentença (documento eletrônico 31) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Varginha que, nos autos da ação de repetição de indébito, ajuizada contra Banco Bradesco S/A, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, suspendendo o débito por litigar sob o pálio da Justiça Gratuita.

Nas razões (documento eletrônico 36), a autora/apelante alega, em síntese: a) que o contrato de seguro demonstra a venda casada tendo em vista que assinou o contrato com os campos já assinalados; b) que é parte hipossuficiente da relação jurídica; c) que apenas o réu/apelado possui capacidade técnica para demonstrar que não ocorreu venda casada; d) que despesas operacionais são abusivas e devem ser anuladas; e) que os documentos juntados na contestação são unilaterais. Requer a reforma da sentença para que seja julgada procedente a ação.

Contrarrrazões (documento eletrônico 40) nas quais o réu/apelado defende a manutenção da sentença.

É o relatório. Decido.

Conheço da apelação, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Versam os autos sobre ação de repetição de indébito em que a autora/apelante narra ter celebrado contrato de cartão de crédito com o réu/apelado. Afirma que, no momento da contratação, não lhe deram a opção

de contratar o serviço de “seguro protegido”, pelo contrário, o serviço foi-lhe imposto no momento da assinatura do termo.

O Magistrado primevo julgou a ação improcedente, sob o fundamento de que não restou demonstrado nos autos a existência de venda casada ou comprovado o pagamento da taxa do serviço de seguro do cartão, de forma que a autora/apelante não fazia jus à restituição dos valores.

Cinge-se a controvérsia recursal, portanto, em averiguar se a autora/apelante faz jus à restituição dos valores cobrados pelo réu/apelado, a título de seguro protegido.

Inicialmente cabe ressaltar que está configurada a relação de consumo existente entre as partes, porque autora/apelante e réu/apelado se encaixam nas definições de consumidor e fornecedor de serviços, respectivamente. Assim, não restam dúvidas de que deve incidir o Código de Defesa do Consumidor.

A autora/apelante argumenta ser a parte hipossuficiente da relação de consumo, de forma que é necessária a inversão do ônus da prova.

De fato, imperiosa a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º do CDC, não apenas pela hipossuficiência da consumidora, mas também porque, ao alegar a autora/apelante que não contratou o serviço de seguro protegido, cabia ao réu/apelado comprovar a regularidade da contratação do serviço de seguro.

Ademais, o próprio Código de Processo Civil prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova no art. 373, §1º, CPC/15:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Isso porque, a hipossuficiência tem relação direta com a capacidade individual da parte em prover informações de cunho relevante ao processo, de modo que, quando excessiva a dificuldade em cumprir o encargo, impõe-se a inversão do ônus da prova.

Neste sentido, o réu/apelado carrou aos autos as faturas de cartão de crédito comprovando a cobrança da taxa de seguro protegido, porém, não se desincumbiu do ônus de demonstrar que a contratação foi regular sem ocorrência de venda casada.

Isso porque, pela análise do contrato de proposta de adesão ao cartão (documento eletrônico 20), verifica-se que não há cláusula para contratação do seguro protegido. Concluindo-se que não foi facultado à autora/apelante aderir ao serviço.

Dessa forma, é forçoso reconhecer a abusividade da cobrança da taxa de seguro protegido, configurando a prática de venda casada, a qual é defesa pelo Código Consumerista no art. 39, I:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

Em que pese o entendimento do Magistrado primevo de que a autora/apelante não demonstrou o pagamento das faturas, verifica-se que, pela própria análise das faturas, é possível identificar os pagamentos realizados por ela.

Quanto às telas sistêmicas juntadas pelo réu/apelado (documento eletrônico 22), demonstrando que houve o cancelamento da cobrança, o que se verifica pelas faturas constantes nos autos (documento eletrônico 18/19) é que a cobrança do seguro permaneceu entre os meses de outubro de 2012 a fevereiro de 2013.

Assim, restando reconhecida a abusividade da cobrança deste seguro, por configurar venda casada e por não ter sido comprovada a respectiva contratação, é certo, por isso, que a autora/apelante faz jus à repetição em dobro, consoante previsto no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, já se manifestou este Tribunal de Justiça:

Apelação cível. Ação declaratória c/c indenização. Relação de consumo. Contratado empréstimo consignado. Venda casada. Cartão de crédito. Restituição em dobro devida. Dano moral configurado. Recurso provido. - Revela prática abusiva por parte do banco, que promoveu o fornecimento casado de cartão de crédito com mútuo, embora apenas este tenha sido solicitado pelo consumidor, violando os preceitos da legislação consumerista. - A devolução dos valores indevidamente pagos pelo autor, em desacordo com o contrato de empréstimo consignado, deve observar o disposto no art. 42, parágrafo único, da legislação consumerista. - É evidente a aflição e o sofrimento do consumidor que, após anos, vendo descontado de seu contracheque parcelas as quais acreditava serem destinadas à amortização de mútuo contraído, percebe que o montante da dívida se elevou, pois os pagamentos referiam-se às taxas mínimas de cartão de crédito que nunca utilizou. Assim, impõe-se a obrigação de ressarcimento dos danos morais pelo banco (TJMG - Apelação Cível Nº 1.0145.12.026881-1/001, Rel. Des. Amorim Siqueira, 9ª Câmara Cível, j. em 26/6/2018, p. em 16/7/2018).

Pelo exposto, dou provimento à apelação para reformar a sentença e condenar o réu/apelado a restituir à autora/apelante, em dobro, o valor pago a título de seguro superprotegido e seguro saldo protegido cobrado nas faturas do cartão de crédito entre os meses 10/2012 a 2/2013, o qual deverá ser corrigido monetariamente desde o desembolso, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação.

Em razão do provimento do recurso, inverte os ônus sucumbenciais, devendo o réu/apelado arcar com as custas processuais, recursais e honorários advocatícios em favor do patrono da autora/apelante, os quais deixo de majorar por já terem sido fixados no máximo legal, conforme disposto no art. 85, § 2º, do CPC/15.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES OTÁVIO DE ABREU PORTES e JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Remessa necessária - Cabimento - Recurso de apelação - Ação anulatória - Questionamento quanto à validade de condicionante imposta por órgão ambiental para a renovação de licença de operação - Adequação à nova ordem surgida após a primeira licença - Princípio do desenvolvimento econômico sustentável - Presunção de legitimidade não elidida - Requerimento de julgamento antecipado da lide - Sentença reformada - Improcedência - Apelo voluntário prejudicado

- A imposição de condição de natureza compensatória por ocasião da renovação de licença de operação não significa a anulação do licenciamento anterior, mas, apenas, a adequação à realidade surgida posteriormente à concessão primeira, com vistas à reparação de um impacto negativo causado ao meio ambiente.

- A concessão de Licença de Operação nos idos de 1996, por seu caráter temporário, há de se subsumir às alterações de quaisquer ordens surgidas após a vigência do prazo originalmente estabelecido, inclusive àquelas de ordem legal trazidas, v.g., com a edição da Lei nº 9.985/2000.

- Erigida a tese autoral - primordialmente - na impossibilidade de imposições de condicionantes baseadas em lei não vigente ao tempo da primeira Licença de Operação, a constatação em sentido contrário ocasiona a improcedência do pleito exordial, mormente em se considerando que, instada à produção de provas, por meio das quais haveria de demonstrar a inadequação da exigência imposta para a renovação da licença, pugnou a parte autora pelo pronto julgamento do litígio.

- Reforma da sentença na remessa necessária. Apelo voluntário prejudicado.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.16.086171-2/002 - Comarca de Uberaba - Apelantes: Estado de Minas Gerais, Instituto Estadual de Florestas - Apelada: Petrobras Transporte S/A - Transpetro - Relator: DES. CORRÊA JUNIOR**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, NA REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO, EM REFORMAR A SENTENÇA, PREJUDICADO O APELO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2018 - *Corrêa Junior* - Relator.

### **Voto**

DES. CORRÊA JUNIOR - Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Minas Gerais e pelo Instituto Estadual de Florestas contra a sentença proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberaba, que, nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Compensação Ambiental ajuizada pela Petrobras Transporte S/A - Transpetro em face dos recorrentes e da Supram - Superintendência Regional de



Meio Ambiente do Triângulo Mineiro, julgou procedente o pleito exordial, para, confirmando os termos da medida antecipatória inicialmente deferida, determinar a expedição de renovação da Licença de Operação à parte autora, visando à regular a operação no Terminal de Uberaba, com a exclusão da condicionante concernente à compensação ambiental.

Em suas razões de inconformismo, alegam os recorrentes, em suma: que não ostenta a Supram - Superintendência Regional de Meio Ambiente do Triângulo Mineiro legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, por não ostentar personalidade jurídica; que ao IEF - Instituto Estadual de Florestas também falece legitimidade passiva, na medida em que a condicionante contra a qual se insurge a apelada foi imposta pelo Copam, por meio de sua Unidade Regional Colegiada do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba, consoante a determinação inserta no art. 9º do Decreto nº 44.844/08, e do art. 3º do Decreto Estadual nº 46.953/16; que os atos administrativos, entre os quais a condicionante impugnada, gozam de presunção de legitimidade e legalidade, as quais não restaram elididas pelo postulante; que o ato administrativo foi validamente praticado pelo órgão competente, no âmbito de processo administrativo de licenciamento ambiental, que ensejou não só o deferimento da Licença de Instalação Corretiva nº 103/2013, mas também a definição de todas as condicionantes necessárias e pertinentes, inclusive a questionada condicionante; que o desfazimento do ato representa indevida ingerência do Poder Judiciário, por se tratar a análise dos requisitos para concessão ou revogação de licenças ambientais de ato tipicamente vinculado à atividade administrativa, consoante se depreende, ademais, da disposição inserta no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, bem assim no art. 10, da Lei nº 6.938/1981.

Contrarrazões em documento de ordem n. 65, defendendo o acerto da sentença combatida, à assertiva primordial no sentido da inexigibilidade da Condicionante nº 06, referente à Licença de Operação nº 14/2016, eis que desvirtuada de fundamento legal, na medida em que inaplicável a Lei n. 9.985/2000 aos empreendimentos iniciados anteriormente à vigência do referido Diploma Legal.

É o relatório, no essencial.

De ofício, conheço da remessa necessária, *ex vi* do art. 496 do Código de Processo Civil.

Também conheço do recurso voluntário, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia submetida à apreciação desta eg. Câmara Julgadora na higidez da exigibilidade da Condicionante nº 06, afeta à renovação da Licença de Operação - LO nº 014/2016, referente ao Terminal de Uberaba, pertencente à Petrobras Transporte S/A. - Transpetro.

Das preliminares de ilegitimidade passiva.

Consoante relatado, suscitaram os apelantes preliminar de ilegitimidade passiva da Supram -Superintendência Regional de Meio Ambiente do Triângulo Mineiro, assim como do IEF - Instituto Estadual de Florestas.

Destarte, malgrado não tenha sido a Supram inserida originalmente no polo passivo da demanda, tal providência se deu após o aditamento da inicial (documento de ordem nº 17), cujo requerimento foi deferido pelo MM. Julgador singular, consoante se infere das decisões colacionadas em documento de ordens nº 19 e nº 20.

Com efeito, trata-se a Supram de órgão vinculado à Semad - Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, destituído, assim, de personalidade jurídica, razão pela qual, de fato, não ostenta legitimidade para figurar no polo passivo da demanda.

Conduto, em se tratando de órgão inserido na organização administrativa do Estado de Minas Gerais e estando o referido ente federado já escorreitamente incluído como réu na presente ação, o reconhecimento da ilegitimidade propugnada em nada altera o processamento do feito, nem sequer importa no reconhecimento de sucumbência autoral, mormente porque não apresentada pela Supram peça defensiva autônoma.

Outrossim, no que tange à preliminar suscitada em relação ao IEF, a questão já restou superada por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.0000.16.086171-2/001, por meio do qual, ao ser rejeitada prefacial, adotou esta eg. Câmara julgadora como convencimento motivado, *in verbis*:

Inicialmente, alegam os agravantes que o IEF é parte manifestamente ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, devendo compor a lide o Copam, que possui competência para proceder ao licenciamento ambiental e, conseqüentemente, para determinar a inclusão ou a exclusão de condicionantes do licenciamento ambiental.

Contudo, a meu ver, sem razão.

O Copam é um órgão colegiado, normativo, consultivo e deliberativo, desprovido de personalidade jurídica, subordinado administrativamente à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - Semad, cuja missão é cumprir a “agenda verde” do Sistema Estadual do Meio Ambiente - Sisema, atuando no desenvolvimento e na execução das políticas florestal, de pesca, de recursos naturais renováveis e de biodiversidade em Minas Gerais, conforme o seguinte trecho do *site* <http://www.meioambiente.mg.gov.br/copam>, *in verbis*:

Instituído pelo Decreto nº 18.466, de 29 de abril de 1977, o Conselho de Política Ambiental - COPAM, rege-se, dentre outras normas, pela Lei nº 21.972, de 21 de janeiro de 2016 e pelo Decreto Estadual nº 46.953, de 23 de fevereiro de 2016. O Copam é um órgão colegiado, normativo, consultivo e deliberativo, subordinado administrativamente à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável - Semad, do qual o secretário é seu presidente.

Já o IEF - Instituto Estadual de Florestas - é uma autarquia, possuindo personalidade jurídica, e está diretamente ligado à Semad, sendo que uma de suas funções é justamente apoiar a referida Secretaria nos processos de regularização ambiental e de fiscalização, bem como na aplicação de sanções administrativas no âmbito de sua atuação, exercendo ainda atividades correlatas, conforme o seguinte trecho que dispõe sobre os serviços prestados pelo IEF, disponibilizados em seu *site* (<http://www.ief.mg.gov.br/instituicao>), *in verbis*:

O Instituto Estadual de Florestas (IEF) foi criado em 1962, pela Lei nº 2.606. Autarquia inicialmente ligada à Secretaria de Estado da Agricultura, passa a vincular-se, a partir de 1995, à recém-criada Semad - Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável: sua missão, cumprir a “agenda

verde” do Sistema Estadual do Meio Ambiente - Sisema, atuando no desenvolvimento e na execução das políticas florestal, de pesca, de recursos naturais renováveis e de biodiversidade em Minas Gerais.

Em 2010, a Lei Delegada nº 180 - complementada pelo Decreto regulamentador nº 4.5834/2011 - reformula e redistribui as atividades do Sistema Estadual do Meio Ambiente, repassando à própria Semad as ações ligadas à fiscalização e controle, bem como os processos de regularização ambiental, antes competências do IEF [...].

Desse modo, não vislumbro, de plano, a alegada ilegitimidade passiva da referida entidade pública para figurar no polo passivo da presente ação, pelo que a rejeição da preliminar arguida é medida que se impõe.

Em sendo assim, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva da Supram e julgo prejudicada a alegação prefacial de idêntica natureza em relação ao IEF.

Do mérito.

Volvendo-me ao mérito da contenda, vislumbro das peças documentais vertidas ao feito que, nos idos de novembro de 1993, a Petrobras S/A logrou obter Licença Ambiental de Instalação concernente ao poliduto Replan/Brasília, localizado nos Municípios de Uberaba, Uberlândia, Monte Alegre de Minas, Tupaciguara e Araporã (Processo Administrativo nº 272/90/02/93).

Cumpridas as condicionantes de instalação, foi deferida à Petrobras a Licença de Operação nº 196, em setembro de 1996, nos seguintes termos:

Naquela oportunidade, foi exigido do Empreendedor o cumprimento das seguintes condicionantes (documento de ordem nº 06):

Posteriormente, criada a subsidiária Petrobras Transporte S/A. - Transpetro (12/06/1998), com vistas à prestação de serviços diretos à Petrobras S/A, nos segmentos de dutos e terminais, transporte marítimo e gás natural, o terminal de Uberaba passou a ser administrado pela referida subsidiária.

Ato contínuo, foi deferida à Transpetro Licença de Operação nº 31/2009.

Contudo, no ato de revalidação do referido Licenciamento, conquanto tenha sido deferida à Transpetro a consecução da operação para as atividades de base de armazenamento e distribuição de lubrificantes, combustíveis líquidos, derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, concernente ao Tribunal de Uberaba, mediante a LO nº 14/2016, tal se deu mediante a exigência de cinco condicionantes.

Entrementes, em ato apartado, após 125ª Reunião Ordinária da Unidade Regional Colegiada do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba, realizada em 19/02/2016, foi imposta à Transpetro a 6ª Condicionante, objeto da presente contenda, nos seguintes termos:

A toda evidência, a condicionante em questão foi imposta com espeque em Portaria nº 55/2012, do IEF, que estabeleceu procedimentos para a formalização de processos de compensação ambiental a que se refere o art. 7º, § 1º, do Decreto Estadual nº 45.175/2009, o qual, por sua vez, foi editado com vistas à regulamentação, entre outros, da Lei Federal nº 9.985/2000.

Estabelecidos os contornos fáticos da contenda e pedindo a respeitosa vênua ao entendimento esgrimido pelo d. Sentenciante, entendo que a sentença sob reapreciação merece reparos.

Desde já, cumpre observar que, como ação típica e indelegável do Poder Executivo, o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico. [...] Outrossim, a licença, conferida ao final de cada etapa do licenciamento, espelha “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental (Édis Milaré. *Direito do ambiente*. 10. ed., p. 789 e 790).

Há de ser salientado, ainda, que a concessão da licença ambiental assegura ao empreendedor “uma estabilidade meramente temporal, não um direito adquirido de operar *ad aeternum* (idem; p. 835).

Assim, inexistente óbice à modificação dos termos da licença no ato de sua renovação, até mesmo porque não se trata o meio ambiente de organismo estático, pelo que devem, ainda, ser consideradas as alterações de ordem científica, política e econômica posteriormente surgidas.

Essa é, a toda evidência, a situação corporificada no feito.

Destarte, a imposição do condicionamento analisado, de natureza compensatória, não significa a anulação do licenciamento anterior, mas, apenas, a adequação à realidade surgida posteriormente à concessão primeva, com vistas à reparação de um impacto negativo causado ao meio ambiente.

Nesses termos,

quando houver uma situação de inadequação circunstancial da licença ambiental, é possível a sua modificação, sobretudo para manter incólume o princípio constitucional do desenvolvimento econômico social” (Édis Milaré. *Direito do ambiente*, 10. ed., p. 837).

Verifica-se, no caso assinalado, por conseguinte, que a concessão de Licença de Operação nos idos de 1996, por seu caráter temporário, há de se subsumir às alterações de quaisquer ordens surgidas após a vigência do prazo inicialmente estabelecido, inclusive àquelas de ordem legal trazidas, v.g., com a edição da Lei nº 9.985/2000.

O entendimento ora sufragado não retira do empreendedor o direito ao questionamento quanto à validade da condicionante, recaindo-lhe, contudo, o ônus quanto à desconstituição de sua validade (legalidade/legitimidade).

No feito, todavia, erigida a tese autoral - primordialmente - na impossibilidade de imposições de condicionantes baseadas em lei não vigente ao tempo da primeva Licença de Operação, a constatação em sentido contrário ocasiona a improcedência do pleito exordial, mormente em se considerando que, instada à produção de provas, por meio das quais haveria de demonstrar a inadequação da exigência imposta para a renovação da licença, pugnou a parte autora pelo pronto julgamento do litígio (documento de ordem nº 55).

Não se exonerando a autora, portanto, de seu ônus *probandi*, a reforma da sentença, para a improcedência do pleito vestibular, é medida que se impõe.

Com base em tais considerações, na remessa necessária conhecida de ofício, reformo a sentença, para julgar improcedente o pedido.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios que arbitro em dez por cento do montante atualizado da causa.

Sem honorários recursais, em virtude da reforma da sentença.

Julgo prejudicado o apelo voluntário.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES YEDA ATHIAS e AUDEBERT DELAGE.

*Súmula* - RECURSO PROVIDO.

• • •

Reexame necessário - Apelação cível - Ação de cobrança - Pensão por morte - Segurado IPSM - Filho maior incapaz - Integralidade dos vencimentos - Art. 40, CF/88 - Restituição das diferenças das parcelas anteriores - Cabimento - Prescrição quinquenal - Ausência de fluência do prazo prescricional - Correção monetária - IPCA-E - Minoração dos honorários advocatícios - Impossibilidade - Sentença parcialmente reformada em duplo grau

- São de aplicabilidade imediata as normas constitucionais que determinam que os pagamentos da pensão por morte correspondam à integralidade dos vencimentos que auferir o instituidor do benefício acaso vivo estivesse.

- Reconhecido, via *mandamus*, o direito à integralidade da pensão previdenciária, incontroverso é o direito do pensionista à percepção das parcelas anteriores.

- Conquanto seja de cinco anos o prazo prescricional das ações pessoais contra a Fazenda Pública, aquele não flui em relação ao absolutamente incapaz enquanto este preservar tal qualidade nos termos do art. 198, I, do Código Civil.

- Considerando a orientação firmada pelo STF no julgamento do RE 870.947, a correção monetária deve ser calculada de acordo com o IPCA-E, enquanto os juros de mora devem observar unicamente os índices oficiais de remuneração básica aplicados à caderneta de poupança.

- A verba honorária deve ser fixada com o objetivo de remunerar, com dignidade, o advogado, pois toda profissão tem que ter respeitabilidade, e o profissional que a exerce não pode, de um lado, locupletar-se ilícitamente, nem, por outro, ter o seu trabalho aviltado.

**APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0024.10.089853-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz Michel Curi e Silva da 1ª Vara de Fazenda Pública Estadual - Apelante: Instituto de Previdência dos Servidores Militares de MG - Apelado: Julieta Ferreira, Joy Luiz Ferreira - 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, em REEXAME NECESSÁRIO, REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018. - *Belizário de Lacerda* - Relator.

## Notas taquigráficas

DES. BELIZÁRIO DE LACERDA - Cuida-se de reexame necessário e recurso de apelação da sentença às f. 103/107, proferida pelo MM Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da presente ação de cobrança ajuizada por Joy Luiz Ferreira, representado por Julieta Ferreira, em face do Instituto de Previdência dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais - IPSM, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenou o IPSM ao pagamento retroativo das diferenças dos valores referentes à pensão por morte, a serem contados a partir de 5/10/1988 até o mês de outubro de 2001, levando em consideração a quota parte da pensão recebida pelo autor. Por fim, condenou a parte ré ao pagamento dos honorários sucumbenciais que foram fixados em 10% sobre o valor da condenação, isento de custas, conforma art. 10, inciso I, da Lei 14.939.

Às f. 109/117, foi interposto recurso de apelação em que o IPSM aduz que seguiu os parâmetros fixados pela Lei nº 8.284/82 ao caso, na concessão da pensão por morte, não tendo discricionariedade para prática de atos fora da órbita legal. Alega, ainda que, em razão da lei que alterou os dispositivos da Lei 10.366/90, foi estabelecida a integralização dos benefícios do IPSM, e, desde 26/10/2001, houve a integralização dos benefícios.

Não foram apresentadas contrarrazões.

Concitada a se manifestar, a douta Procuradoria-Geral de Justiça entendeu, à f. 100, que a causa de intervenção ministerial cessou diante do falecimento do autor.

Conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, visto que satisfeitos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Primeiramente, importante esclarecer que o autor faleceu no curso do processo e à lide foi habilitada a sua genitora, que figurava como curadora do filho incapaz, assim o sucedendo no polo ativo da presente demanda.

No que tange à aplicação da prescrição quinquenal, conforme muito bem apontado pelo Juiz *a quo*, tem-se que a mesma não há de ser declarada em relação ao beneficiário que foi absolutamente incapaz conforme se extrai do art. 4º, III, do Código Civil, e, assim, imune à prescrição, a teor do inciso I do art. 198 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

[...]

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

[...]

Art. 198. Também não corre a prescrição:

I - contra os incapazes de que trata o art. 4º;

[...].

Trata-se de pensão por morte em que a Sr.<sup>a</sup> Julieta Ferreira visa receber os valores retroativos da quota parte da pensão que era recebida pelo autor entre o período de 5/10/88 ao mês de outubro de 2001, que foi deixada pelo Sr. Patrocínio José Ferreira segurado do IPSM.



Antes da Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1999, o art. 40 da Constituição da República estabelecia em seus §§ 4º e 5º:

Art. 40. O servidor será aposentado:

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Vale dizer que o art. 40, § 4º e 5º, da CR/88, de acordo com as remansosas doutrina e jurisprudência, é uma norma de eficácia plena, portanto, autoaplicável, não dependendo de norma infraconstitucional que a regulamentamente para produzir todos os seus efeitos.

Sobre a autoaplicabilidade da disposição supra, o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Autoaplicabilidade do art. 40, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal. Pensão por morte. Valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido. As normas contidas nos parágrafos 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal não dependem de legislação infraconstitucional, por serem autoaplicáveis. A revisão dos proventos da aposentadoria será efetuada sempre que houver modificação da remuneração dos servidores em atividade, sendo estendidos aos inativos quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos àquele. O valor da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, observado o texto inscrito no art. 37, XI, da Constituição Federal (STF - Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJU* de 27/6/97).

Pensão. Limite. A norma inserta na Constituição Federal sobre o cálculo de pensão, levando-se em conta a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, tem aplicação imediata, não dependendo, assim, de regulamentação. A expressão contida no § 5º do art. 40 do Diploma Maior - até o limite estabelecido em lei - refere-se aos tetos também impostos aos proventos e vencimentos dos servidores. Longe está de revelar porta aberta a que o legislador ordinário limite o valor da pensão a ser percebida - Precedente: Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 274-6/DF, em que funcionei como Relator - Ementário nº 1.728.1, cujo acórdão foi publicado em 3 de dezembro de 1993 (Recurso Extraordinário nº 221.183-1 - RS. Rel. Min. Marco Aurélio, p. STF *DJU* de 8/5/98).

Constitucional. Pensionistas. Pensão integral. CF, art. 40, § 5º, autoaplicabilidade. Estabelecendo o § 5º do art. 40 que a pensão corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, segue-se a impossibilidade de uma lei dispor a respeito de um limite que esteja abaixo da totalidade referida. A frase, posta no citado § 5º do art. 40, “até o limite estabelecido em lei”, deve ser entendida da seguinte forma: observado o limite posto em lei a respeito da remuneração dos servidores públicos, vale dizer, a lei referida no inc. XI do art. 37 da Constituição. Precedentes do STF: MMII nº 211DF e 263DF. MS 21.521CE, RREE nº 161.224 CE, 179.646MG e 140.863AM, MI 274 (AgRg) - DF. RE conhecido e provido (Recurso Extraordinário nº 223.728-4 - RS. Rel. Min. Carlos Velloso. STF, *DJU* de 8/5/98).

Nesse sentido, também dispõe o art. 4º da Lei estadual 13.962/01:

Art. 4º O *caput* do art. 23 da Lei nº 10.366, de 28 de dezembro de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 23. O valor global da pensão será igual ao estipêndio de benefício do segurado.’

Art. 5º Esta lei entra em vigor noventa dias após a sua publicação.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

É cediço que a pensão por morte se constitui em benefício previdenciário cuja concessão é regulada pela lei em vigor na data do óbito, conforme preconiza a Súmula 340 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Partindo dessa premissa, é possível afirmar que, em razão de previsão constitucional com eficácia plena, que autorizou o pagamento integral do benefício, bem como sua revisão, constitui-se em fator que permite a concessão das diferenças pleiteadas pela autora.

Com relação aos consectários legais da condenação, tenho que os valores a serem recebidos pelo autor a título de férias relativas aos períodos trabalhados devem ser corrigidos monetariamente desde quando eram devidos, pelo IPCA-E, e juros de mora pelo índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, desde a citação.

Nesse sentido já decidi:

Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença. Fazenda Pública - taxa de juros e correção monetária - correção monetária. IPCA-E. Juros de mora. Lei 9.494/97 com redação dada pela Lei 11.960/09 - Recurso provido. - Considerando a recente orientação firmada pelo STF no julgamento do Tema 810 pelo RE 870.947/SE, com repercussão geral, deve ser calculada de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) medido pelo IBGE, cujo termo inicial corresponde à data em que devido o pagamento.

No que tange aos juros de mora, deve obedecer ao índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei 11.960/2009, que entrou em vigor em 30/6/2009), desde a citação, momento que incorre em mora o devedor (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0687.06.049483-2/002, Rel. Des. Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, j. em 6/2/0018, p. em 9/2/2018).

Por fim, em relação aos honorários advocatícios, faz-se necessário avaliar a complexidade da causa e a razoabilidade ao se fixar os honorários sucumbenciais, devendo se observar critérios como o lugar de prestação de serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo dele exigido de acordo com o § 3º do art. 20 do CPC/73 e atualmente art. 85, § 2º, CPC/15.

Nesse sentido já decidi este egrégio Tribunal de Justiça:

A verba de honorário advocatício sucumbencial é personalíssima devida ao próprio causídico, devendo o magistrado, quando da fixação, observar os parâmetros de tempo despendido para realização do trabalho, a complexidade da causa, bem como o local da prestação do serviço (TJMG - Apelação Cível 1.0342.08.108222-0/002. Rel. Des. Luiz Arthur Hilário, 9ª Câmara Cível, j. em 15/9/2016, p. em 29/9/2016).

No caso em exame, verifico que o Juiz *a quo* atribuiu valor razoável aos honorários advocatícios, sem desequilíbrio ou benefício particular a uma das partes e de acordo com o entendimento adotado por esta Câmara Cível, devendo ser mantido como arbitrado em primeira instância.

Por tais fundamentos, em reexame, reformo parcialmente a sentença, prejudicado o recurso voluntário somente para determinar que a correção monetária seja pelo IPCA-E, desde quando devidos a verba e juros de mora pelo índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, a partir da citação.

Condeno o apelante ao pagamento dos honorários recursais, os quais majoro em 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Sem condenação de custas na forma da Lei 14.939.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEIXOTO HENRIQUES e ALICE BIRCHAL.

*Súmula* - EM REEXAME REFORMARAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

• • •

## Apelação cível - Municipalidade - Estado da Federação diverso - Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais - Incompetência absoluta

- Em razão da autonomia dos entes federados assegurada pela Constituição Federal, um juiz de Minas Gerais é absolutamente incompetente para processar e julgar qualquer ação intentada contra Município de outro Estado da Federação.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.18.113737-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Município de São José dos Campos - Apelada: Localiza Rent a Car S/A. - Relatora: DES.<sup>a</sup> EVANGELINA CASTILHO DUARTE**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 14<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em INSTALAR PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018 - *Evangelina Castilho Duarte* - Relatora.

### Voto

DES.<sup>a</sup> EVANGELINA CASTILHO DUARTE - Tratam os autos de ação indenizatória movida pela apelada em face do apelante, ao argumento de ter sofrido prejuízo em razão de acidente ocasionado por preposto do recorrente, sendo lavrado boletim de ocorrência que registrou a dinâmica dos fatos.

A apelada alegou que despendeu a quantia de R\$4.666,96 para proceder aos reparos do veículo de sua propriedade, pugnando pela condenação da apelante ao ressarcimento do referido valor.

A r. decisão recorrida julgou procedente o pedido, condenando o apelante ao pagamento de R\$4.666,96, com acréscimo de juros de mora e correção monetária, custas e honorários advocatícios de sucumbência de 10% sobre o valor da condenação.

Pretende o apelante a reforma da sentença, doc. 68, arguindo preliminar de incompetência absoluta, ressaltando que o art. 2º da Lei 12.153/2009 prevê a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos.

No mérito, alega que o Juiz *a quo* determinou que os juros de mora de 1% devem incidir desde o evento danoso, desconsiderando o regramento do art. 1º-F da Lei 9.494/97, que estabelece percentual de juros específico para as Fazendas Públicas, equivalente à remuneração da caderneta de poupança.

Com relação à correção monetária, aduz que o índice a ser utilizado para fins de atualização da moeda não é o da tabela do TJMG, mas sim o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta que, embora não refute a dinâmica dos fatos, impugna a troca e o conserto das longarinas (esquerda e direita), cujo valor unitário é de R\$339,30, bem como de um dos espelhos do retrovisor, cujo valor unitário é de R\$75,00, totalizando R\$753,60, pugnando seja afastado da condenação o referido valor.

Acrescenta que, por ser pessoa jurídica de direito público, somente efetuará o pagamento de eventual condenação por meio de requisição de pequeno valor (RPV) ou precatório, conforme determina o art. 100 da Constituição Federal.

Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrrazões doc. 77, pelo não provimento do recurso.

Preliminar de incompetência absoluta do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais.

Instalo, de ofício, preliminar de incompetência absoluta do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais para o julgamento do processo.

Existindo interesse do Município de São José dos Campos, deve-se reconhecer a incompetência da Justiça Estadual do Estado de Minas Gerais para o julgamento, tratando-se de competência em razão da pessoa e em razão da matéria, as quais são absolutas e não podem ser derogadas pela convenção das partes.

*In casu*, a regra de competência a ser aplicada ao presente caso é aquela insculpida no art. 100, IV, *a*, do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 100. É competente o foro:

[...]

IV - do lugar:

a) onde está a sede, para a ação em que for ré a pessoa jurídica;

[...]

Ora, em razão da autonomia dos entes federados, a qual é assegurada pela Constituição Federal, um juiz de Minas Gerais é absolutamente incompetente para processar e julgar qualquer ação intentada contra Município de outro Estado da Federação, conforme entendimento jurisprudencial dominante:

Agravo regimental. Agravo de instrumento. Parte ré. Município de outra unidade da federação. Competência declinada de ofício. Incompetência do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. - Na ação originária figura como parte ré o Município de outra unidade da federação, estando sujeita à jurisdição de seu Estado. - A decisão que declinou da competência para a Comarca do Município do Estado do Espírito Santo deve ser mantida, sendo incompetente o Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais para apreciar e julgar a demanda (TJMG. Proc. 1.0394.11.009264-7/002, Rel. Des. Mota e Silva, j. em 7/2/2012, p. em 13/2/2012).

Direito processual civil. Apelação. Ação de indenização por danos morais. Ação envolvendo o Estado do Rio de Janeiro. Decisão proferida por juiz da Vara de Fazenda Pública. Impossibilidade. Art. 59 da Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais. Anulação dos atos decisórios. Remessa a uma das varas cíveis da Comarca de Juiz de Fora. Recurso prejudicado. - Nos termos do art. 59 da Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais, as Varas de Fazenda Pública e Autarquias não têm competência para julgar as ações envolvendo outros Estados da Federação. Afinal, se o legislador tivesse

intenção de atribuir competência às Varas de Fazenda Pública para julgamento de ações de outros Estados da Federação, faria constar no dispositivo a locução “os Estados (TJMG. Proc. 1.0145.12.039545-7/001, Rel. Des. Moreira Diniz, j. em 25/10/2012, p. em 30/10/2012).

Possuindo domicílio no Município de São José dos Campos, o apelante somente poderá ser demandado perante o Poder Judiciário do Estado de São Paulo, por se tratar de competência absoluta.

Assim já se posicionou esta 14ª Câmara Cível em caso semelhante, unanimemente, em voto de minha relatoria, atuando como vogais os Desembargadores Claudia Maia e Estevão Lucchesi:

Apelação cível. Municipalidade. Estado da Federação diverso. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Incompetência absoluta. Em razão da autonomia dos entes federados, assegurada pela Constituição Federal, um juiz de Minas Gerais é absolutamente incompetente para processar e julgar qualquer ação intentada contra Município de outro Estado da Federação (TJMG - Agravo de Instrumento Cível nº 1.0183.14.010989-7/001, DJ de 21/8/2015).

Assim, deve ser reconhecida a incompetência absoluta do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais para processar e julgar a demanda aforada em face do apelante, determinando a remessa dos autos ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Desnecessário, portanto, o exame das demais alegações recursais, já que, no caso, há incompetência absoluta.

Diante do exposto, instalo de ofício preliminar de incompetência absoluta do Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais para o julgamento do processo, determinando a remessa dos autos ao Poder Judiciário do Estado de São Paulo.

Custas e honorários recursais, os quais arbitro em R\$500,00, pela apelada.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES CLÁUDIA MAIA e ESTEVÃO LUCCHESI.

*Súmula* - INSTALAR PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA.

• • •

Conflito negativo de competência - Juizado Especial da Fazenda Pública - Liquidação do pedido - Proveito econômico pretendido superior ao teto de 60 salários mínimos previsto no art. 2º da Lei nº 12.153/09 - Conflito acolhido - Competência do juízo suscitado

- O art. 2º da Lei 12.153/2009 possui dois parâmetros - valor e matéria - para que uma ação possa ser considerada de menor complexidade e, conseqüentemente, sujeita à competência do Juizado Especial da Fazenda Pública.

- Intimado a formular pedido líquido e certo, se o próprio autor demonstra que o proveito econômico que pretende obter com a demanda se revela superior ao teto de 60 salários mínimos de que cuida o art. 2º da Lei nº 12.153/2009, a competência para conhecer e julgar a demanda, por refugir ao âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, deve ser fixada na Justiça comum.

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 1.0000.18.121222-6/000 - Comarca de Timóteo - Suscitante: Juiz de Direito de JEsp Cível de Timóteo - Suscitado: Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Timóteo - Interessado: Renaldo Rodrigues Pena, Município de Timóteo - Relator: DES. BITENCOURT MARCONDES**

### Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em ACOLHER O CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

Belo Horizonte, 14 de dezembro de 2018. - *Bitencourt Marcondes* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. BITENCOURT MARCONDES - Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da Unidade Jurisdicional do Juizado Especial da Comarca de Timóteo em face do Juízo da 1ª Vara Cível daquela mesma comarca, nos autos da ação ordinária proposta por Renaldo Rodrigues Pena em desfavor do Município de Timóteo/MG, no bojo da qual o autor pretende a condenação da municipalidade para reconhecer o seu direito ao recebimento de adicional de insalubridade, bem como a pagar-lhe as parcelas pretéritas, observados os devidos reflexos e a prescrição quinquenal.

A demanda foi inicialmente apresentada perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Timóteo, tendo o Magistrado declinado da competência para a Unidade Jurisdicional do Juizado Especial daquela comarca, ao fundamento de que a competência absoluta para o seu conhecimento e julgamento seria do Juizado Especial da Fazenda Pública, nos termos da Lei federal nº 12.153/09 (f. 16-v./17-TJ).

Por sua vez, a MM. Juiz de Direito da Unidade Jurisdicional do Juizado Especial de Timóteo, após receber os autos e intimar o autor para emendar a inicial, de modo que o seu pedido passasse a ser líquido e certo, suscitou o presente conflito negativo de competência, aduzindo, em síntese, que, conforme os cálculos elaborados pela própria parte requerente, o proveito econômico pretendido com a demanda seria da ordem de



R\$120.194,75 (cento e vinte mil cento e noventa e quatro reais e setenta e cinco centavos), montante superior ao limite de 60 salários mínimos a ser observado como teto para a fixação de competência dos Juizados da Fazenda Pública (f. 17-v./18-v.-TJ).

Tendo em vista a ausência de prejuízo, deixei de designar juiz para responder provisoriamente pelo feito (art. 955, *caput*, NCPC), bem como de intimar a Procuradoria-Geral de Justiça, com fincas nas normas insertas nos arts. 951, parágrafo único, do NCPC e 357 do RITJMG.

É o relatório.

Conheço do conflito de competência.

Razão assiste ao Juízo suscitante.

Isso porque, a despeito de entender que a prolação de sentença ilíquida não é vedada no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, uma vez intimado a formular pedido líquido e certo, o próprio autor - conforme se depreende de sua petição de emenda à inicial, das planilhas e dos demonstrativos de pagamento às f. 07/15-TJ -, demonstrou que o proveito econômico que pretende obter com a demanda, qual seja R\$120.194,75 (cento e vinte mil cento e noventa e quatro reais e setenta e cinco centavos), revela-se superior ao teto de 60 salários mínimos de que cuida o art. 2º da Lei nº 12.153/2009:

Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

Assim, considerando-se o salário mínimo vigente ao tempo do ajuizamento da ação (R\$954,00) e que 60 vezes esse valor (R\$57.240,00) equivale a um valor inferior ao proveito econômico pretendido pela parte autora (R\$120.194,75), a competência para conhecer e julgar a demanda refoge ao âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Dessarte, há que se acolher o conflito e reconhecer a competência do Juízo suscitado para conhecimento e processamento da presente ação.

Conclusão

Ante o exposto, acolho o conflito e, por conseguinte, dou por competente para o processamento da presente ação o Juízo suscitado - Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Timóteo.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES LEITE PRAÇA e VERSIANI PENNA.

**Súmula** - ACOLHERAM O CONFLITO DE COMPETÊNCIA E DECLARARAM A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

• • •

Apelação cível - Ação de rescisão de contrato c/c indenização por danos morais - Requerimento de quebra de sigilo telefônico - Impossibilidade na esfera cível - Inadimplemento contratual e mera cobrança indevida - Meros aborrecimentos - Danos morais não configurados - Restituição em dobro - Impossibilidade - Não demonstração da má-fé - Juros de mora desde a citação - Correção monetária a partir do desembolso

- A Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XII, estabelece as hipóteses restritivas para a determinação da quebra de sigilo telefônico, quais sejam: investigação criminal ou instrução processual penal.

- O inadimplemento contratual e a mera cobrança indevida, sem a efetiva comprovação dos danos extrapatrimoniais sofridos, não ensejam a indenização por danos morais.

- Não tendo o apelante comprovado os abalos morais por ele sofridos, consistentes em ofensa a direito de sua personalidade, tampouco a inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, não é possível acolher o pleito de indenização por danos morais.

- De acordo com pacífica jurisprudência do STJ, o direito à repetição em dobro requer a presença de dois requisitos: que a quantia cobrada seja indevida, e a comprovação da má-fé por parte do credor. Não comprovada a conduta desleal da empresa apelada, deve a restituição ocorrer na forma simples.

- Tratando-se de devolução de cobrança indevida, sobre os respectivos valores deve incidir correção monetária, pelos índices da tabela adotada pela Corregedoria Geral de Justiça, desde o desembolso, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, por se tratar de ilícito contratual.

- Decaindo a parte autora em um dos pedidos, não há como afastar a sucumbência recíproca, devendo a condenação ao pagamento dos encargos da sucumbência recair sobre ambas as partes, conforme determina o art. 86 do NCPC.

- Recurso não provido.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.14.139478-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: José Silva Sobrinho - Apelado: Sky Brasil Serviços Ltda. - Relator: JUIZ DE DIREITO CONVOCADO MAURÍCIO PINTO FERREIRA**

### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em negar provimento ao recurso.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *Maurício Pinto Ferreira* - Relator.

## Voto

JUIZ DE DIREITO CONVOCADO MAURÍCIO PINTO FERREIRA - Trata-se de recurso de apelação interposto por José Silva Sobrinho em face da sentença de f. 64/67 proferida pela MM. Juíza de Direito da 22ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte, que, nos autos da Ação Ordinária de Rescisão de Contrato c/c Indenização por Dano Moral proposta em face de Sky Brasil Serviços Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para declarar rescindido o contrato firmado entre as partes a partir de 17/12/2013, devendo a ré restituir ao autor eventuais valores por ele despendidos com o pagamento de faturas correspondentes ao contrato objeto de rescisão em período posterior à data supra, de modo simples, com o acréscimo de correção monetária pelos índices da Corregedoria-Geral de Justiça, a partir do efetivo desembolso, e de juros de 1% ao mês, a partir da citação, devendo eventual montante a ser devolvido ser apurado por simples cálculo aritmético.

Em razão da sucumbência recíproca, condenou ambas as partes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em R\$900,00 (novecentos reais), na proporção de 30% (trinta por cento) para a autora e 70% (setenta por cento) para a ré.

Inconformado, o apelante afirma que a r. sentença se equivocou ao julgar o pedido parcialmente procedente e distribuir o ônus da demanda entre as partes, uma vez que a jurisprudência é farta no sentido de que, se o pedido principal é acolhido, como no caso a rescisão do contrato, os pedidos acessórios não têm o condão de tornar o autor perdedor em parte do pedido.

Assevera que, apesar de a magistrada *a quo* ter admitido a conduta antijurídica da apelada, negou o dano moral, ao entendimento de que a inversão do ônus da prova não exime o autor de comprovar minimamente o fato constitutivo do seu direito, todavia o recorrente requereu a produção de prova testemunhal, pericial e documental, mas todas foram indeferidas, o que impediu o apelante de demonstrar o seu direito.

Aduz que foram contratados dois pontos de televisão a cabo em seu sítio, a fim de que a família tivesse mais conforto, permitindo que filhos menores e netos pudessem assistir a programas infantis, enquanto os adultos poderiam, em outro aposento, assistir programas que mais lhes agradassem. Alega que a família foi passar o final de semana no sítio e nenhum dos pontos funcionou, sendo bastante difícil dimensionar a decepção do recorrente, que iniciou uma série de tentativas para resolver o problema, sem sucesso, culminando com o pedido de cancelamento do serviço. Afirma que, mesmo após o cancelamento, recebeu inúmeros telefonemas e boletos de cobrança indevidos, inclusive com ameaças de “sujar seu nome”.

Sustenta que a decisão de primeiro grau não examinou acuradamente o processo, pois disse que caberia ao autor comprovar a constituição de seu direito, mas o impediu de produzir qualquer prova, considerando que o calvário do autor e de sua família consistiu em mero aborrecimento, sendo que, na verdade, o recorrente sofreu constrangimento, frustração, raiva, abalo moral, além de ter sido ridicularizado perante amigos e parentes.

Argumenta que a devolução dos valores indevidamente cobrados deve ser feita em dobro, com incidência de correção monetária e juros a partir da ocorrência dos fatos.

Defende que, se o pedido principal foi acolhido e os pedidos sucessórios ou subsidiários não o foram, técnica e logicamente não se pode dizer que houve sucumbência recíproca.

Requer seja dado provimento ao recurso, para reformar a sentença e condenar a apelada ao pagamento de indenização por dano moral sugerida acima de 100 (cem) salários mínimos; à devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, acrescidos de correção monetária e juros a partir das datas das cobranças e, ainda, ao pagamento integral das custas e honorários advocatícios. Alternativamente, no caso de se entender que, apesar da inversão do ônus da prova, o apelante deveria comprovar o dano, pede seja anulada a sentença e devolvido o feito para que a prova possa ser produzida, deferindo-se a quebra do sigilo telefônico da apelada e admitindo as provas documentais e periciais.

Embora regularmente intimada, a apelada não compareceu para apresentar contrarrazões, conforme certidão de decurso de prazo de f. 85-verso.

Relatado, examino e, ao final, decido.

Recurso próprio, tempestivo e preparado (f. 85).

Recebo a apelação nos termos do art. 1.012 do NCPC.

Inferre-se dos autos que o apelante contratou junto à empresa apelada a instalação de dois pontos de televisão a cabo, alegando o recorrente que o segundo ponto nunca funcionou e que a recorrida cobrava mensalidades com valores variados, sem qualquer justificativa e diferentes dos preços combinados no momento da contratação. O juízo de primeiro grau deferiu a inversão do ônus da prova e, não tendo a requerida apresentado qualquer motivo que justificasse o fato de a prestação dos serviços não ter se dado no tempo e na forma esperados, declarou extinto o contrato e determinou que a apelada restituísse os valores gastos pelo apelante com o pagamento de faturas posteriores à data da rescisão.

Registro que a conduta antijurídica da empresa apelada e a rescisão do contrato firmado entre as partes, bem como o dever da apelada de restituir os valores despendidos pelo recorrente após o término da avença restaram incontroversos nos autos, uma vez que a recorrida não se insurgiu contra a sentença.

Assim, configurada a existência de ato ilícito perpetrado pela apelada, fazendo-se imprescindível e necessária a declaração de rescisão do contrato e a devolução dos valores indevidamente cobrados, resta analisar o cabimento da indenização por danos morais e a possibilidade de devolução em dobro dos valores. O apelante ainda se insurgiu contra o indeferimento das provas pericial, testemunhal e quebra de sigilo bancário.

Especificamente sobre o dano de ordem extrapatrimonial, o art. 5º, inciso X, da Constituição da República de 1988, tratou:

Art. 5º. [...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

A propósito do tema, Sérgio Cavalieri Filho in *Programa de responsabilidade civil*, Malheiros Editores, p. 74/75, leciona que:

Enquanto o dano material importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade física e psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.

A indenização por dano moral visa a compensação da vítima pelos dissabores experimentados em decorrência da ação do ofensor e, por outro lado, serve de medida educativa de forma a alertar ao agente causador do dano, quanto às consequências da reiteração da prática.

O referido dano caracteriza-se pela violação dos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, tais como a dor, a intimidade, a vida privada e a honra, entre outros.

Assim ensina Yussef Said Cahali:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; [...] (*Dano moral*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20).

Assim, para que se possa falar em dano moral, é preciso que a pessoa seja atingida em sua honra, sua reputação, sua personalidade, seu sentimento de dignidade, passe por dor, humilhação, constrangimentos e tenha os seus sentimentos violados.

Os simples aborrecimentos e chateações do dia a dia não podem ensejar indenização por danos morais, visto que fazem parte da vida em sociedade e não trazem maiores consequências ao indivíduo.

Reconheço que o apelante teve sua expectativa frustrada, passou por amolação e perdeu seu tempo na tentativa de resolver a questão, entretanto, não é qualquer dissabor vivido pelo ser humano que lhe dá direito ao recebimento de indenização.

O não cumprimento de um contrato, a exigência de valores indevidos e a ameaça de inscrição nos cadastros impeditivos de obtenção de crédito constituem mero aborrecimento, insuficiente a ensejar a reparação pecuniária desejada.

No caso dos autos, em que pesem as correspondências enviadas ao recorrente comunicando a existência de dívida e a possibilidade da negatização de seu nome, inexistente qualquer comprovação de que, de fato, o nome do apelado tenha sido inscrito nos órgãos de proteção ao crédito. Pelo contrário, em ofício encaminhado ao juízo (f. 54), o Serasa S/A informou que “para o nome de José Silva Sobrinho - CPF 008.221.086-15 nesta data nada consta no banco de dados, sendo certo que também não foram localizadas anotações que tenham sido excluídas”.

Cumprido ressaltar que, mesmo invertido o ônus da prova, ainda prevalece a regra probatória do art. 373 do NCPC, uma vez que não se pode entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, no concernente ao dano extrapatrimonial, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas relações de consumo.

Na espécie, o autor, ora apelante, ainda que na qualidade de consumidor, não se desincumbiu do encargo de provar a ocorrência de abalos extraordinários a sua honra, tendo em vista que o mero descumprimento contratual e a simples cobrança de valores indevidos não ocasiona dano indenizável.

No que se refere à alegação do recorrente de que ele foi impedido de demonstrar o seu direito em razão do indeferimento pelo juízo *a quo* das provas requeridas, tenho que não lhe assiste razão.

O recorrente requereu, à f. 55 dos autos, a produção de prova testemunhal, pericial e documental, além da quebra do sigilo telefônico da empresa recorrida, esta última para demonstrar a violência do assédio exercido pelos funcionários da empresa apelada, por meio de ameaças e palavras desrespeitosas.

Certo é que a produção da prova pericial contábil em nada iria contribuir para demonstrar as supostas ofensas sofridas pelo apelante, uma vez que tinha como objetivo demonstrar os valores das mensalidades referentes aos serviços contratados, o que foi possível averiguar somente pela juntada dos documentos. Do mesmo modo, desnecessária a produção da prova testemunhal, já que os danos morais alegados pelo recorrente ocorreram por telefone.

Em relação ao pedido de quebra de sigilo telefônico, correto o entendimento do juízo de primeiro grau de indeferi-lo, tendo em vista a ausência de respaldo legal.

Isso porque tal providência somente pode ser determinada pelo juízo criminal para fins de investigação ou instrução processual penal, de acordo com o que dispõe o art. 5º, XII, da Constituição da República, bem como o art. 1º da Lei nº 9.296, de 24/7/1996, que o regulamentou.

Destaco que, ainda que o recorrente tivesse pleiteado que a operadora apelada apresentasse as gravações telefônicas dos atendimentos, receio não ser possível exigi-las da recorrida, porquanto esta tem o dever legal de guardar as gravações realizadas com os consumidores pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos da Res. 632/2014 da Anatel, que assim preceitua:

Art. 26. É obrigatória a gravação das interações entre Prestadora e Consumidor realizadas por meio do Centro de Atendimento Telefônico, independentemente do originador da interação.

§ 1º A gravação deve ser mantida em curso até o atendimento ser finalizado, independentemente de transferência entre atendentes.

§ 2º É obrigatória a manutenção da gravação pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses da data de sua realização, durante o qual o Consumidor poderá requerer cópia do seu conteúdo. [...]

Dessa forma, diante da ausência de provas de que os funcionários da empresa recorrida ofenderam gravemente o apelante, com palavras desrespeitosas e ameaças, gerando situação que extrapolasse os meros aborrecimentos do dia a dia e caracterizasse ofensa a direito da personalidade e, considerando que se trata de inadimplemento contratual e mera cobrança indevida de valores, deve ser afastado o dever de indenização por danos morais.

Este Egrégio Tribunal já decidiu a esse respeito:

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos. Prestação de serviço. TV por assinatura. Alteração de plano. Não atendimento. Repetição de débito reconhecida. Devolução dos valores. Danos morais não configurados. - A cobrança indevida de valores, fundada em descumprimento contratual, sem que haja ofensas à honra, à integridade psicológica ou à dignidade de alguém, não enseja reparação por dano moral (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.18.012203-8/001, Rel. Des. Ramom Tácio, j. em 18/4/2018, p. em 20/4/2018).

Apelação cível. Danos morais. Cobrança indevida de contas de telefone. Ausência de prova da ofensa ou lesão à honra. Mero dissabor. Cancelamento das cobranças. I - Ao dever de reparar impõe-se configuração de ato ilícito, nexos causal e dano, nos termos dos arts. 927, 186 e 187 do CC/02, de modo que, ausente demonstração de um destes requisitos, não há que se falar em condenação, ressalvada a hipótese de responsabilidade

de objetiva, na qual prescindível a demonstração da culpa. II - Ausente a comprovação do abalo psicológico ou das lesões de ordem moral causadas pela cobrança indevida em contas de telefonia, faz-se indevida a indenização por danos morais, configurando-se o ocorrido como meros aborrecimentos (TJMG - Apelação Cível nº 1.0183.15.000557-1/001, Rel. Des. João Cândio, j. em 19/5/2017, p. em 5/6/2017).

Logo, em razão de tais considerações, deve ser mantida a sentença que entendeu pela inexistência de dano moral a ser reparado.

Acerca da restituição do valor cobrado indevidamente, o art. 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90 estabelece que: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

A respeito da matéria, o Superior Tribunal de Justiça é uníssono em exigir para a restituição em dobro a constatação da má-fé do credor:

Recurso especial interposto sob a égide do CPC/73. Plano de saúde. Lei nº 9.656/98. Restituição em dobro com base no CDC. Hospital e médicos não credenciados. Cirurgia bariátrica. Complicações. Tratamento de urgência. Tratamento particular. Solicitação de reembolso. Indenização por dano moral. 1 - Não configura violação do art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, as questões submetidas à apreciação judicial. 2 - A repetição em dobro do indébito, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. 3 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, pois “a relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso, a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços (REsp n. 469.911/SP). 4 - As regras estabelecidas na Lei nº 9.656/98 não retroagem para alcançar contratos celebrados antes de sua vigência. Na hipótese de abusividade de cláusulas contratuais em avença firmada em data anterior, elas podem ser revistas com base no Código de Defesa do Consumidor. 5 - Recurso especial conhecido e parcialmente provido (REsp 1392560/PE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 9/8/2016, *DJe* de 6/10/2016) [...]. 6 - Segundo a jurisprudência desta Corte, a condenação à restituição em dobro, conforme previsão do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, somente é cabível na hipótese de ser demonstrada a má-fé do fornecedor ao cobrar do consumidor os valores indevidos, o que não se verifica nos autos. 7 - Recurso especial parcialmente provido (REsp 1539815/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. em 7/2/2017, *DJe* de 14/2/2017).

Neste sentido é o posicionamento deste Tribunal:

Apelação cível. Ação de cobrança. Empréstimo consignado. Desconto em folha de pagamento. Interrupção dos pagamentos das parcelas da avença. Insuficiência de margem consignável do devedor. Previsão contratual expressa de alongamento do prazo do empréstimo. Rescisão do contrato e condenação do devedor ao pagamento dos valores em aberto. Não cabimento. Devolução em dobro de valores indevidamente cobrados. Requisitos dos arts. 42, parágrafo único, do CDC, e 940 do Código Civil. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. - Tratando-se de empréstimo consignado, havendo previsão contratual expressa no sentido de que, em caso de interrupção dos pagamentos das parcelas por insuficiência de margem consignável do consumidor, haverá um alongamento do prazo do empréstimo, não se mostra cabível a rescisão do contrato e nem a condenação do devedor ao pagamento das parcelas em aberto por esse motivo. A devolução em dobro, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, e no art. 940 do Código Civil, é condicionada à comprovação de má-fé do credor, pressupondo o preenchimento de dois requisitos indissociáveis, quais sejam cobrança indevida e ação consciente do credor. Na forma preconizada no § 4º do artigo 20 do CPC/73, nas causas em que não houver condenação em valores, ou em que a condenação for em pequeno valor, os honorários advocatícios serão fixados segundo apreciação



equitativa do juiz (TJMG - Apelação Cível 1.0153.14.005556-4/001, Rel. Des. José de Carvalho Barbosa, j. em 4/8/2017, p. em 11/8/2017).

Com efeito, levando-se em conta o entendimento jurisprudencial sobre a matéria em debate, o direito à repetição em dobro requer a presença de dois requisitos: que a quantia cobrada seja indevida e a comprovação da má-fé por parte do credor.

No caso, ainda que tenha havido cobrança indevida, não restou demonstrada a existência de má-fé por parte da empresa apelada.

Assim, entendo que a restituição deverá se dar de forma simples.

Quanto à incidência dos juros e correção monetária sobre o valor a ser restituído pela apelada, também não merece reparos a decisão proferida.

Em se tratando de relação contratual, não há dúvida de que os juros moratórios de 1% (um por cento) devem incidir a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil.

Já a correção monetária incide desde a data do desembolso da quantia paga indevida, nos termos da Súmula 43 do Superior Tribunal de Justiça: “Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

Por fim, impõe-se o reconhecimento da sucumbência recíproca, conforme estabeleceu a sentença recorrida, em razão do indeferimento de um dos pedidos formulados pelo apelante, qual seja o de indenização por danos morais. Destaco que os pedidos formulados pelo recorrente são independentes entre si, de forma que o resultado de um não condiciona o resultado dos outros, tanto é que a sentença julgou parcialmente procedente a demanda. Decaindo a parte autora em um dos pedidos, não há como afastar a sucumbência recíproca, devendo a condenação ao pagamento dos encargos da sucumbência recair sobre ambas as partes, conforme determina o art. 86 do NCPC. Assim, deve ser mantida a proporção determinada às partes para o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, como fixada na sentença.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença apelada.

Custas pelo apelante. Fixo os honorários recursais devidos aos procuradores do apelado em R\$300,00 (trezentos reais).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES VICENTE DE OLIVEIRA SILVA e MANOEL DOS REIS MORAIS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelações cíveis - Ação de indenização - Responsabilidade civil médica - Inversão do ônus da prova - Hipossuficiência técnica - Ausência - Agravo retido provido - Nulidade da sentença - Ausência de fundamentação - Preliminar rejeitada - Erro médico - Obrigação de meio - Colocação de parafuso no tornozelo - Soltura da peça - Ato ilícito culposo - Negligência - Dano moral configurado - *Quantum* - Critérios - Razoabilidade - Recursos não providos - Sentença mantida

- Ainda que a relação seja regida pelo Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não sucede automaticamente, sendo necessários dois requisitos: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência técnica do consumidor. Não comprovada incapacidade probatória - técnica - da parte autora, impõe-se a reforma da decisão que determinou a inversão do ônus da prova.

- Cumprida a exigência de fundamentação disposta no art. 489, §1º, IV, do CPC de 2015, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade da sentença por ausência de motivação.

- Em regra, a responsabilidade do médico é de meio ou de diligência. Incumbe-lhe empregar a melhor técnica possível no tratamento do paciente, zeloso e atento aos sintomas apresentados. Inexistente dever de cura, isto, em razão da infinitude de sintomas e diagnósticos, da limitação humana e tecnológica, bem como da imprevisibilidade da reação de cada organismo - dadas as respectivas peculiaridades - aos procedimentos e medicamentos necessários à higidez do paciente.

- A soltura de parafuso mal colocado pelos médicos, que somente constatam o erro após 04 (quatro) meses da cirurgia, não obstante diversas e reiteradas queixas da paciente, configura negligência.

- Comprovada pela parte autora a conduta negligente e imprudente dos médicos, e não demonstrado pelos réus fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito pleiteado (art. 373, I e II, do CPC de 2015), o reconhecimento da responsabilidade civil é medida que se impõe.

- O valor da indenização a título de dano moral deve ser fixado em observância da natureza e da intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como da capacidade econômica das partes envolvidas.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0027.09.202938-1/005 - Comarca de Betim - Apelantes: 1ª) Unimed Betim Cooperativa de Trabalho Médico - 2ª) Wilson Mariano Oliveira, Álvaro de Assis Lopes Sobrinho - Apelada: Rose da Silva - Relator: DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITAR A

PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E, NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO À PRIMEIRA E À SEGUNDA APELAÇÕES.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *José Marcos Rodrigues Vieira* - Relator.

### Voto

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA - Trata-se de Apelações Cíveis interpostas da sentença de f. 274/277-TJ, que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada por Rose da Silva em face de Unimed Betim Cooperativa de Trabalho Médico S.A., de Wilson Mariano Oliveira e de Álvaro de Assis Lopes Sobrinho, julgou procedentes os pedidos iniciais, para condenar os réus, solidariamente, ao pagamento dos danos materiais, no valor de R\$3.700,98, e danos morais, no valor de R\$ 10.000,00.

Inconformada, a ré, Unimed Betim Cooperativa de Trabalho Médico S.A., interpôs Apelação às f. 280/302-TJ, pleiteando, preliminarmente, a apreciação do Agravo Retido interposto da decisão de f. 143/144-TJ, que determinou a inversão do ônus da prova.

Ainda como preliminar, argui a nulidade da sentença, por ausência de fundamentação, reiterando a necessidade de a parte autora comprovar a ocorrência de erro médico, ônus de que não se desincumbiu em razão da equivocada inversão do ônus da prova. Reitera o vício de fundamentação da sentença, sob o argumento de que o MM. Juiz *a quo*, sem conhecimento em medicina e também sem a prova pericial, concluiu pela existência de erro médico.

No mérito, discorre sobre a responsabilidade subjetiva, que exige a comprovação da culpa dos médicos que atenderam a autora, o que não restou demonstrado, *in casu*, devendo, portanto, ser afastado o dever reparatorio imposto na sentença.

*Ad argumentandum*, pleiteia a redução do valor da indenização por danos morais arbitrada.

Pugna pelo provimento do recurso.

Por sua vez, os réus, Wilson Mariano Oliveira e Álvaro de Assis Lopes Sobrinho, interpuseram apelação às f. (306/309-TJ), afirmando o equívoco da decisão que determinou a inversão do ônus da prova.

Aduzem não ter agido com culpa, negligência ou imperícia, ressaltando que a relação entre si e a autora é obrigação de meio, e não de resultado.

Asseveram a não demonstração pela autora da conduta culposa dos médicos, o que impede o reconhecimento do dever indenizatório.

Pugnam pelo provimento do recurso.

Apesar de devidamente intimada, a autora não apresentou contrarrazões.

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminar do Agravo Retido

Preliminarmente, a primeira apelante, Unimed Betim Cooperativa de Trabalho Médico S.A., pleiteia a apreciação do Agravo Retido interposto da decisão de f. 143/144-TJ, que determinou a inversão do ônus da prova.

Uma vez deduzida demanda indenizatória em desfavor do hospital e de médicos vinculados, é incontroversa a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação dos autos.

Sem prejuízo, a simples incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor não tem o condão de determinar a imediata inversão da obrigação probatória.

A leitura do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, revela que a inversão do ônus da prova não ocorrerá em todos os casos que envolverem direito consumerista. Não se trata de regra do processo.

Cabe ao juiz verificar a verossimilhança da alegação e a dificuldade ou impossibilidade de o autor produzir a prova necessária em razão de sua vulnerabilidade ou hipossuficiência - não financeira, mas técnica. Ressalte-se que a hipossuficiência que autoriza a inversão do ônus da prova não decorre da simples posição de desvantagem em que ordinariamente é colocado o consumidor - e que enseja sua proteção legal. Fundamental que se constate, *in concreto*, a dificuldade ou impossibilidade técnica de o consumidor produzir a prova.

Estabelecida a premissa, colhe-se dos autos que as partes celebraram contrato de prestação de serviços médicos, especialidade ortopedia, para a realização de cirurgia no tornozelo direito da autora.

*In casu*, a parte autora alega a ocorrência de erro médico consubstanciado na negligência dos réus, que não teriam prestado a devida atenção ao seu estado clínico após a cirurgia, tendo sido constatado por outros médicos do SUS - Sistema Único de Saúde, a existência de parafuso solto, o que estaria causando as dores e a infecção, com indicação de nova intervenção cirúrgica.

Neste contexto, tenho que, para a configuração do erro médico, é indispensável a demonstração de que os profissionais responsáveis pela realização da cirurgia agiram de forma imprudente, negligente ou imperita, ocasionando o dano alegado, o que poderia ser facilmente comprovado pela parte autora por prova documental, testemunhal e pericial, que, aliás, foram devidamente pleiteadas por ela (f. 141/142-TJ).

Assim, ausente a hipossuficiência técnica da parte autora, equivocada, d.v., a decisão agravada, que determinou a inversão do ônus da prova.

Em casos semelhantes ao dos autos, também envolvendo erro médico, a orientação jurisprudencial:

Agravo de instrumento. Ação ordinária. Possível erro médico. Inversão do ônus da prova. Relação de consumo - Hipossuficiência técnica ou verossimilhança das alegações - Não verificação. Prova diabólica. Impossibilidade. - Nos termos do art. 6º, VII, do CDC, a inversão do ônus da prova não é automática, devendo ser deferida, quando o juiz verificar a presença dos requisitos específicos, isto é, a verossimilhança das alegações daquele que a requer ou a hipossuficiência técnica da parte para produzir a prova pleiteada. - Não restando demonstrada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência técnica do agravado, impõe-se o indeferimento da inversão do ônus da prova (Agravo de Instrumento: 1.0000.18.005786-1/001, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, j. 10/4/2018, DJe: 11/4/2018).

Agravo de instrumento. Ação indenizatória. Erro médico. Ilegitimidade passiva da entidade hospitalar. Profissional responsável pela cirurgia. Inexistência de vínculo empregatício. Precedentes do STJ. Inversão do ônus da prova. Suficiência da prova pericial deferida. Hipossuficiência técnica não configurada. Litigância de má fé. Afastamento da condenação. Recurso parcialmente provido. 1. Conforme entendimento assentado pelo STJ, se o médico a quem se imputa o erro profissional não possuía vínculo com o hospital onde realizado o procedimento cirúrgico, fica configurada a ilegitimidade deste para figurar no

polo passivo da demanda indenizatória. 2. Se a prova pericial, ademais deferida pelo magistrado de origem, se afigura suficiente para, eventualmente, demonstrar o fato constitutivo do direito autoral, inexistente a hipossuficiência técnica necessária à inversão do ônus da prova. 3. Inexistindo o intuito de utilizar o processo de forma fraudulenta, buscando objetivo vedado por lei, sendo, ademais, verossímil a pretensão indenizatória diante da causa de pedir remota apresentada, se afigura descabida a condenação de má fé. 4. Recurso parcialmente provido (Agravo de Instrumento: 1.0026.17.004429-6/001, Rel. Des. Otávio Portes, j. 10/10/2018, DJe: 19/10/2018).

Com tais considerações, dou provimento ao agravo retido, reformo a decisão de f. 143/144-TJ, para indeferir a inversão do ônus da prova.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e RAMON TÁCIO.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA: preliminar de nulidade da sentença, por ausência de fundamentação.

Sabe-se que a decisão judicial é regida por diversos ditames constitucionais e processuais, cujo conteúdo impõe a exigência de fundamentação, consoante se depreende do art. 93, IX, da Constituição Federal e do art. 489, §1º, do CPC de 2015.

Assim, não basta que o Juiz decida a lide. Incumbe-lhe o dever de motivar suficientemente a decisão em relação a todas as pretensões relevantes postas *sub judice*, justamente para segurança das partes.

Feitas tais considerações, analisada a integralidade da decisão recorrida, não vislumbro a presença do alegado vício de fundamentação, pois o Juízo enfrentou e resolveu todas as matérias relevantes para o julgamento da causa, especialmente acerca da culpa dos réus pelos danos causados na parte autora, com menção expressa ao documento de f. 17-TJ, que comprova as intercorrências ocorridas após a cirurgia realizadas pelos 1º e 2º réus.

Ao contrário do afirmado pela primeira apelante, o MM. Juiz *a quo* não decidiu como se médico fosse, mas apreciou as provas e as valorou com base na “inteligência mediana”, como por ele próprio ressaltado no último parágrafo de f. 275-TJ verso.

Assim, diversamente do alegado, não vislumbro que a decisão recorrida tenha deixado de enfrentar qualquer argumento capaz de, em tese, infirmar a conclusão adotada, pelo que, em tal conjuntura, rejeito a preliminar suscitada.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e RAMON TÁCIO.

DES. JOSÉ MARCOS RODRIGUES VIEIRA: Mérito.

No mérito analisarei em conjunto a primeira e a segunda apelação, tendo em vista a coincidência das matérias suscitadas pelos recorrentes, que se limitam em defender a não comprovação da sua culpa pelos alegados danos sofridos pela autora.

Narram os autos que a autora, em razão de acidente de trânsito, sofreu fratura do tornozelo direito e foi encaminhada ao Hospital Regional de Betim com indicação de cirurgia. A pedido da própria vítima, houve a transferência da paciente para o Hospital da Unimed de Betim, quando foi devidamente atendida pelo primeiro réu, Dr. Wilson Mariano de Oliveira, que, juntamente com o segundo réu, Dr. Álvaro de Assis Lopes, realizaram a cirurgia na autora.

Passados 05 (cinco) meses da realização da cirurgia, a autora continuava com fortes dores, sempre sendo medicada pelo Dr. Wilson Mariano de Oliveira, com trocas de curativos, dentre outros exames, que não constatou nenhuma “alteração importante ou significativa”, conforme descrito por ele na Contestação (f. 42-TJ), encaminhando a paciente para a fisioterapia.

Diante do descaso dos médicos cooperados do Hospital da Unimed de Betim, a autora decidiu procurar os médicos do SUS - Sistema Único de Saúde, que após avaliação, a encaminharam, com urgência, para nova cirurgia, para retirada do parafuso que estava solto, conforme laudo de f. 17-TJ.

Diante do exposto, a autora ajuizou a presente ação visando à condenação, solidária, dos réus ao ressarcimento dos valores por ela desembolsados com a primeira cirurgia - realizada em caráter particular -, bem como dos danos morais sofridos.

O MM. Juiz *a quo*, após análise das provas produzidas, julgou procedentes os pedidos iniciais, o que gerou a irresignação dos réus, nos termos já relatados.

Uma vez deduzida demanda indenizatória em desfavor do hospital e de médicos vinculados, é incontroversa a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação dos autos. E, sobre o fato do serviço, dispõe o art. 14 do CDC:

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

§ 1º - O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º - O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º - O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Embora não se desconheça certa celeuma quanto à natureza da responsabilidade do nosocômio (já examinada por esta Relatoria - Apelação Cível nº 1.0447.11.001124-7/001), não há dúvida de que os profissionais liberais respondem mediante a verificação de culpa, nos termos do art. 14 do CDC e do art. 951 do CC.

Fixa-se, nestes termos a premissa para o julgamento no caso concreto: para a condenação ao pagamento de indenização, exige-se a demonstração da prática de ato ilícito, do nexos causal, do dano e do elemento subjetivo do agente.

E, neste ponto, importante ressaltar que, ainda que revogada a decisão que inverteu o ônus probatório, como por mim decidido quando do julgamento do Agravo Retido, tal circunstância não afasta o ônus probatório das partes, que deve observar a regra geral, prevista no art. 373 do CPC de 2015.

Em outras palavras, mesmo que afastada a inversão do ônus da prova, persiste a obrigação da autora de comprovar o fato constitutivo do seu direito e dos réus de comprovarem fato extintivo, modificativo e impeditivo do direito pleiteado pela parte autora.

E, com relação ao ilícito, registre-se que a obrigação do médico é restrita ao emprego da melhor técnica possível no tratamento do paciente, sendo zeloso e atento aos sintomas apresentados, inexistente o dever de cura. É relevante ter-se em conta a infinitude de sintomas e diagnósticos, bem como a limitação humana e tecnológica. A isto se soma a imprevisibilidade da reação de cada organismo - com as respectivas peculiaridades - aos diversos procedimentos e medicamentos necessários à higidez do paciente.

Destas inúmeras variáveis despontou o caráter quase miraculoso atribuído, historicamente, à atividade médica, reduzido a termo no brocardo *je le pansai, Dieu le guerit*. Igualmente, daí se conclui: em regra, o médico responde pela conduta adotada, não pelo resultado alcançado. Sua responsabilidade é de meio ou de diligência.

É o que ensina Rui Stoco em seu *Tratado de responsabilidade civil*:

Evidentemente que se o resultado procurado for a cura de um mal, de uma doença, não se poderá responsabilizar o médico tão-só em razão da não obtenção desse objetivo. Tal não poderá jamais ser exigido do médico, pois a ciência médica é, por definição, uma ciência incompleta, que a cada dia busca e encontra novas fronteiras mas que se defronta com enfermidades novas ou desconhecidas.

Então, cabe reiterar que, em linha de princípio, ressalvadas algumas exceções, como acima explicitado, a responsabilidade do médico é apenas de meios. Contudo, poderá, eventualmente, se de resultado, notadamente com relação aos diagnósticos e aos serviços prestados por médicos anestesistas e cirurgiões plásticos nos tratamentos ou cirurgias cosméticas e embelezadoras. Esse também é o entendimento assumido por Ênio Santarelli Zuliani (*Inversão do ônus da prova em erro médico*. RT, São Paulo, ano 92, v. 811, p. 43-66, maio/2003), Sílvio Rodrigues (*Direito Civil - Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 252), Orlando Gomes (*Questões de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. P. 452) e Antônio Chaves (*Responsabilidade civil do ato médico*. Ato Médico - Contrato de Meios. Uma Vida Dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. São Paulo: RT, 1995, p. 157).

Como observou Nestor José Forster,

numa visão radical da questão, exigir do médico obrigação de resultado seria o mesmo que exigir dele onipotência divina, em que ele atuasse como senhor supremo da vida e da morte. Como, infelizmente, os seres humanos continuam a morrer, e isso ocorre também com os médicos, é evidente que a cura nem sempre é possível. Logo, tal resultado não poderia ser exigido de nenhum ser humano, nem mesmo do médico (Cirurgia Plástica estética: obrigação de resultado ou obrigação de meios? RT, São Paulo: v. 136, p. 83, fev./1997). (Tratado de Responsabilidade Civil, 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 557).



E Humberto Theodoro Júnior, em didática exposição:

Na obrigação de resultado, o contratante obriga-se a alcançar um determinado fim, cuja não-consecução importa em descumprimento do contrato. No contrato de transporte e no de empreitada, por exemplo, se o bem transportado não chega incólume ao destino previsto, há inadimplemento do transportado, devendo este reparar os prejuízos do destinatário. [...]

Já na obrigação de meio, o que o contrato impõe ao devedor é apenas a realização de certa atividade, rumo a um fim, mas sem ter o compromisso de atingi-lo. O objeto do contrato limita-se à referida atividade, de modo que o devedor tem de se empenhar na procura do fim que justifica o negócio jurídico, agindo com zelo e de acordo com a técnica própria de sua função; a frustração, porém, do objetivo visado não configura inadimplemento, nem, obviamente, enseja dever de indenizar o dano suportado pelo outro contratante.

Somente haverá inadimplemento, com seus consectários jurídicos, quando a atividade devida for mal desempenhada. É o que se passa, em princípio, com a generalidade dos contratos de prestação de serviços, já que o obreiro põe sua força física ou intelectual à disposição do tomador de seus serviços sem se comprometer com o resultado final visado por este (*A responsabilidade civil por erro médico*. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 115-116)

Não destoam a orientação jurisprudencial:

A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral, obrigação de meio, salvo em casos de cirurgias plásticas de natureza exclusivamente estética (REsp 1046632/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. em 24/9/2013, DJe 13/11/2013) No mesmo sentido: (REsp 819.008/PR, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 4/10/2012, DJe 29/10/2012).

Administrativo. Omissão inexistente. Responsabilidade civil. Obrigação de meio, e não de resultado. Erro médico. Nexos de causalidade. Reexame de provas. Súmula 07/STJ. Matéria constitucional. Competência do STF. 1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide. 2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto [...] (REsp 1184932/PR, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 13/12/2011, DJe 16/2/2012).

Isto posto, tenho que, para a configuração do erro médico, não basta a comprovação da continuidade ou do agravamento dos sintomas, sendo indispensável a demonstração de que o profissional responsável pela realização da cirurgia agiu de forma imprudente, negligente ou imperita, ocasionando o dano alegado.

Merecem transcrição as palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, citando Irany Novah Moraes, em obra dedicada ao estudo dos aspectos jurídicos da Medicina:

Erro médico, conforme observa Sidnei Beneti, é a falha do profissional médico no exercício de sua profissão. O médico que se obriga a cuidar do paciente, não a curá-lo, deve fazê-lo com a adequação e com o melhor que a Medicina puder oferecer. Essencial que o médico se mantenha atualizado. A visão do erro depende do ponto de vista do paciente, de sua família, do médico, da classe médica, da imprensa e da comunidade. Para a responsabilização de seu autor, todavia, o que vale é o prisma da Justiça. E para esta o erro médico é caracterizado 'pela presença de dano ao doente, com nexo comprovado de causa e efeito, e de procedimento em que tenha havido uma ou mais de três falhas por parte do médico: imperícia, imprudência e negligência. É preciso que estejam presentes, para que se caracterize erro médico: 1.

O dano ao doente; 2. A ação do médico; 3. O nexa efetivo de causa e efeito entre o procedimento médico e o dano causado; 4. Uma ou mais das três citadas falhas – imperícia, imprudência e negligência. A falta de qualquer desses itens discriminados descaracteriza o erro médico. Quanto à ação ou omissão do médico, no exercício profissional, causando dano à saúde do paciente, somente se lhe imputará o erro se for comprovado o nexa causal entre sua, ou suas falhas e o mau resultado para o doente’ (MORAES, Irany Novah. Erro médico e a lei. 4. ed., São Paulo: Lejus, 1998, p. 37). (*Direito e medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 194).

No caso dos autos, o alegado erro médico se consubstancia na soltura do parafuso no tornozelo da autora, após cirurgia realizada pelo primeiro e segundo réus.

No caso dos autos, é incontroversa a realização da cirurgia no tornozelo direito da autora, em caráter particular, no dia 15/12/2008. Os relatórios médicos de f. 71/72-TJ e 86-TJ atestam que a autora apresentou dor durante todo o pós-operatório. Além disso, os próprios réus, na contestação, afirmam que a autora retornou ao hospital nos dias 18/12/2008, 30/12/2008, 07/1/2009, 21/1/2009, 12/2/2009, 19/2/2009, sempre relatando dores, quando eram trocados os curativos. Nesta última consulta (19/2/2009), os réus, após avaliarem os exames radiológicos entenderam que “não tinham alterações importantes ou significativas” (primeiro parágrafo, de f. 42-TJ), encaminhando a autora para fisioterapia.

Somente em 2/4/2009, quando a autora novamente retornou ao hospital, é que os réus perceberam que o local da lesão “após a fisioterapia, havia piorado, quanto à extensão de bordas desvitalizadas” (terceiro parágrafo, de f. 42-TJ), indicando novo procedimento cirúrgico, conforme receituário datado de 16/4/2009 (f. 15-TJ).

Aí está a negligência e imprudência dos réus!

É que, cientes das queixas reiteradas de dor pela paciente e também da não cicatrização da lesão após 02 (dois) meses da cirurgia, deveriam os réus, ter investigado melhor e utilizando-se da melhor técnica necessária ao correto diagnóstico, a fim de aliviar o sofrimento da autora.

Preferiram os réus, imprudentemente, encaminhar a autora para fisioterapia, e passados mais 02 meses, indicarem nova cirurgia - que seria custeada em caráter particular pela autora - para retirada do parafuso, por eles colocado, mesmo diante de inequívoca falha do primeiro procedimento. Não o fazendo, respondem pelas consequências da desídia.

Ora, a conduta que se esperaria de qualquer médico diante da soltura - incontroversa - de parafuso por ele colocado em procedimento cirúrgico, seria a sua retirada imediata - e não após 04 meses -, mediante novo procedimento cirúrgico, sem qualquer custo pela paciente, já que se estaria diante de inequívoco erro médico.

E nem se diga que não houve negligência, pois a soltura do parafuso teria sido decorrente da “rejeição do material” pelo próprio organismo da autora, tese defendida pelos réus, pois inexistente qualquer prova neste sentido, ônus que incumbia aos requeridos (art. 373, II, do CPC de 2015).

Na verdade, da leitura do laudo médico de f. 17-TJ, o que se verifica é que havia uma grave infecção no local da cirurgia oriunda da soltura do parafuso provavelmente mal posicionado pelos primeiro e segundo réus, o que justificou a indicação urgente de nova cirurgia para sua retirada, que foi realizada pelos médicos do SUS - Sistema Único de Saúde.

Fossem os réus mais diligentes teriam percebido que a não cicatrização e as reiteradas queixas de dores pela autora já seriam sinal de infecção, que poderia ter sido diagnosticada e estancada antecedentemente -, ainda, que necessária nova cirurgia - e não depois de 04 (quatro) meses do primeiro procedimento, sem nenhum custo pela paciente, pois, repito, trata-se de falha cirúrgica.

Assim, não desincumbindo os réus do ônus de demonstrar a regularidade do procedimento adotado ou de demonstrar que, no caso concreto, o parafuso se soltou por qualquer outro motivo diverso da negligência quando da sua colocação, e demonstrado pela autora a soltura do parafuso colocado incorretamente pelos réus, a procedência dos pedidos iniciais é medida que se impõe, mostrando-se acertada a sentença apelada.

Em caso semelhante ao dos autos, já me manifestei anteriormente:

Apelações cíveis. Ação de indenização. Responsabilidade civil médica. Erro médico. Atendimento emergencial. Corpo estranho (vidro) deixado no corpo do paciente. Falha de diagnóstico. Ato ilícito culposo. Negligência. Dano moral configurado. *Quantum*. Critérios. Razoabilidade. Sentença parcialmente reformada. - Em regra, a responsabilidade do médico é de meio ou de diligência. Incumbe-lhe empregar a melhor técnica possível no tratamento do paciente, zeloso e atento aos sintomas apresentados. Inexistente dever de cura, isto, em razão da infinitude de sintomas e diagnósticos, da limitação humana e tecnológica, bem como da imprevisibilidade da reação de cada organismo - dadas as respectivas peculiaridades - aos procedimentos e medicamentos necessários à higidez do paciente. - O esquecimento de corpo estranho no organismo do paciente, após atendimento médico, configura negligência. Ao profissional de saúde se impõe o dever de informar-se sobre o contexto do acidente, a fim de ponderar o emprego das técnicas necessárias ao diagnóstico correto. Igualmente, ao médico se impõe o dever de lavar prontuário médico quanto ao atendimento declinado, a fim de demonstrar a regularidade do procedimento adotado à luz do caso concreto. - O valor da indenização a título de dano moral deve ser fixado em observância da natureza e da intensidade do dano, da repercussão no meio social, da conduta do ofensor, bem como da capacidade econômica das partes envolvidas (Apelação Cível: 1.0024.04.537875-9/002, j. em 18/4/2018, DJe de 27/4/2018).

Finalmente, em relação ao valor indenizatório arbitrado, sabe-se que o dano moral afeta a psiquê da pessoa, extrapolando o plano material, que nem sempre é diretamente afetado. É o que ensina Sílvio Rodrigues:

Diz-se que o dano é moral, quando o prejuízo experimentado pela vítima não repercute na órbita de seu patrimônio. É a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem, mas que não envolve prejuízo material (*Direito civil - responsabilidade civil*. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4, p. 33).

Neste contexto, concluindo pela satisfação dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, passo à quantificação do dano.

Em relação ao montante da indenização, sabe-se que deve ser estipulado pelo Juiz de forma equitativa, de modo que não seja alto a ponto de implicar enriquecimento sem causa da vítima, nem baixo, sob pena de não produzir no causador do dano a sensação de punição que o leve a deixar de praticar o ato. Para tanto, devem-se considerar as condições econômicas dos envolvidos, a culpa do ofensor e a extensão do dano causado ao ofendido.

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

Já a doutrina vem tentando estabelecer critérios que deverão ser observados pelo julgador no momento de fixar a indenização. Valho-me dos ensinamentos de Sérgio Cavalieri Filho:

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

[...]

Creio, também, que este é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*Programa de responsabilidade civil*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 91/93).

Sob tais parâmetros, verifica-se que da lesão sofrida não derivaram maiores repercussões, embora tenha demorado 04 (quatro) meses para esclarecer a razão das dores suportadas pela autora. O fato não concorre para o ato ilícito em si, mas para o prolongamento de seus efeitos no tempo, de forma a ser considerado na valoração do dano.

Considerados tais fatos, bem com a capacidade econômica das partes, entendo que o valor de R\$ 10.000,00 se afigura justo e adequado à realidade do caso concreto, eis que produz efeitos pedagógicos também visados pela indenização danos morais, evitando a reiteração da reprovável conduta dos Réus, além de não ocasionar enriquecimento sem causa da parte autora.

Sobre o tema, invoco o magistério de Calmon de Passos:

[...] entremeado de dificuldades é o problema do ressarcimento dos danos que afetam a nossa personalidade, os que provocam mudança no modo como nos víamos ou como éramos vistos (avaliados) pelos outros. Em que pese essas peculiaridades, tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os critérios fundamentadores da liquidação dos danos materiais - devem ser precisamente provados, repelindo-se, tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa, o juízo de valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-nos rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto.

E continua:

[...] o que será dano moral puro, ou seja, possível de existir inexistindo danos materiais ou que nenhuma relação mantém com os mesmos? Só nos resta afirmar que nos situamos, aqui, no espaço do que se qualifica como valor, algo especificamente humano e insuscetível de objetivação, salvo se considerado em sua legitimação intersubjetiva. Sem esse consectário, torna-se aleatório, anárquico, inapreensível e não objetivável. Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana. (O imoral nas

indenizações por dano moral, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2989>>. Acesso em: 25 jul. 2011).

Assim, deve ser mantido o valor indenizatório arbitrado.

Conclusão.

Ante o exposto, dou provimento ao Agravo Retido, para reformar a decisão de f. 143/144-TJ, rejeito a preliminar de ausência de fundamentação e, no mérito, nego provimento à primeira e à segunda apelações, para manter *in totum* a sentença apelada.

Como consectário, condeno os apelantes, na proporção de 50% para cada, ao pagamento das custas e honorários recursais, estes que ora arbitro em 2% sobre o valor da condenação (art. 85, §11º, do CPC e 2015).

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO ALEIXO e RAMOM TÁCIO.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, REJEITARAM A PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO À PRIMEIRA E À SEGUNDA APELAÇÃO.

• • •

## Apelação cível - *Querela nullitatis* - Ação de cobrança de taxa condominial - Litisconsórcio passivo necessário - Promissário comprador e locatário - Ausência - Sentença mantida

- Na ação de cobrança de taxas condominiais proposta pelo condomínio em desfavor do promissário comprador, não há litisconsórcio passivo necessário com o locatário.

- A falta de citação do locatário não resulta na nulidade *ipso iure* da sentença prolatada na ação de cobrança de cotas condominiais proposta pelo condomínio.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.12.242196-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Felix Moura Correa - Apelado: Condomínio do Edifício São Bernardo e São Leopoldo - 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 REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA SUSCITADA NA APELAÇÃO. NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Tiago Pinto* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. TIAGO PINTO - Félix Moura Correa propôs ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*) em desfavor de Condomínio do Edifício São Bernardo e São Leopoldo. Pretende a declaração de inexistência/nulidade da sentença proferida nos autos da Ação de Cobrança de Taxas Condominiais de nº 0024.10.094700-1, por ausência de citação do litisconsorte passivo necessário. Diz que não integrou o polo passivo de tal demanda, a despeito de ser o locatário do imóvel.

A sentença julgou improcedente o pedido inicial, sob o fundamento de que “não haveria obrigatoriedade de inclusão do locatário no polo passivo da lide, ou seja, o proprietário/promissário comprador responde pelas taxas condominiais, mesmo que advenham de atos do locatário” (f. 120-v).

O autor recorreu.

Nas razões de apelação, suscita preliminar de nulidade da sentença, sob o seguinte fundamento: “o apelante pleiteou a nulidade da ação de cobrança porque, como locatário da unidade condominial, deveria fazer parte da ação; a r. sentença nada falou a respeito” (f. 126).

No mérito, diz que deve ser declarada a nulidade da ação de cobrança, por ausência de citação do litisconsorte necessário. Aponta que “o locatário da unidade condominial deve ser citado na ação de cobrança de taxas ou qualquer débito, encargos devidos” (f. 126/127).

Contrarrazões às f. 132/135.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Preliminar de nulidade da sentença por omissão.

Nas razões de apelação, o autor/apelante sustenta que a sentença recorrida é nula, por não ter apreciado a alegação de litisconsórcio passivo necessário do locatário na ação de cobrança de taxas condominiais.

Contudo, o Julgador *a quo* apreciou a matéria e, de maneira fundamentada, não acolheu a tese de litisconsórcio passivo necessário. A improcedência do pedido inicial está fundamentada na tese de que “não haveria obrigatoriedade de inclusão do locatário no polo passivo da lide, ou seja, o proprietário/promissário comprador responde pelas taxas condominiais, mesmo que advenham de atos do locatário” (f. 120-v.).

Assim, por apresentar as razões de fato e direito que amparam julgamento de improcedência da pretensão inicial, tal como estabelece o art. 489, II, do CPC, é de se rejeitar a preliminar de nulidade da sentença.

Pelo exposto, rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença suscitada na apelação.

Mérito.

A Ação de Cobrança de Taxas Condominiais de nº 0024.10.094700-1 foi proposta pelo Condomínio ora réu em desfavor de Yuri Semansky Engler, promissário comprador do apartamento 403 do Edifício São Bernardo e São Leopoldo. Conforme se vê às f. 18/20, o pedido inicial foi julgado procedente, com a condenação do Sr. Yuri ao pagamento do valor de R\$11.292,30 (onze mil, duzentos e noventa e dois reais e trinta centavos).

Segundo consta dos autos, referida ação de cobrança já foi arquivada, em razão do cumprimento da sentença condenatória em 28/8/2013 (f. 98 e 105).

Na presente demanda, o autor/apelante Félix Moura Correa pretende a declaração de nulidade de pleno direito da sentença proferida nos autos da citada ação de cobrança (nº 0024.10.094700-1), por ausência de citação do litisconsorte passivo necessário. Argumenta que é o locatário do imóvel e deveria ter integrado o polo passivo da demanda de cobrança das despesas condominiais.

Não tem razão. Ainda que se admita que a *querela nullitatis* é meio hábil para debater a falta de citação de litisconsorte necessário em demanda já julgada, no caso dos autos, o pedido de declaração de nulidade *ipso iure* da sentença não deve mesmo ser acolhido.

As despesas condominiais são consideradas obrigações *propter rem* e recaem, por essa razão, sobre o titular do domínio do bem. Assim, cabe ao proprietário quitá-las, sob pena de o imóvel responder pelo débito.

Perante condomínio, a obrigação de contribuir com as despesas condominiais é do proprietário, e não do locatário. As obrigações estabelecidas no contrato de locação só vinculam as partes que celebraram a avença, locador e locatário.

Veja-se a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, na obra *Código Civil comentado*, citando precedente do 2º TACivSP:



Inquilino. Responsabilidade por quotas condominiais. Obrigação *propter rem*. A obrigação de arcar com as cotas condominiais - em face do condomínio - é do proprietário, e não do locatário. A obrigação do inquilino advém de regramento negocial que faz lei entre as partes que celebraram a avença contratual; a obrigação condominial decorre do vínculo que se impõe ao proprietário em virtude de ser titular de direito real sobre o objeto da propriedade. Esse vínculo é aquele que se identifica com o fenômeno nominado pela doutrina de obrigações *propter rem*, justamente por ter a característica - própria dos direitos reais - de acompanhar a coisa objeto do direito em decorrência de cuja existência elas nasceram (Editora Revista dos Tribunais, 11. ed. revista, ampliada e atualizada até 14/8/2014, p. 1.347).

Registra-se, nesse ponto, que a responsabilidade do promissário comprador do imóvel, na hipótese de contrato de promessa de compra e venda não levado a registro, pode ser reconhecida, conforme as circunstâncias do caso concreto, segundo o decidido pelo STJ no Recurso Especial Representativo de Controvérsia de nº 1.345.331/RS.

Assim, diferente do que alega o ora apelante, não há nulidade da Ação de nº 0024.10.094700-1, por ausência de citação do locatário (ora autor/apelante). Na ação de cobrança de taxas condominiais proposta pelo condomínio em desfavor do promissário comprador, não há litisconsórcio passivo necessário com o locatário.

Poderá o locador cobrar do locatário, na via própria, as despesas condominiais devidas durante o período da locação, caso assim tenha sido estabelecido no contrato. Contudo, tal como foi dito, o vínculo estabelecido no contrato de locação não pode ser oposto ao condomínio.

#### *Mutatis mutandis:*

Processual civil. Recurso especial. Irresignação manejado sob a égide do CPC/73. Ação de cobrança proposta pelo condomínio contra a proprietária. Violação do art. 535 do CPC. Inexistência. Tutela antecipada. Pedido de redirecionamento do pagamento das verbas condominiais aos locatários, que não deveria ser acolhido. Fundamento do acórdão recorrido não impugnado. Incidência, por analogia, da Súmula nº 283 do STF. Cotas condominiais. Dever da proprietária. Locatários que não têm pertinência subjetiva para a demanda. Ação direcionada corretamente contra a proprietária dos imóveis. Tutela antecipada que deve ser mantida diante das peculiaridades do caso concreto. Recurso especial não provido. [...] - Em se tratando de ação de cobrança de cotas condominiais proposta pelo condomínio, o débito perseguido é do imóvel, não tendo os seus locatários pertinência subjetiva para a demanda, sendo dever da proprietária pagar os respectivos rateios mensais. - No caso, a ação foi manejada corretamente contra a proprietária dos imóveis, que, sistematicamente, não paga os rateios condominiais. [...] - Recurso especial não provido (REsp 1.632.761/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 6/6/2017, DJe de 12/6/2017).

Processual civil. Apelação. Ação de cobrança de taxas condominiais movida contra o proprietário da unidade condominial. Conexão com ação de despejo movida contra o locatário da mesma unidade condominial. Ausência. Denúnciação da lide do locatário. Indeferimento. Prova da dívida. Presença. Pagamento. Obrigatoriedade. Obrigação *propter rem*. Redução dos honorários advocatícios sucumbenciais. Cabimento. Recurso conhecido e provido em parte. [...] - Não cabe a denúnciação da lide do locatário na ação de cobrança de taxas condominiais que tramita obrigatoriamente pelo rito sumário (art. 280 do CPC), cuja obrigação de pagar as taxas condominiais perante o Condomínio é do proprietário, tratando-se de obrigação *propter rem*, devendo ser somente ressalvado o direito de regresso do locador contra o locatário. [...] - Recurso conhecido e provido em parte (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.163420-8/001, Rel.ª Des.ª Márcia De Paoli Balbino, 17ª Câmara Cível, j. em 6/2/2014, p. em 18/2/2014).

Assim, como não há litisconsórcio passivo necessário entre o promissário comprador e o locatário do imóvel na ação de cobrança de despesas condominiais, não se verifica a nulidade do feito de nº 0024.10.094700-1 por ausência de citação do ora autor/apelante.

Pelo exposto, no mérito, nega-se provimento ao recurso.

Custas recursais, pelo apelante, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça concedida.

Ficam os honorários advocatícios majorados para 15% (quinze por cento) do valor da causa, na forma do art. 85, § 11, do CPC, suspensa a exigibilidade em razão da gratuidade da justiça concedida ao apelante.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES JOSÉ AMÉRICO MARTINS DA COSTA e MAURÍLIO GABRIEL.

*Súmula* - REJEITARAM A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA SUSCITADA NA APELAÇÃO. NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação cível - Ação de abstenção de uso de marca e concorrência desleal c/c indenização - Prejudicial de mérito - Prescrição - Reconhecimento parcial - Marca mista - Expressão corriqueira - Inexistência de exclusividade

- Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial.

- Expressões corriqueiras, sem originalidade, não podem ser apropriadas para uso exclusivo. Evidenciada, pela utilização de expressão comum, a ausência de concorrência desleal, não é justo impedir que a empresa se abstenha de utilizar a expressão que a designa há anos, sobretudo porque não se vislumbra má-fé da sua parte.

Vv: - A exclusividade do uso da marca é conferida a quem detém a propriedade da marca, a qual somente é adquirida após o registro validamente expedido, nos termos do disposto no art. 129 da Lei 9.279/96. - O uso de uma marca tem efeitos jurídicos específicos, tais como a congregação de uma clientela em torno da atividade designada, e o direito tem de zelar por essa clientela. A identidade de nome e ramo de atividade, levam o consumidor à dúvida. A confusão entre produtos ou estabelecimentos é considerada pela doutrina e presente na jurisprudência como a forma mais comum de concorrência desleal. - As perdas e danos são calculados em liquidação de sentença, por artigos, quando necessário alegar e provar fato novo, observando-se quanto aos lucros cessantes os critérios fixados pelo art. 210 da Lei 9.279/1996.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.11.264066-9/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: MRI Vida Nova Corretora de Seguros Ltda. - Apelada: Vida Nova Corretora de Seguros de Vida Ltda. - Relator: DES. ALBERTO HENRIQUE - Relator p/ o acórdão: DES. ROGÉRIO MEDEIROS**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, vencido o Relator, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 7 de dezembro de 2018. - *Alberto Henrique* - Relator.

### Voto

DES. ALBERTO HENRIQUE - Trata-se de recurso de apelação, interposto contra r. sentença de f. 168/170, proferida nos autos da ação de abstenção de uso de marca e concorrência desleal cumulada com indenização, ajuizada por Vida Nova Corretora de Seguros de Vida Ltda., em desfavor de MRI Vida Nova Corretora de Seguros, via da qual o MM. Juiz *a quo* da 2ª Vara Empresarial de Belo Horizonte julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, conforme alterações trazidas pelos embargos de declaração de f. 177/178, para que a ré se abstenha de utilizar-se da marca “Vida Nova” em todas as mídias sociais ou para qualquer fim, sob pena de multa de R\$1.000,00 (mil reais) limitada a R\$30.000,00 (trinta mil reais) pelo descumprimento, bem como condená-la ao pagamento de indenização pelos danos materiais sofridos, a serem apurados em liquidação de sentença por artigos.

Por ter decaído de parte mínima, condenou a parte ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Os embargos de declaração de f. 171/176 interpostos pela ré foram rejeitados às f. 183/184.

Os embargos de declaração de f. 177/178 interpostos pela autora foram acolhidos às f. 183/184.

Apela MRI Vida Nova Corretora de Seguros, às f. 185/200, suscitando como preliminar a nulidade da sentença, em razão do julgamento *citra petita*.

Arguiu a apelante como prejudicial de mérito a prescrição da pretensão indenizatória formulada pela apelada, ressaltando que a apelada registrou sua marca perante o INPI em 22/8/2006 e que a presente ação foi distribuída em 25/8/2011.

No mérito sustenta que a apelada requereu em sede de antecipação de tutela que a apelante se abstinhasse de utilizar, expor, comercializar, divulgar por qualquer meio e de qualquer forma, explorar total ou parcialmente ou com acréscimo a marca “Vida Nova”, inclusive na internet. Afirma que nenhum recurso foi interposto contra a referida decisão. Assim, alega que operou-se a preclusão (coisa julgada) sobre essa questão.

Aduz que a r. sentença ignorou a decisão anterior, decidindo novamente sobre o mesmo ponto, mas divergindo imotivadamente do posicionamento já estabelecido e concretizado.

Ressalta que, conforme demonstrado nos autos, é plenamente possível que as empresas apelante e apelada possam coexistir utilizando a marca “Vida Nova”, tal como vem acontecendo ao longo de mais de uma década, uma vez que estas nunca foram confundidas ou tampouco tinham conhecimento uma da outra, apesar de atuarem no mesmo ramo há mais de 12 anos, mas em esferas estaduais distintas. Dispõe que em nenhum momento a apelante cometeu quaisquer dos crimes descritos como concorrência desleal, tendo em vista que a apelante sempre agiu de boa-fé, sendo esta demonstrada principalmente pelo fato de que o início da utilização das marcas foi concomitante e em Estados diversos; além do mais, afirma que as empresas possuem nomes empresariais diferentes, logotipos diferentes, e apresentam-se no mercado de forma distinta, evidenciando-se ausência de confusão entre elas.

Relata que a r. sentença ignorou o pedido de autorização para o uso da marca “MRI Vida Nova” formulado pela apelante em sede de contestação.

Alega, por fim, que, ao condenar a apelante ao pagamento da indenização por danos materiais, a r. sentença deixou de estabelecer quaisquer parâmetros (mínimos ou máximos), limites ou condições, pelo que requer a sua reforma.

Preparo regular às f. 201/202.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço o recurso.

Preliminar.

Sentença *citra petita*.

Aduz o apelante que a sentença não apreciou, mesmo após a oposição de embargos, a preclusão da matéria que admitiu a coexistência das marcas, o pedido subsidiário de utilização da marca “MRI Vida Nova” pela apelante e a inexistência de parâmetros para a condenação em danos materiais.

A preliminar se confunde com o mérito, e juntamente com ele será analisada.

Prejudicial de mérito.

Prescrição.

Pugna a apelante pelo reconhecimento da prescrição da pretensão indenizatória da apelada, tendo em vista o decurso do prazo prescricional entre o registro da apelada (22/8/2006) e a propositura da demanda (25/8/2011).

Conforme previsão legal específica da Lei nº 9.279/96, com relação ao termo inicial para fins de contagem do prazo prescricional, o direito da autora retroage à data de ocorrência do dano, qual seja a abertura da ré utilizando-se do mesmo nome empresarial, em 13/10/1999.

A pretensão de reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial prescreve em 05 (cinco) anos, nos termos do art. 225 da Lei nº 9.279/96, *litteris*: “Art. 225. Prescreve em 5 (cinco) anos a ação para reparação de dano causado ao direito de propriedade industrial”.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que “cada violação contra direitos de autor constitui uma contrafação distinta e gera direitos próprios reabrindo-se pois, a cada vez, o prazo prescricional” (STJ, REsp nº 64.747).

Desta forma, entendo por bem acolher parcialmente a prejudicial de mérito, para reconhecer a prescrição do direito da parte autora de reclamar qualquer dano ocorrido nos cinco anos que antecederam a distribuição da inicial, que se deu em 22/8/2011.

Mérito.

No mérito sustenta que a apelada requereu em sede de antecipação de tutela que a apelante se abstinhasse de utilizar, expor, comercializar, divulgar por qualquer meio e de qualquer forma, explorar total ou parcialmente ou com acréscimo a marca “Vida Nova”, inclusive na internet. Afirma que nenhum recurso foi interposto contra a referida decisão. Assim, alega que operou-se a preclusão (coisa julgada) sobre essa questão.

Aduz que a r. sentença ignorou a decisão anterior, decidindo novamente sobre o mesmo ponto, mas divergindo imotivadamente do posicionamento já estabelecido e concretizado.

Não prospera a pretensão da apelante, uma vez que a decisão utilizada como parâmetro indeferiu o pedido de tutela antecipada tão somente, o que não impede que o julgador, após o término da fase de instrução, mude seu posicionamento, já que a decisão preliminar não está vinculada ao julgamento final, conforme previsto no art. 296 do CPC.

Vejamos: “Art. 296. A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”.

Defende o apelante, ser plenamente possível que as empresas apelante e apelada possam coexistir utilizando a marca “Vida Nova”, tal como vem acontecendo ao longo de mais de uma década, uma vez que estas nunca foram confundidas ou tampouco tinham conhecimento uma da outra, apesar de atuarem no mesmo ramo há mais de 12 anos, mas em esferas estaduais distintas.

Dispõe que em nenhum momento a apelante cometeu quaisquer dos crimes descritos como concorrência desleal, tendo em vista que a apelante sempre agiu de boa-fé, sendo esta demonstrada principalmente pelo fato de que o início da utilização das marcas foi concomitante e em Estados diversos. Além do mais, afirma que as empresas possuem nomes empresariais diferentes, logotipos diferentes, e apresentam-se no mercado de forma distinta, evidenciando-se ausência de confusão entre elas.

Relata que a r. sentença ignorou o pedido de autorização para o uso da marca “MRI Vida Nova” formulado pela apelante em sede de contestação.

O art. 5º, inciso XXIX, da Constituição da República proclama que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Por sua vez, o órgão responsável por dar efetividade ao direito constitucional fundamental de exclusividade na utilização de marcas é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI).

O art. 123 da Lei 9.279/96, que trata dos sinais registráveis como “marca”, traz os seguintes conceitos técnicos deste termo:

Art. 123. Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - marca de produto ou serviço: aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa; II - marca de certificação: aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada; e III - marca coletiva: aquela usada para identificar produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade.

A exclusividade do uso da marca é conferida a quem detém a propriedade da marca, a qual somente é adquirida após o registro validamente expedido, nos termos do disposto no art. 129 da Lei 9.279/96:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Dessa forma, é conferida à apelante a exclusividade de uso da marca, em razão do registro depositado junto ao INPI em 12/4/1996 e concedido em 22/8/2006.

A apelante e a apelada, apesar de estarem domiciliadas em Estados diferentes, atuam no ramo e possuem nomes com grande identidade, o que leva o consumidor à confusão.

A confusão entre produtos ou estabelecimento é considerada pela doutrina e presente na jurisprudência como a forma mais comum de concorrência desleal, e quem os pratica se propõe a obter vantagens da confusão provocada intencionalmente entre a empresa ou seus produtos, e a empresa ou os produtos de um

competidor, geralmente se aproveitando da homonímia ou provocando-a (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 356).

Por esta mesma razão, deve a ré, ora apelante, se abster do uso da marca “MRI Vida Nova”.

Alega, por fim, que, ao condenar a apelante ao pagamento da indenização por danos materiais, a r. sentença deixou de estabelecer quaisquer parâmetros (mínimos ou máximos), limites ou condições, pelo que requer a sua reforma.

Tal alegação já restou solucionada, quando da apreciação da prejudicial de mérito, ficando estabelecido que a indenização incidirá a contar de 25/8/2006, reconhecida a prescrição do período anterior.

As perdas e danos são calculados em liquidação de sentença, por artigos, quando necessário alegar e provar fato novo, observando, quanto aos lucros cessantes, os critérios fixados pelo art. 210 da Lei 9.279/1996.

Com tais fundamentos, rejeito as preliminares, acolho parcialmente a prejudicial de mérito para reconhecer a prescrição do direito da parte autora, de reclamar qualquer dano ocorrido nos cinco anos que antecederam a distribuição da inicial, e, no mérito, nego provimento ao recurso.

Em razão do novo resultado, condeno autor e réu no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados na sentença, na proporção de 20% para o autor e 80% para o réu.

É o voto.

DES. ROGÉRIO MEDEIROS - Peço vênia ao em. Desembargador Relator, Alberto Henrique, para dele divergir no ponto em que mantém a condenação da ré, ora apelante, a se abster de utilizar da marca “Vida Nova” em todas as mídias sociais ou para qualquer fim, sob pena de multa, e ao pagamento de indenização por danos materiais.

Isso porque, primeiramente, o termo “Vida Nova” vem a ser uma expressão corriqueira, genérica, sem originalidade, não conferindo a necessária distinção entre as empresas que utilizam a referida expressão, de forma que incabível garantir à apelada a exclusividade da expressão de uso comum.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no mesmo sentido:

Propriedade industrial. Registro da marca “Portapronta”. Pretendida exclusividade. Impossibilidade. Uso de termos comuns e simplesmente descritivos do produto que visam a distinguir. Lei 9.279/96. Art. 124, VI. 1. - Para a composição da marca “PortaPronta”, a recorrente não criou palavra nova, mas valeu-se de palavras comuns, que, isolada ou conjuntamente, não podem ser apropriadas com exclusividade por ninguém, já que são de uso corriqueiro e desprovidas de originalidade. 2 - Adequado o registro realizado pelo INPI, com a observação de que “concedida sem exclusividade de uso dos elementos normativos”. 3.- Recurso Especial improvido (REsp 1039011/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. em 14/6/2011, *DJe* de 17/6/2011).

Recurso especial. Nulidade de registro de marca. Produtos. Mesmo ramo comercial. Marcas registradas. Uso comum. Exclusividade. Não ocorrência. Alto renome. Efeito prospectivo. 1 - Visa a presente ação ordinária a declaração de nulidade do registro de propriedade industrial da marca Sanybril, que atua no mesmo ramo comercial da autora de marca Bom Bril. 2. Conforme a jurisprudência consolidada desta Corte, marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade,



atraem a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro, admitindo-se a sua utilização por terceiros de boa-fé. 3. Tendo o Tribunal estadual concluído, diante do contexto fático-probatório dos autos, que o termo Bril seria evocativo e de uso comum, e que as marcas teriam sido registradas sem a menção de exclusividade dos elementos nominativos, não haveria como esta Corte Superior rever tal entendimento, sob pena de esbarrar no óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. O Superior Tribunal de Justiça decidiu que, a partir do momento que o INPI reconhece uma marca como sendo de alto renome, a sua proteção se dará com efeitos prospectivos (*ex nunc*). Assim, a marca igual ou parecida que já estava registrada de boa-fé anteriormente não será atingida pelo registro daquela de alto renome, como no caso em apreço. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1582179/PR, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 9/8/2016, *DJe* de 19/08/2016).

Por outro lado, o logotipo utilizado pela autora difere substancialmente do sinal distintivo da ré, conforme se vê à f. 114, sendo, portanto, incapaz de gerar confusão aos clientes das corretoras.

Além disso, é certo que as duas empresas atuam concomitantemente há muito tempo no mercado, notando-se que a ré iniciou suas atividades em 1999, não se tendo notícia de anterior confusão entre as empresas em razão da utilização da expressão Vida Nova.

Neste particular, deve-se destacar que a MRI Vida Nova atua no Estado de São Paulo e, segundo a própria corretora de seguros, não tem pretensão de atuar em Minas Gerais, área de operação da autora.

Assim, não evidenciada, pela utilização da expressão Vida Nova, concorrência desleal praticada pela ora apelante, capaz de acarretar prejuízo à apelada, não é justo impedir que a MRI Vida Nova se abstenha de utilizar a expressão que a designa há muitos anos, sobretudo porque não se vislumbra má-fé da sua parte, com a intenção de prejudicar a autora.

Pelo exposto, sem embargo do reconhecido brilhantismo do em. Desembargador Relator, dou provimento ao recurso, para julgar improcedentes os pedidos.

Em consequência, condeno a autora a pagar as custas processuais e honorários advocatícios de 18% (dezoito por cento) do valor da causa.

DES. LUIZ CARLOS GOMES DA MATA - Peço vênia ao douto Relator para acompanhar a divergência inaugurada pelo douto Desembargador Rogério Medeiros, pois tive o cuidado de verificar que a apelada não fez qualquer prova de ser uma “empresa tradicional do setor de seguros”, de forma a fazer acreditar que “conquistou prestígio e reconhecimento de sua marca”, nem que tenha atuação em todo o território nacional. A realidade da documentação constante dos autos é bem outra, apontando tratar-se de uma sociedade empresarial modesta e de atuação bastante restrita, o que pude constatar ao consultar a rede mundial de computadores, sem encontrar registro de sua atuação.

Diante de tal realidade, está coberto de razão do douto 1º vogal, quando afirma que não merece crédito a tese de que o uso da mesma expressão, corriqueira, possa causar confusão entre a clientela, mesmo porque, nem mesmo há identidade de região de atuação.

DES. JOSÉ DE CARVALHO BARBOSA - Peço vênia ao em. Relator, Des. Alberto Henrique, para acompanhar a divergência apresentada pelo em. 1º Vogal, Des. Rogério Medeiros, nos termos do seu judicioso voto.

DES. NEWTON TEIXEIRA CARVALHO - Peço vênia ao douto Relator, para acompanhar a divergência apontada pelo douto primeiro vogal, Des. Rogério Medeiros.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

• • •

## APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - DESCONTO NO PAGAMENTO DA AUTORA PELO SERVIÇO PRESTADO AO TRIBUNAL DO JÚRI - PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS - SENTENÇA MANTIDA

- A legislação processual penal assegura ao cidadão, intimado ao serviço obrigatório do júri, que nenhum “desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado que comparecer à sessão do júri” (art. 441 do CPP).

- O fato de o réu ter descontado o salário da autora, relativamente aos dias em que ela se encontrava a serviço do Poder Judiciário, mesmo quando devidamente oficiado pelo Juízo Criminal para se abster de realizar qualquer desconto em seu salário relativo ao não comparecimento ao trabalho, caracteriza ato ilícito a ensejar as indenizações pleiteadas pela autora.

**APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA Nº 1.0024.14.316563-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Remetente: Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Estadual de Belo Horizonte - Apelante: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Apelada: Giselle Moreira Ferreira - 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 NÃO CONHECER DA REMESSA NECESSÁRIA E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 5 de dezembro de 2018. - *Edgard Penna Amorim* - Relator.

### Voto

DES. EDGARD PENNA AMORIM - Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida pelo il. Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, Armando Ghedini Neto, que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Giselle Moreira Ferreira em face do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o Estado de Minas Gerais a pagar à autora o valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais, atualizado monetariamente, a partir da publicação do *decisum* até o efetivo pagamento, de acordo com a Súmula nº 362 do STJ, e acrescido de juros moratórios, a partir da data do evento danoso, de acordo com o art. 406 do Código Civil c/c o art. 161 do CTN e da Súmula nº 54 do STJ, e de R\$3.000,00 (três mil reais) a título de danos materiais, atualizado monetariamente, a partir do pagamento dos medicamentos, e acrescido de juros moratórios, a partir da citação, de acordo com o art. 406 do Código Civil c/c o art. 161 do CTN: “O IPCA-E deverá ser utilizado como medida de correção monetária e, como juros de mora, os índices oficiais de remuneração básica e juros

aplicados à caderneta de poupança” (*sic*, f. 83v.) -, bem como ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

Embargos de declaração, opostos pela autarquia ré à f. 85, acolhidos para corrigir erro material relativo à parte ré que vem a ser o Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - Ipsemg e não o Estado de Minas Gerais.

Em suas razões recursais (f. 87/90v.), propugna o réu pela reforma da sentença à alegação de que o contrato de credenciamento firmado com a apelada estabelece que o pagamento somente é efetuado ao profissional credenciado mediante serviço efetivamente prestado. Assim, ela não faz jus ao recebimento da remuneração do período em que não trabalhou, em virtude de ter sido convocada para compor o Tribunal do Júri. Aduz, ainda, ser indevida a condenação a título de danos morais, pois “pautou suas ações na mais estrita legalidade, inexistindo ato ilícito apto a caracterizar existência de dano moral” (*sic*, f. 84v.), bem como excessivo o *quantum* indenizatório arbitrado.

Contrarrazões pelo não provimento do apelo às f. 92/97.

Inicialmente, embora o il. Juiz da causa tenha submetido a sentença ao duplo grau de jurisdição obrigatório, entendo estar configurada a hipótese do inc. II do § 3º do art. 496 do CPC, que excepciona o cabimento do reexame necessário, uma vez que a condenação foi fixada em valor inferior a 500 (quinhentos) salários mínimos.

Assim, não conheço da remessa oficial, senão do recurso voluntário, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Depreende-se dos autos que as partes firmaram contrato de credenciamento para prestação de assistência de enfermagem (f. 20/24), com vigência entre 7/3/2014 e 7/3/2019, por meio do qual a autora, em regime de plantão de 6 a 12 horas, presta o serviço contratado no Hospital Governador Israel Pinheiro e/ou Centro de Especialidades Médicas, com remuneração mensal de R\$3.000,00 (três mil reais).

Colhe-se, ainda, dos autos que, em maio de 2014, a autora foi intimada pelo il. Juiz do II Tribunal do Júri da Comarca de Belo Horizonte (f. 26), Glauco Eduardo Soares Fernandes, para pauta da sessão do dia 2/6/2014 às 8h30; prestado o serviço, em agosto de 2014, foi expedido ofício deste juízo ao Diretor de Pessoal do Ipsemg, ora apelante. No pertinente, é o teor deste documento:

Saliente-se, por oportuno, que a mesma foi intimada por Mandado Judicial, sob as penas da Lei, caso não comparecesse.

Reza o art. 473, inciso VIII, da Consolidação das Leis do Trabalho que não haverá prejuízo do salário do empregado caso este deixe de comparecer ao serviço por ter se apresentado em Juízo, e ainda dispõe o art. 441 do Código de Processo Penal que nenhum desconto será feito nos vencimentos do jurado sorteado que comparecer às sessões do Júri.

Ressalta-se, ainda, que, conforme certidão já expedida, verifica-se que a jurada compareceu devidamente na pauta do mês de junho do corrente ano, e que, portanto, nenhum desconto poderá ser feito em sua folha de vencimento, pois a mesma respondeu a uma convocação do Poder Judiciário.

Desta forma, qualquer desconto em seu salário relativo ao seu não comparecimento ao trabalho, sendo justificado pela Certidão expedida por este II Tribunal do Júri, configura-se uma ilegalidade e crime de

desobediência, sujeito a providências judiciais em desfavor de quem descumpra a ordem emanada do Juízo Criminal. (*sic*, f. 30.)

Todavia, mesmo diante da clareza da determinação judicial, a Gerência de Controle Financeiro e de Custos submeteu a questão relativa ao pagamento da credenciada, ora apelada, no período da prestação de serviço àquele II Tribunal do Júri, à Procuradoria do Ipsemg (f. 35) que, por sua vez, exarou parecer [...] opinando pela impossibilidade do pagamento da profissional credenciada durante o período em que não houve serviço efetivamente prestado, por ausência de previsão legal, sob pena de enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário (*sic*, f. 38).

Amparado neste parecer, o réu, ora apelante, não efetuou o pagamento relativo ao mês de junho de 2014 à autora, ora apelada. Segundo o apelante, o fato se deu em razão de o contrato de credenciamento, firmado entre eles, estabelecer “que o pagamento somente é efetuado ao profissional credenciado mediante o serviço efetivamente prestado, conforme cláusulas contratuais” (f. 49v.), argumento com o qual busca rever a sentença de primeiro grau.

Ora, independentemente da relação contratual existente entre as partes, a ordem judicial não deixa dúvidas quanto à impossibilidade de qualquer desconto na remuneração da autora, em virtude de seu efetivo serviço prestado ao Tribunal do Júri, tanto que, expressamente, no ofício encaminhado ao apelante, se fez constar “configura-se uma ilegalidade e crime de desobediência, sujeito a providências judiciais em desfavor de quem descumpra a ordem emanada do Juízo Criminal (f. 30).

Na verdade, além da clareza solar da ordem judicial encaminhada ao apelante, o direito da apelada está amparado na legislação processual penal, segundo o qual o serviço do júri é obrigatório (art. 436), salvo para aquelas pessoas relacionadas no art. 437, onde não se inclui a autora, ademais de que “Nenhum desconto será feito nos vencimentos ou salário do jurado sorteado que comparecer à sessão do júri” (art. 441). A propósito, bem asseverou o il. Juiz de primeira instância:

As pessoas não são convidadas, mas sim convocadas a comparecer à sessão de julgamento, sob pena de multa, conforme arts. 442 e 444 do Código de Processo Penal.

Não se justifica, neste particular, o desconto na remuneração da autora, já que foi o próprio Estado, por meio da função Jurisdicional, que a convocou para funcionar como jurada. O não pagamento da contraprestação equivale a uma punição por ter sido obediente às ordens emanadas do próprio Estado, o que é um contrasenso e uma conduta claramente ilícita (*sic*, f. 81.)

No tocante aos danos morais, que segundo o apelante não são devidos em razão de inexistência de prejuízo, bem como por ter pautado suas ações na mais estrita legalidade, a condenação imposta na primeira instância não merece reparos. A ilegalidade do ato praticado pelo apelante decorre não só do crime de desobediência, como, também, do descumprimento da legislação processual penal.

Por sua vez, inegável a angústia e desespero de uma pessoa que, amparada na legislação processual penal, que lhe assegura o pagamento de sua remuneração quando a serviço do Poder Judiciário e por ordem judicial clara neste sentido, se vê privada do rendimento mensal, ainda mais nestes tempos de crise econômica por que passa nosso país.

Tem-se, ainda, que, diante da gravidade do ato praticado pelo apelante, em flagrante descumprimento de ordem judicial, não se pode considerar excessivo o *quantum* indenizatório arbitrado a título de danos morais - R\$15.000,00 (quinze mil reais) -, dado o componente punitivo e pedagógico da condenação.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

Custas recursais pelo apelante, isento nos termos do inc. I do art. 10 da Lei Estadual nº 14.939/03. Em observância ao § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários em 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ARMANDO FREIRE e ALBERTO VILAS BOAS.

*Súmula* - NÃO CONHECERAM DA REMESSA NECESSÁRIA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação - Abuso de incapazes - Autoria e materialidade - Elemento subjetivo evidenciado - Condenação - Dosimetria - Modalidade tentada - Fração redutora - Consequências dos atos executórios

- O elemento subjetivo do injusto, se demonstrado, a par da autoria e materialidade, enseja condenação pelo crime de abuso de incapazes, de quem se vale de alienação ou debilidade mental da vítima para auferir indevida vantagem financeira.

- O quanto de redução de pena a ser reconhecido em razão da modalidade tentada da conduta guardará proporcionalidade com o grau de consumação dos atos executórios.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0110.14.000309-3/001 - Comarca de Campestre - Apelante: E.A.N. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.O.D. - Relator: DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2018. - *Octavio Augusto De Nigris Boccalini* - Relator.

### Voto

DES. OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI - E.A.N. interpôs recurso de apelação à r. sentença (f. 100/108) prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Campestre, que julgou parcialmente procedente a ação penal para dá-la, em tese, como incursa nas sanções previstas no art. 173 c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, por ter, supostamente, induzido, em proveito próprio, portador de debilidade mental à transferência de recursos financeiros, cuja consumação teria sido obstada por circunstâncias alheias à vontade da apelante. Via de consequência, foi aplicada à apelante pena de 01 ano e 02 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, e o pagamento de 07 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Ato contínuo, a pena privativa de liberdade foi substituída



por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, e em prestação pecuniária, correspondente a um salário mínimo.

Em razões recursais (f. 12/30), alude à insuficiência dos elementos de autoria e materialidade, motivo pelo qual pugna por absolvição, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O recurso foi devidamente recebido (f. 117).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu contrarrazões (f. 132/135), nas quais pede o desprovemento da apelação.

Em parecer (f. 140/144), a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovemento do recurso.

É o relato.

Conheço do recurso, porque satisfeitos os pressupostos de admissibilidade.

Não há nulidades suscitadas pelas partes nem a serem reconhecidas de ofício.

Da acusação.

Conforme a narrativa da denúncia (f. 02/03):

[...]

No dia 2 de setembro de 2013 [...] a denunciada, de maneira livre e consciente, abusou, em proveito próprio da alienação e debilidade mental da vítima G.O.D., induzindo-o à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio e de terceiro.

Na ocasião dos fatos, a denunciada instigou a vítima, que é portadora de transtorno mental, a sair do Asilo São Vicente de Paula, no qual está abrigada, para que fosse morar com ela, visando apenas os recursos oriundos da aposentadoria percebida pela vítima.

Nesta oportunidade, a denunciada solicitou que a vítima lhe desse a quantia de R\$1.000,00 (um mil reais), abusando de sua debilidade mental.

A evidência de que a denunciada tinha a intenção apenas de se apoderar do dinheiro oriundo da aposentadoria da vítima fica demonstrada em seu depoimento de f. 09, quando declarou que não sabia nem sequer o nome da vítima, porém queria abrigá-lo.

[...]

Assim descritos os fatos, passa-se a fundamentar.

Mérito.

Materialidade.

A materialidade foi demonstrada pelo Boletim de Ocorrência (f. 06/07) e 29/31) e pela Notícia de Fato (f. 09/27), segundo os quais a apelante, supostamente, teria induzido, em proveito próprio, portador de debilidade mental à transferência de recursos financeiros, cuja consumação teria sido obstada por circunstâncias alheias à vontade da apelante.

Da versão indiciária.

A teor do Boletim de Ocorrência (f. 07), os fatos teriam ocorrido conforme a seguinte dinâmica:

Ofício do Ministério Público requisitando a instauração de inquérito policial para a devida apuração do crime de abuso de incapaz, art. 173 do CP, em tese praticado por E.A.N., tendo como vítima o Sr. G.O.D. Segue anexo a este 20 laudas contendo ofícios, relatórios, termos de declarações, entre outros.

Conforme relatório médico (f. 22), a vítima G.O.D. padece de transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool (CID F10.2), ao uso de fumo (CID F17.2) e transtorno afetivo bipolar (CID F31), em razão dos quais se encontra submetido a tratamento psicológico no Asilo São Vicente de Paulo, em uso contínuo dos medicamentos carbamazepina 200mg e Haloperidol 1mg.

À época dos fatos, a vítima, com 79 anos de idade, estaria internada, juntamente, com a esposa, haja vista as condições insalubres na casa em que habitavam. A vítima perceberia proventos de aposentadoria, ao passo que a esposa não teria conseguido o benefício (f. 18/21).

O parecer psicossocial composto por assistentes sociais e psicólogo conclui que a esposa necessita de cuidados especiais diários e não fica sem a companhia da vítima (f. 21). O documento ressalta que a esposa tem se queixado da ausência da vítima, a qual estaria com a apelante.

Nesse sentido, a testemunha Maria Helena Vieira de Paiva, Diretora do Asilo São Vicente de Paulo, informou à Promotoria de Justiça que a apelante, supostamente, teria o costume de cortejar idosos com o presumido intuito de angariar os respectivos proventos. Para tanto, narrou que a apelante tentava convencer os idosos a deixar o estabelecimento, situação que ora estaria abalando a vítima G.O.D. Ressaltou que, desde o momento em que a vítima passara a encontrar-se com a apelante, não mais teria dado atenção à esposa, recusando-se a ingerir a medicação, e teria se inquietado na expectativa de deixar o asilo, conforme se expressou:

Testemunha M.H.V.P. (f. 10/11):

[...] que há uma senhora de alcunha N.G. que tem o costume de cortejar os idosos, havendo notícias de que assim procede visando a obtenção de dinheiro de aposentadoria; que citada senhora influencia os idosos para que estes saiam da instituição, com o objetivo de administrar o dinheiro deles; que em relação ao senhor G. e sua esposa D., ambos vivem no asilo com apenas um salário mínimo oriundo de aposentadoria; que a senhora N.G., que se encontra do lado de fora da Promotoria de Justiça nesse momento, está “fazendo a cabeça” do senhor G. para que deixe o asilo; que G. tem problemas psiquiátricos e está se recusando a tomar medicação, o que ocorreu após citada senhora influenciá-lo; que G. tem manifestado o desejo de se retirar do asilo para viver com essa senhora, deixando a esposa no asilo; que a aposentadoria está em nome do idoso; que a senhora D. não vive sem G.; que G. não tem condições de sair do asilo [...] que G. tem delírios, acreditando que possui bens e constantemente procura o Dr. E. para tratar de seus “direitos” [...] que solicita providências [...]

Em juízo, a testemunha M.H.V.P. ratificou a versão dos fatos e acresceu que a vítima teria deixado o asilo e que intencionava contrair empréstimo no valor de mil reais em favor da apelante, nestes termos:

Testemunha M.H.V.P. (em Juízo, f. 81):

[...] Que a vítima está internada no asilo há mais de três anos; que a vítima havia desobedecido a depoente e saído sozinho do asilo; que a depoente recebeu um telefonema dizendo que a vítima estava no Fórum juntamente com a acusada fazendo uma denúncia; que a depoente veio até o Fórum e foi conver-

sar com o promotor; que a depoente relatou ao promotor de justiça que foi informada por telefone que a vítima queria fazer um empréstimo de mil reais com utilização do cartão previdenciário; que o cartão não estava com a vítima até porque permanece no asilo [...] que alertou o promotor que a vítima tem problema psiquiátrico [...] que confirma suas declarações prestadas ao Ministério Público e constantes às f. 10/11 dos autos, lidas neste momento [...]

A solicitação de empréstimo foi corroborada pela vítima. Em depoimento ao Juízo, afirmou que o montante teria sido pedido pelo advogado, cujo nome, contudo, desconhecia:

Vítima G.O.D.(em Juízo, f. 80):

[...] Que a acusada pediu mil reais para o depoente mas o declarante não deu; que indagado por que foi pedido tal valor, o depoente respondeu que o advogado que pediu; que a responsável pelo asilo cuida da aposentadoria do depoente [...] que conhece a acusada por Z.; que não é parente da ré [...]; que indagado se o advogado estava junto com a ré quando ela pediu o dinheiro, o depoente respondeu “ela foi na casa dele”; que foi junto com a acusada; que o advogado mora ‘na rua de baixo’; que não sabe o nome do advogado [...]

A teor do relatório circunstanciado de investigações (f. 31), investigadores de polícia diligenciaram à residência da apelante, com a qual mantiveram entrevista reservada. Relataram que a apelante habita com o filho, o companheiro e com idoso conhecido pela alcunha de T.M., com idade aproximada entre 70 e 80 anos. Ressaltaram que, a despeito de conviver a apelante com o idoso por, aproximadamente, quatro anos, a apelante, em princípio, dele não conheceria o nome, como se tem:

Relatório circunstanciado de investigações (f. 31):

[...] Quando indagada sobre quem residiria com a mesma em seu domicílio, esta informou que residia no local com seu filho M., o seu amásio T, uma outra mulher de nome M., e um idoso com idade aproximada entre os 70 (setenta) e 80 (oitenta) anos de idade, este conhecido pela alcunha de T.M.

Sobre este idoso, Z. não soube declinar seu verdadeiro nome nem demais dados qualificatórios, relatando que o mesmo reside com ela há cerca de 4 (quatro) anos, e que o mesmo não se encontrava no imóvel [...]

A apelante, contudo, negou a veracidade das imputações e aduziu que se encontrava envolvida nos fatos pelo mero desejo de ajudar a indigitada vítima.

Da negativa de autoria.

Em Juízo, a apelante alegou que a vítima demonstrava interesse em deixar o asilo e passar a residir na casa da apelante. A apelante teria condicionado a permanência da vítima ao consentimento da Promotoria de Justiça, consoante orientação recebida de advogado. Alegou ter se deslocado ao fórum, em companhia da vítima, para falar com o Promotor de Justiça a respeito e não para tentar realizar saque em conta da vítima. Informou possuir avó no mesmo asilo, porém, não intencionava tirá-la do local por ausência de proximidade. Relatou não receber proventos de aposentadoria e depender de recursos do marido e dos filhos:

Apelante E.A.N. (em juízo, f. 80):

[...] Que não são verdadeiros os fatos descritos na denúncia; que nunca pediu dinheiro para a vítima; que não conhecia a vítima, a qual passou na casa da depoente em uma oportunidade pedindo café; que depois a vítima passou a ir sempre na casa da depoente; que a vítima queria ficar na casa da depoente e sair do asilo; que a depoente disse que a vítima apenas poderia ficar na sua casa com autorização do

promotor; que procurou o advogado E., o qual acompanhou a depoente e a vítima até este fórum [...] que, se o promotor dissesse que a vítima poderia ficar na casa da depoente, a declarante abrigaria, eis que cuida de qualquer um [...] que a avó da depoente ficava no asilo e a instituição ficava com o dinheiro dela; que indagada por que não tirava sua avó do asilo como intencionava fazer com a vítima, respondeu que não tinha contato próximo com sua avó; [...] que o marido tem emprego fixo; que vive da renda de seu marido e de seus filhos [...].

Conquanto a apelante afirme ter disposição para cuidar de qualquer pessoa, alegou que não intencionava retirar a própria avó do asilo, para dela cuidar, à alegação de não ter proximidade suficiente com a ascendente. Todavia, não logrou esclarecer em que medida a relação mantida com a indigitada vítima seria mais próxima e íntima ao ponto de se dispor a acolhê-la na própria casa.

A propósito, é de se considerar que a apelante, supostamente, não teria revelado proximidade maior com o idoso alcunhado de T.M., de quem, não obstante o convívio de 04 anos, sequer conhecia o verdadeiro nome.

Ademais, tendo em vista que a apelante não auferia renda e não possui meios próprios de sobrevivência, haveria, em princípio, de obter o prévio consentimento do companheiro e dos filhos, sob cuja dependência vivia, o que, todavia, não foi demonstrado.

Por outro lado, a Defesa deixou de arrolar como testemunha o advogado que, em tese, teria prestado orientações jurídicas a respeito do caso e que, portanto, poderia esclarecer o Juízo sobre as intenções estritamente humanitárias que, em princípio, inspirariam a conduta da apelante.

Destarte, verifica-se que as alegações defensivas não infirmam a robustez das provas de acusação, motivo pelo qual há de se manter a condenação da apelante pela prática, em tese, do crime previsto no art. 173 c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Dosimetria.

Primeira fase: (pena-base: 01 circunstância judicial desfavorável).

Na primeira fase da dosimetria, em observância ao disposto no art. 59 do Código Penal foi reputada em desfavor da apelante a circunstância judicial relativa à culpabilidade, tendo em vista “envolvimento de nome de advogado e comparecimento à Promotoria de Justiça com acusações não comprovadas contra a instituição de acolhimento de idosos, revelam premeditação e dissimulação envolvendo terceiros e a instituição Ministério Público na tentativa de implementar e justificar sua conduta ilícita”.

Destarte, a pena-base foi fixada em 02 anos e 04 meses de reclusão e no pagamento de 14 dias-multa.

Segunda fase: (pena intermediária: ausência de agravantes e atenuantes).

Na segunda fase, inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes, de modo a se manter inalterada a pena intermediária em 02 anos e 04 meses de reclusão e no pagamento de 14 dias-multa.

Terceira fase: (pena definitiva: minorante referente à modalidade tentada).

Na terceira fase, não se verificam causas de aumento de pena.

Todavia, reconhece-se a minorante relativa à modalidade tentada da conduta, que incidiu, à razão de 1/2, pois, apesar de o crime não ter se aproximado da consumação, a conduta influenciou no comportamento

da vítima perante a instituição em que estava abrigada, agravando atitudes consistentes em fugas, indisciplina e agressividade.

Por conseguinte, concretizou-se a resposta penal em 01 ano e 02 meses de reclusão e no pagamento de 07 dias-multa.

Do regime de execução.

Em decorrência do quanto condenatório, fixa-se o regime aberto para início de cumprimento de pena.

Da substituição da pena privativa de liberdade.

Em razão do quanto condenatório, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, e em prestação pecuniária, correspondente a um salário mínimo.

Da suspensão condicional da pena.

Haja vista a substituição da pena corporal, incabível a suspensão condicional da pena, a teor do art. 77, *caput*, do Código Penal.

Dispositivo.

Em razão do exposto, nego provimento ao recurso, a fim de confirmar, integralmente, a r. sentença que aplicou a E.A.N., pena de 01 ano e 02 meses de reclusão, a ser cumprida em regime, inicialmente, aberto, e o pagamento de 07 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, com substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, e em prestação pecuniária, correspondente a um salário mínimo, pela prática, em tese, do crime previsto no art. 173, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Custas na forma da lei.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL e PAULO CÉZAR DIAS.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.



Agravo em execução - Saídas temporárias - Condenado em regime semiaberto - Cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena - Necessidade - Compensação do período usufruído - Recurso ministerial parcialmente provido

- O condenado que inicia o cumprimento de sua pena no regime semiaberto deve conquistar a obtenção do direito a saídas temporárias com o preenchimento de requisito objetivo, consistente no cumprimento de 1/6 (um sexto) de sua pena, se primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente, bem como do requisito subjetivo, demonstrando aptidão e merecimento da confiança. Destarte, considerando que, no presente caso, não restou preenchido o requisito objetivo necessário à obtenção da benesse, de rigor a sua revogação.

- Inviável a compensação do período usufruído indevidamente por ausência de previsão legal.

V.v.: - O requisito temporal necessário à concessão do direito às saídas temporárias mostra-se inócuo, quando levado em consideração que a progressão para condenados primários sentenciados em regime semiaberto vale-se da mesma fração daquele benefício.

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0035.18.000399-4/001 - Comarca de Araguari - Agravante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Agravado: I.M.C. - Relator: DES. EDUARDO MACHADO**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, por maioria, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, NOS TERMOS DO VOTO PROFERIDO PELO EMINENTE DESEMBARGADOR RELATOR.

### Voto

DES. EDUARDO MACHADO - Trata-se de agravo em execução penal interposto em face da r. decisão de f. 17, que deferiu ao reeducando o benefício de saídas temporárias.

Em suas razões recursais, em f. 22/24v, busca o Ministério Público a reforma da decisão que deferiu ao agravado o direito às saídas temporárias, acrescentando à reprimenda os dias que usufruiu indevidamente, argumentando, em síntese, que o agravado não preencheu o requisito objetivo, consistente no cumprimento de 1/6 (um sexto) de sua pena.

Contrarrazões em f. 30/33v, pugnando pelo não provimento do recurso.

Juízo de retratação, em f. 35v, mantendo a decisão recorrida.

Manifesta-se a d. Procuradoria Geral de Justiça, em f.44/48, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso ministerial.

É, no essencial, o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

Conforme visto, busca o il. *Parquet* a reforma da r. decisão que deferiu ao agravado o benefício de saídas temporárias, sob o argumento de que não restou preenchido o requisito objetivo.

Razão lhe assiste neste particular.

Importante registrar, por oportuno, que, muito embora seja desnecessário o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para a concessão do trabalho externo ao condenado que inicia o cumprimento de sua pena no regime semiaberto, o mesmo não prospera em relação às saídas temporárias, sendo inviável, dessa forma, a sua concessão em tempo inferior a esse patamar.

O deferimento do direito a saídas temporárias depende da análise de vários requisitos, fazendo-se necessário, nesse contexto, que tenha cumprido pelo menos 1/6 (um sexto) de sua pena, se primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente, para que o condenado possa pleitear o benefício.

Em razão de o reeducando poder sair e permanecer fora por até sete dias, entendo que ele deve conquistar a obtenção desse direito com o preenchimento do requisito objetivo, consistente no cumprimento de 1/6 (um sexto) ou 1/4 (um quarto) de sua pena, e subjetivo, demonstrando aptidão e merecimento da confiança.

A propósito, preceitua o art. 123 da Lei de Execuções Penais, *in verbis*:

Art. 123. A autorização (de saída temporária) será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Nesse mesmo sentido, manifesta-se a reiterada jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça:

Agravo em execução. Regime semiaberto. Saída temporária. Cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena. Necessidade. Inteligência do art. 123, da LEP. Agravo desprovido. - O requisito objetivo consubstancia-se na necessidade de cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, circunstância esta que não se verifica no caso dos autos. - O argumento de que a benesse da saída temporária é inerente ao regime semiaberto não merece prosperar, uma vez que o dispositivo que disciplina tal modalidade de cumprimento de pena, qual seja o art. 35, do CP, não menciona a incidência automática de tal benefício. - Recurso desprovido (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0027.15.016961-6/001, Relator Des. Doorgal Andrada, 4ª Câmara Criminal, j. em 25/11/2015, p. em 1º/12/2015).

Agravo em execução penal. Saídas temporárias. Impossibilidade. Não preenchimento dos requisitos. - A teor do art. 123 da LEP, para que o reeducando faça jus às saídas temporárias, deve preencher cumulativamente os requisitos objetivo e subjetivo. - O requisito objetivo deve ser observado independentemente do regime inicial e computado a partir do momento em que se inicia a execução. - Mesmo para aqueles condenados em regime inicial semiaberto, é necessário o cumprimento do requisito temporal previsto



no art. 123, II, da LEP. - A par da ausência de falta grave, o relatório elaborado pela Comissão Técnica de Classificação é suficiente para demonstrar a ausência de preenchimento do requisito subjetivo (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0620.09.031535-4/001, Relator Des. Octavio Augusto De Nigris Bocalini, 3ª Câmara Criminal, j. em 16/6/2015, p. em 26/6/2015).

Agravo em execução penal. Saídas temporárias. Regime semiaberto. Requisito temporal. Necessidade de cumprimento de 1/6 da pena se primário e 1/4 da pena se reincidente. Dar provimento ao recurso. - Nos termos do art. 123, inciso II, da LEP, o reeducando somente fará jus ao benefício das saídas temporárias depois de ter cumprido 1/6 da pena se primário ou 1/4 da pena se reincidente (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0231.14.030025-3/001, Relator Des. Amauri Pinto Ferreira (Juiz de Direito convocado), 4ª Câmara Criminal, j. em 3/6/2015, p. em 10/6/2015).

Agravo em execução penal. Regime semiaberto. Saídas temporárias. Benefício deferido pelo juízo da execução. Exigência do cumprimento de 1/6 da pena. Requisito objetivo não atendido. Decisão cassada. - A autorização para saídas temporárias do apenado que cumpre pena privativa de liberdade em regime inicialmente semiaberto dependerá do cumprimento mínimo de 1/6 da pena, período necessário à análise dos critérios subjetivos necessários à concessão do benefício” (TJMG - Agravo em Execução Penal nº 1.0024.14.021949-4/001, Relator Des. Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, j. em 7/5/2015, p. em 15/5/2015).

Registre-se que, embora o lapso temporal de 1/6 (um sexto) coincida com o lapso temporal necessário para a progressão de regime, não quer dizer necessariamente que o regime do reeducando será progredido, devendo ser analisados, ainda, os demais requisitos elencados no art. 123 da LEP.

Por fim, como bem destacado pela d. Procuradoria-Geral de Justiça, não há que se falar em acréscimo dos dias que usufruiu indevidamente das saídas temporárias à reprimenda final, ante a ausência de previsão legal, sendo, portanto, inviável a postulada compensação (f. 47-TJ).

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso ministerial apenas para reconhecer a necessidade de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para a obtenção de saídas temporárias, revogando, via de consequência, o benefício deferido em primeira instância.

É como voto.

Custas na forma da lei.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - De acordo com o Relator.

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Peço vênias ao Eminentíssimo Des. Relator para dele divergir.

O requisito temporal de 1/6 (um sexto) para seu gozo coincide exatamente com o lapso temporal necessário para a progressão de regime (desde que satisfeitos os requisitos de ordem subjetiva necessários para tanto), tornando sem efeito o objetivo pretendido pelo referido benefício.

Nesse sentido, colaciono trecho de julgado emanado deste egrégio Tribunal:

Condenado à pena de 07 (sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do delito capitulado no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, D.C.S. iniciou o cumprimento de sua pena, vindo a postular o benefício de saídas temporárias. O pedido foi indeferido pelo MM. Juiz monocrático, sob o argumento exclusivo de que é exigível o prévio cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena em regime semiaberto.

Neste tópico, já manifestei, em outras oportunidades, entendimento no sentido de que não é exigível o cumprimento do requisito objetivo para a concessão do benefício de saídas temporárias quando o sentenciado inicia o cumprimento da pena no regime semiaberto.

Isto porque, com o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena neste regime, o sentenciado poderá obter a progressão de regime para o aberto, obviamente desde que também satisfeitos os requisitos subjetivos. Sendo assim, seria absolutamente inócua a previsão da concessão das saídas temporárias aos que iniciam o cumprimento da sanção neste regime.

Não se pode olvidar da importância das saídas temporárias para a recuperação do condenado. No dizer de Mirabete, 'a autorização para a visita à família justifica-se porque o preso deve manter um contato ético-afetivo com os familiares no sentido de aprimoramento de seu sentido de responsabilidade no convívio social' (*Execução Penal*, 10. ed., p. 426).

Peço vênia para transcrever parte do judicioso voto do Des. Gudesteu Biber, no julgamento do Recurso de Agravo nº 1.0000.05.425554-2/001, julgado em 6/12/2005:

‘É preciso que o julgador esteja atento para o imenso descompasso existente neste país entre a norma e a realidade. Como disse com propriedade o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, “[...] o sistema penitenciário, no campo da experiência, é certo, não traduz com fidelidade a expressão normativa. Não só no Brasil. Também em outros países. A lei encerra dois propósitos: a) - programático; b) - pragmático. O primeiro encerra princípios que buscam realização. O segundo disciplina as relações jurídicas no âmbito fático. A LEP programou o estilo de execução. O país, entretanto, ainda não conseguiu esse *desideratum*. Há descompasso entre o “dever ser” e o “ser”. As razões do desencontro (acontece também com as outras leis) afastam a ilegalidade de modo a determinar a soltura dos internos dos presídios” (STJ - RHC 2.913-PR, DJU de 28/2/1994, p. 2.916). Não é dever do magistrado cumprir cegamente as leis, como se ele fosse um *robot*, desprovido de senso crítico e senso de Justiça. A lei é mero instrumento, através do qual o homem busca em desespero o ideal de Justiça. Se a lei não encerra um trilho a caminho da Justiça (seja por incompetência do Estado, seja por falha humana), melhor não aplicá-la do que, aplicando, cometer injustiça. As cadeias deste país são verdadeiras masmorras medievais. Sempre que possível deve-se retirar o criminoso eventual e esporádico do convívio deletério dos maus e empedernidos, se não por dever, pelo menos por caridade cristã.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para afastar o óbice da necessidade de cumprimento do requisito temporal e determinar que o juiz da execução analise a plausibilidade da concessão do benefício das saídas temporárias somente sob a ótica do preenchimento ou não dos requisitos subjetivos’ (TJMG, Agravo em Execução nº 1.0000.09.501464-3/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Márcia Milanez, DJe de 17/11/2009).

Ainda nessa esteira:

*Habeas corpus*. Execução de pena. Trabalho externo e saídas temporárias. Possibilidade. Desnecessidade da exigibilidade do requisito temporal. Ordem concedida. 1 - O requisito temporal necessário à concessão do direito ao trabalho externo e às saídas temporárias mostra-se inócua, quando levado em consi-

deração que a progressão para condenados primários sentenciados em regime semi-aberto vale-se da mesma fração daquele benefício. 2. Quanto ao benefício do trabalho externo, deve ser avaliada, também, pela d. autoridade apontada como coatora a compatibilidade do referido trabalho com o cumprimento de pena aplicada ao paciente. 3. Ordem concedida (TJMG, *Habeas Corpus* nº 1.0000.10.0739762/001, Rel. Des. Marcílio Eustáquio Santos, *DJe* de 10/02/2011).

Assim, deve ser desprovido o recurso ministerial para manter a decisão agravada.

Sem custas, diante da inexistência de previsão legal para o recolhimento de custas em sede de Agravo em Execução (neste sentido: Agravo em Execução Penal nº 1.0183.06.117471-4/001, Relatora: Des. Denise Pinho da Costa Val, 6ª Câmara Criminal, julgamento em 20/08/2013, publicação da súmula em 28/8/2013).

*Súmula* - POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, NOS TERMOS DO VOTO PROFERIDO PELO EMINENTE DESEMBARGADOR RELATOR.

• • •

Apelação Criminal - Organização Criminosa - Nulidade da Interceptação Telefônica - Inexistência - Observância dos Requisitos Legais - Cerceamento de Defesa - Não Ocorrência - Interrogatório - Entrevista com o Advogado - Ausência de Nulidade - Absolvição - Suficiência Probatória - Requisitos Preenchidos - Impossibilidade - Decote da Causa de Aumento Referente à Conexão com outra Organização Criminosa - Necessidade

- Não há que se falar em nulidade da prova advinda da interceptação telefônica se esta obedeceu aos ditames legais.

- O Juiz pode indeferir as provas que considerar irrelevantes, valendo-se da discricionariedade presente no princípio do livre convencimento motivado.

- Não se verifica nulidade se os réus tiveram entrevista reservada com seus advogados antes de iniciar os interrogatórios.

- As interceptações telefônicas, ratificadas em juízo pela prova oral, aliadas à apreensão de armas, munições e drogas são provas suficientes para se manter o édito condenatório.

- Mantém-se a condenação dos réus pelo crime de organização criminosa quando demonstrado que os cinco estavam estruturalmente organizados, com divisão de tarefas, com objetivo de praticar crimes com penas máximas superiores a quatro anos.

- Não demonstrado nos autos que a organização criminosa integrada pelos réus mantinha conexão com outra organização criminosa independente, impõe-se o decote da causa de aumento.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0396.17.000565-8/001 - COMARCA DE MANTENA - 1º apelante: J.M. - 2º Apelante: L.F.P. - 3º Apelante: W.S.S., P.H.S.P.O., M.B.G. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Corréu: L.A. - Relatora: Des.<sup>a</sup> 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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 18 de setembro de 2018. - *Denise Pinho da Costa Val* - Relatora.

### Notas taquigráficas

DES.<sup>a</sup> DENISE PINHO DA COSTA VAL - Trata-se de apelações criminais interpostas por J.M., L.F.P., P.H.S.P.O., W.S.S. e M.B.G. contra a sentença de f. 455/469, que julgou parcialmente procedente a denúncia

e condenou o réu L.F.P. nas sanções do art. 2º, *caput*, c/c art. 2º, §§ 2º, 3º e 4º, I e IV, todos da Lei 12.850/2013, e os réus J.M., W.S.S., M.B.G. e P.H.S.P.O. nas sanções do art. 2º, *caput*, c/c art. 2º, §§ 2º e 4º, I e IV, todos da Lei 12.850/2013.

A sentença absolveu o réu L.A. das imputações que lhe foram feitas na denúncia, com fundamento no art. 386, V, do CPP.

Narra a denúncia que, *in verbis*:

Entre os meses de outubro/2016 e janeiro/2017, em horários indeterminados, neste Município de Mantena/MG, L.F.P., J.M., W.S.S., M.B.G., PHSP0 e L.A. promoveram/constituíram/integraram, pessoalmente, organização criminosa liderada pelo primeiro denunciado; bem como, o segundo, terceiro, quarto, quinto e sexto denunciados se associaram com o primeiro denunciado para o fim de praticar crimes de tráfico de drogas.

Conforme se depreende das informações obtidas através do PIC em referência, apurou-se que o Bairro Santos Prates II, nesta cidade de Mantena/MG, apresenta relevante associação criminosa empenhada na prática, dentre outros delitos, de tráfico de drogas e crimes afins, a qual é liderada por L. - “C”, conhecido como o “patrão” do grupo. Contudo, embora a organização esteja estabelecida no citado bairro (local da residência de L.), demonstrou-se, também, que o tráfico de drogas é fomentado em toda a região, estendendo-se para outras cidades, bem como para outro Estado da Federação (a exemplo do Município de Barra de São Francisco), localizado no Estado do Espírito Santo.

A organização, chefiada por L. conta com o apoio e a participação ativa de J., pessoa com quem L. se relaciona afetivamente, sendo que J. não somente tem conhecimento e colabora com as transações ilegais do companheiro, como também realiza o tráfico de entorpecentes, além de deixar o seu telefone celular à disposição do consorte para realizar negociações.

A respeito de W., ele é um dos integrantes do grupo chefiado por L., e colabora ativamente na venda/entrega/transporte de entorpecentes, além de estar na posse de arma de fogo e também comercializá-las. O denunciado em tela ainda atua no comércio ilegal de venda de carros, uma vez que, conforme documentos que seguem em anexo, vê-se que ele negocia o repasse de um automóvel ao cidadão denominado “C.V.” pelo simplório valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), o que sugere a procedência ilícita do bem, porquanto há menção ao nome de veículos de luxo, a exemplo do “Corolla”, que possui valor de mercado altamente superior à quantia citada.

Importa esclarecer que no último dia 9 de janeiro de 2017, W. foi preso em flagrante delito por trazer consigo/transportar cerca de 1/2 kg (meio quilo) de cocaína, droga esta adquirida em unidade de designs com L., através da conexão com outra organização criminosa independente, esta última localizada no Bairro Pires de Albuquerque e chefiada por E.M. - “E”.

Nos anexos fotográficos, extraídos dos autos 0003976-61.2017.8.13.0396, é possível visualizar W., portando arma de fogo, ao lado do adolescente L.F.A.

É imperioso destacar que, não obstante autônomas, há conectividade entre a organização criminosa liderada por L. (S.P. II) e a organização criminosa chefiada por E.M. (Pires de Albuquerque), ambas localizadas neste Município de Mantena/MG.

De acordo com as informações obtidas, L. mantém contato com E. sobre a mercancia ilícita de drogas, de modo que o primeiro tem adquirido drogas junto ao segundo.

Cabe, aqui, salientar que tanto L. quanto E. não possuem atividade lícita, portanto, conduzem, dentre outros delitos, o tráfico de entorpecentes como seu meio de vida.

Sobre M., as notícias dão conta de que ele também comercializa drogas para L., além de ser o responsável por fazer a segurança do “chefe” (L.), tendo em vista que residem bem próximos um do outro e também pelo fato de M. dispor de arma de fogo para exercer a função.

A propósito, o próprio denunciado em questão se intitula como “gerente” da boca de fumo e diz que manda em tudo. Destarte, M. claramente realiza transações com armas de fogo e ainda liga os fatos a L., como se extrai do documento que segue em anexo, em que M. faz a transação de uma arma de fogo .44, a qual está guardada na casa de L., mas M. se dispõe a pegá-la para repassar à pessoa de “M.M.”.

Pela narração acima, bem como por informações colhidas no PIC em referência, resta claro que a organização comandada por L. também guarda e negocia armas de fogo, ficando demonstrado que o grupo oculta armamentos e munições.

Ainda a respeito de M., há relatos formalizados de pessoas usuárias de drogas esclarecendo que adquiriram entorpecentes das mãos de M. e de P.H. (termos em anexo), ambos integrantes da organização criminosa chefiada por L.

P.H., por sua vez, apesar de possuir apenas 18 anos, mostra-se ativo na comercialização de drogas ilícitas e armas de fogo, a exemplo do que foi exposto no parágrafo anterior. Constatam-se ainda anexos fotográficos, bem como mídia em DVD, nos quais P.H. ensina a uma criança como pegar em uma arma de fogo, bem como demonstra o jeito de atirar, além de incentivar o infante a efetuar disparos “à seca”. Em seguida, P.H. entrega um canivete à mesma criança e a estimula a aprender como “furar” uma pessoa (documentos em anexo).

A respeito de L.A., restou claro que ele também trabalha para L. - “C”, no tocante à venda de drogas ilícitas, inclusive, no dia 21 de dezembro de 2016, quando L. foi preso em flagrante delito (crimes de tráfico de drogas; posse/porte ilegal de armas de fogo e munições), L. imediatamente tomou conhecimento da prisão de L., como se vê pelas gravações dos áudios do PIC acima citado.

De fato, a organização criminosa comandada por L. - “C” goza de habitualidade e permanência, haja vista as inúmeras transações ilegais realizadas pelo grupo, de modo que já não pode ser vista como algo eventual, mas permanente, sendo seus integrantes verdadeiros profissionais do crime, com divisão de tarefas, ainda que de maneira informal.

Exemplificando a caracterização da organização criminosa, podem ser citados alguns episódios ocorridos durante as investigações, todos objeto de ações penais autônomas:

\* No dia 21 de dezembro de 2016, L., W., L., M. e P.H., previamente ajustados e com unidade de desígnios, e, acompanhados de adolescente (17 anos de idade), guardaram drogas ilícitas, bem como possuíam armas de fogo e munições, algumas de uso restrito, consoante consta do PIC em referência, dos autos 0003976-61.2016.8.13.0396, sendo alvo de ação penal nos mencionados autos;

\* No dia 2 de janeiro de 2017, E. vendeu droga ilícita diretamente para L. - “C”, o qual pagou pela droga a quantia aproximada de R\$3.000,00 (três mil reais), consoante consta do PIC em referência e também de ação penal em separado;

\* Em data próxima a 6 de janeiro de 2017, neste Município de Mantena/MG, o primeiro denunciado entregou à segunda denunciada, que adquiriu e manteve sob sua guarda, porção de droga, pesando aproximadamente 30g (trinta gramas), para que ela levasse o entorpecente para a cidade de Barra de São Francisco/ES.

\* No dia 9 de janeiro de 2017, W., que é um dos integrantes do grupo criminoso (funcionário de L.), foi preso em flagrante delito por trazer consigo/transportar cerca de 1/2 kg (meio quilo) de cocaína, droga

esta adquirida diretamente do traficante E., juntamente com L. - “C”, tanto é que W. foi abordado nas proximidades do Bairro Pires de Albuquerque (região dominada por E.), consoante consta do PIC em referência e também de ação penal em separado.

Ora, as ocasiões acima narradas são apenas uma pequena amostra da atuação do grupo, sendo certo que várias outras transações ilegais, envolvendo o comércio ilícito de entorpecentes, bem como porte/posse ilegal de arma de fogo, havendo ainda a probabilidade de transações ilegais com automóveis, que seriam objeto de furto/roubo.

Vale ainda destacar que no PIC em referência verifica-se a finalidade no cometimento de homicídios de pessoas que possam ser desafetos ou mesmo concorrentes com a organização criminosa. Dos diálogos degravados, bem como de documentos, verifica-se que a organização criminosa comandada por L. estava em conflito com a pessoa de J.A.O. e seus comparsas, fato inclusive que culminou com a prisão dos integrantes M. e P.H., conforme REDS 2016-027158575-001.

Assim, todos os denunciados associaram-se de maneira estruturalmente ordenada e com divisão de tarefas, com o objetivo de obter, diretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática dos crimes de tráfico de drogas; posse/porte ilegal de armas de fogo; homicídios e também possivelmente furto/roubo de veículos automotores.

Por fim, cabe registrar que as condutas de L. - “C”, nos termos da Lei nº 12.850/13, está agravada pelo exercício do comando individual da organização criminosa, bem como, juntamente com os demais denunciados, estão enquadradas nas causas de aumento de pena por emprego de arma de fogo, participação de adolescente e conexão com outra organização criminosa independente, que, neste último caso, é a conexão da organização chefiada por L. (Santos Prates II) com a chefiada por E. (Pires de Albuquerque).

O Ministério Público deixa de formular pedido de reparação pelos danos mínimos causados, nos termos do art. 387, IV, do CPP, pois inaplicável à espécie.

Pelo exposto, L.F.P. está incurso nas penas do art. 2º, *caput*, c/c art. 2º, § 2º, § 3º e § 4º, I e IV, todos da Lei nº 12.850/2013, e J.M., W.S.S., M.B.G., PHSP0 e L.A. estão incurso nas penas do art. 2º, *caput*, c/c art. 2º, §§ 2º e 4º, I e IV, todos da Lei nº 12.850/13.

A denúncia foi recebida em 6/2/2017, às f. 159/161, a sentença publicada no dia 9/10/2017 (f. 478), e os réus dela intimados pessoalmente às f. 486 (L.), 487 (J.), 488 (W.), 489 (M.) e 490 (P.H.), oportunidade em que manifestaram o interesse em recorrer.

Nas razões de f. 493/508, os réus W., M. e P.H. suscitam preliminar de nulidade do processo, em razão da inexistência de indícios razoáveis de autoria e participação dos apelantes em infração penal para fundamentar a autorização das interceptações telefônicas.

Arguem os réus, ainda, a nulidade do processo por cerceamento de defesa, em face do indeferimento de diligência requerida em favor do réu W., e de irregularidade no interrogatório, diante da ausência de conversa individual da defesa com cada réu.

No mérito, pugnam os réus W., M. e P.H. por suas absolvições ou, subsidiariamente, pela desclassificação do crime do art. 2º, c/c art. 2º, §§ 2º e 4º, I e IV, ambos da Lei 12.850/2013 para o do art. 288 do CP.



Por fim, pedem os réus a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A ré J., nas razões de f. 514/519, pugna por sua absolvição, ao fundamento de que não agiu com o dolo de fazer parte de organização criminosa ao emprestar seu telefone celular para o corréu L., com quem tinha um envolvimento amoroso.

O réu L., nas razões de f. 538/550, requer a sua absolvição por não ter restado demonstrado nos autos os elementos constitutivos do tipo penal, quais sejam, estruturação ordenada e divisão de tarefas entre os corréus. Pugna, alternativamente, pelo decote das causas de aumento de penas previstas no art. 2º, §§ 2º e 4º, I e IV, da Lei 12.850/2013.

Contrarrazões do Ministério Público às f. 520/529v e 553/556v, pugnando pelo desprovimento dos recursos.

Com vista dos autos, a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da em. Procuradora Dra. Valéria Felipe Neves Silva, opinou pelo não provimento dos recursos defensivos (f. 558/568).

É o breve relatório.

Conheço dos recursos, porquanto presentes os pressupostos e as condições de sua admissibilidade.

Preliminares.

1. Falta de investigação de campo e ilegalidade das interceptações telefônicas.

Alega a defesa dos réus W., M. e P.H. que não houve trabalho de campo pelos policiais, nem tampouco nenhum lastro probatório mínimo que pudesse consubstanciar o início das interceptações telefônicas, de forma que esta prova é nula.

Sem razão da Defesa.

Verifica-se dos documentos de f. 03/07, 17/21, 25/27 e 53/64 que os policiais militares tinham informações sobre a prática de crimes envolvendo os réus e realizaram trabalho de campo a fim de apurar tais denúncias, gerando, inclusive, o Boletim de Ocorrência de f. 60v.

Os policiais L. e B. afirmaram, em seus depoimentos prestados em juízo, que fizeram monitoramento dos réus sem, entretanto, lograr êxito em flagrá-los com algo ilícito, o que levou ao requerimento de interceptação telefônica (mídia audiovisual à f. 400).

Extrai-se dos pedidos de interceptação telefônica feitos pelo Ministério Público e das decisões da magistrada *a quo* deferindo-as, que os pedidos e os deferimentos das interceptações foram devidamente fundamentados na necessidade da medida e na inexistência de outros meios de prova para a completa elucidação dos fatos, o que afasta a tese de ilegalidade da referida prova.

2. Cerceamento de defesa.

O W. alega, ainda, que foi cerceado o seu direito de defesa, quando do indeferimento do pedido de expedição de ofício às empresas de ônibus Viações Águia Branca e Gontijo, a fim de demonstrar que estava residindo em Vitória/ES no período narrado na peça exordial.

Melhor sorte não socorre o apelante.

Conforme bem decidido pelo ilustre Juiz *a quo*, “para comprovar tal alegação poderia a parte se valer de prova testemunhal, sendo certo que eventuais viagens para Vitória-ES não demonstrariam que o acusado W. se encontrava naquela cidade, uma vez que poderia ter se deslocado de volta para Mantena-MG por outros meios de transporte, coletivos ou particulares. Ademais, a participação em organização criminosa não presuppõe que estejam os membros na mesma base territorial, ou seja, mesmo município” (f. 399).

É certo que o Juiz pode indeferir as provas que considerar irrelevantes, valendo-se da discricionariedade presente no princípio do livre convencimento motivado.

Afasto, assim, a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa, pois desnecessária e protelatória a prova requerida.

### 3. Irregularidade no interrogatório.

Alegam os réus W., M. e P.H. que houve nulidade no processo ao não ser deferido a eles o direito de conversar com seu defensor antes de cada um dos interrogatórios separadamente, e não antes do início dos interrogatórios, de um modo geral.

Mais uma vez sem razão a Defesa.

A finalidade da lei ao conferir ao réu o direito de conversar reservadamente com o seu advogado antes do interrogatório é orientá-lo quanto ao procedimento do interrogatório, “como se comportar, qual o papel dos presentes, quais as suas alternativas etc. (TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, p. 404).

No caso em tela, foi conferido aos réus o direito de conversarem reservadamente com os seus advogados antes do início dos interrogatórios, de forma que não há que se falar em nulidade.

Ademais, como se vê dos autos, os réus L. e J. se reservaram o direito de permanecer em silêncio quando de seus interrogatórios, e os demais apelantes responderam apenas às perguntas de seu advogado, de modo que nenhum prejuízo houve a eles quanto ao indeferimento do pedido da Defesa.

Afasto, assim, a preliminar de cerceamento de defesa.

Não foram suscitadas outras preliminares e não verifico qualquer nulidade que possa ser decretada de ofício.

Mérito.

- Absolvição ou desclassificação para o crime do art. 288 do Código Penal.

Inicialmente, cumpre registrar que, para a caracterização do delito de organização criminosa, necessária se faz a presença de certos requisitos, quais sejam a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada, significando alguma forma de hierarquia (superiores e subordinados), e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (§ 1º do art. 1º da Lei 12.850/2013).

Ao passo que, para a configuração do crime de associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal (alterado pela Lei 12.850/2013, art. 24) exige-se o mínimo de 3 (três) pessoas associadas para cometer crimes.

Da análise dos autos, verifico que a materialidade do delito de organização criminosa encontra-se devidamente comprovada pelos documentos juntados pelo Ministério Público às f. 03/154 e 238/294, bem como pela prova oral colhida, de onde se extrai a presença dos requisitos necessários para a sua configuração.

Relativamente à autoria do crime de organização criminosa, consta dos autos que, em razão de informações obtidas de cidadãos e de interceptação telefônica dos aparelhos celulares dos réus L., J. e W., os policiais militares concluíram trabalho no sentido de que os apelantes integravam organização criminosa chefiada pelo réu L..

Os réus L. e J., ao serem ouvidos em juízo, fizeram uso de seu direito constitucional de se manterem silentes durante seus interrogatórios (mídia audiovisual à f. 400).

O réu M., por sua vez, respondeu apenas às perguntas formuladas por seu advogado, dizendo que não conhece a casa que supostamente seria do réu L.; que está preso desde 16/12/2016; que não mantinha contato com L.; que conhece L. apenas de vista; que não faz parte de nenhuma organização criminosa (mídia audiovisual à f. 400).

O réu P.H. também respondeu apenas às perguntas formuladas por seu advogado, afirmando que não faz parte de nenhuma organização criminosa; que nunca vendeu droga; que não conhece a casa mencionada no depoimento do policial militar e nem sabe onde ela fica; que não mantinha contato com L.; que conhece L. apenas de vista; que é inocente da acusação que lhe é feita (mídia audiovisual à f. 400).

De igual forma, o réu W. também respondeu apenas às perguntas formuladas por seu advogado, asseverando que não faz parte de nenhuma organização criminosa; que já foi preso por tráfico de drogas, mas que, além desse fato, nunca traficou droga; que não mantinha contato com L.; que só o cumprimentava; que de outubro de 2016 até a data em que foi preso residia a maior parte do tempo em Vitória (mídia audiovisual à f. 400).

O réu L. afirmou que estava em uma casa com um menor, para fumar maconha, quando os policiais militares chegaram e apreenderam as drogas e armas (mídia audiovisual à f. 400).

Em contrapartida, extrai-se do B.O. de f. 03/07 que, em razão de denúncia anônima, os policiais militares se dirigiram até a residência no Bairro Santos Prates II, no município de Mantena, ocasião em que prenderam o réu L. e apreenderam o menor, além de apreenderem armas de fogo, munições, pedras de crack, documentos pessoais do réu W. e de um indivíduo de nome C., toucas ninja e uma balança de precisão.

Na oportunidade, os policiais tiveram a informação, de terceiros, de que a casa pertencia ao traficante L., conhecido por “CI”, e que o réu W. evadiu da residência no momento em que lá os policiais chegaram.

Com relação a esse fato isolado, os réus L.F.P. e W.SO.S. foram condenados nas sanções dos artigos 33, *caput*, c/c 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, e art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal (Ap. Crim. nº 1.0396.17.000397-6/001).

No citado acórdão, cujo trânsito em julgado ocorreu no dia 10/4/2018, restou consignado ser o réu L.F.P. “o líder do bando criminoso, responsável por gerenciar toda a comercialização de drogas e armas de fogo e até mesmo os homicídios a serem cometidos, especialmente contra gangues rivais”. E que “a casa em que foram arrecadados os objetos ilícitos era bem próxima à moradia de L.F.P., o que assegurava sua vigilância sobre os

entorpecentes e armas de fogo, bem como sua segurança, que era exercida pelos demais integrantes do grupo”. ([http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado.jsp?tipoPesquisa=1&txtProcesso=0396170003976](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?tipoPesquisa=1&txtProcesso=0396170003976)).

Nas interceptações telefônicas de f. 75 consta conversa do acusado L. (alvo) a respeito das apreensões das armas, munições e drogas, comentando, inclusive, que W. correu do local dos fatos sem as mercadorias (droga e arma):

- item 4.2.5. página 75 - Data: 21/12/2016. 17:49:57. áudio 32683544.wav - HOMEM liga para ALVO e diz que o oitão (arma) rodou também, e que além da arma rodou também a 44,22 e um oitão (arma) munições e cinco pedras de crack, ALVO questiona se o HOMEM responsável pela droga não correu com as mercadorias (droga e arma) HOMEM diz que não. HOMEM disse que comprou mais um daquele (arma), e que prendeu o L. e o menor.
- item 4.2.6, página 75 - Data: 21/12/2016, 19:12:18, áudio 32684970.wav - “Homem avisa que ‘os homi (Polícia) está na casa e pede para alvo fica quieto onde está.
- item 4.2.7, página 75 - Data: 22/12/2016, 09:46:38, áudio 32691478.wav - “Comentam sobre a apreensão de armas e drogas do grupo. Alvo diz que presos ‘seguraram tudo, (assumiram a propriedade). Alvo diz que foi vacilo deles que não entocaram.

Por meio das interceptações das comunicações do telefone de J., vê-se que ela participava ativamente do comércio de substância entorpecente, além de emprestar seu celular para o réu L. comandar o tráfico de drogas e o comércio de armas de fogo, o que afasta a tese da Defesa de que ela não agira com o dolo de integrar a organização criminosa (f. 72/78 e 100/107).

O B.O. de f. 17/21, por sua vez, refere-se ao envolvimento de M. e P.H. com a prática do crime de tentativa de homicídio.

A testemunha C. contou, na fase inquisitiva, que adquiriu droga na residência dos réus P.H. e M. (f. 33).

Um informante, que não quis se identificar, afirmou que adquiriu substância entorpecente de M., momento em que ele exibia uma arma de fogo ameaçando maus pagadores. Acrescentou, ainda, que L. comandaria o tráfico de drogas no Bairro Santos Prates II e fornecia as drogas para M. (f. 30/31).

A comunicação de serviço de f. 36/38 dá conta de que, ao examinar um celular apreendido com o réu M., constatou-se o envolvimento dele com o tráfico de drogas, bem como o comércio de arma de fogo, com a participação de L. (CI).

O B.O. de f. 26/26v, datado de 9/1/2017, noticia a apreensão de 505 gramas de crack com o acusado W., ocasião em que ele pilotava uma motocicleta, a qual era vista constantemente com o acusado L., pelos policiais.

Na interceptação telefônica de f. 109/110, o réu L. comenta, no dia 10/1/2017, sobre tal episódio com outro traficante de nome E., que lhe forneceu os 505 gramas de crack.

Vejamos as transcrições das conversas referentes à combinação de L. e E. da entrega da droga a W. (a serviço de L.), bem como a respeito da apreensão dela pela polícia:

item 4.2.12 - Data: 09.01.2017, 19:39:12, pág. 109, áudio 32853506.wav - “L. pede para E. não se esquecer dele (não esquecer de separar a droga). E. diz que não esquece e para L. ficar de boa que “na hora que pá, dá idéia” (quando estiver em condições ele avisa). Tem que esperar ficar de noite”.

item 4.2.13 - Data: 09.01.2017, 20:33:32, pág. 109, áudio 32853770.wav - W. pergunta: “E aí meu peixe, tá certo”. L. diz: “Tá uai, tá certo”. É isso mesmo. W. diz: “Tô indo lá então». L. “Falou, ele tá descendo já”.

item 4.2.14 - Data: 09.01.2017, 20:34:14, pág. 109, áudio 32853774.wav - “L. avisa E. que o menino já foi e pode mandar descer a droga”;

item 4.2.15 - Data: 09.01.2017, 21:00:41, pág. 109, áudio 32853902.wav - “L. liga para E. para confirmar se o menino já pegou a droga”;

item 4.2.16 - Data: 09.01.2017, 21:17:25, pág. 109, áudio 32853972.wav - “Homem pergunta para L. se está tudo certo (se a droga já chegou). L. diz que não viu o menino ainda não (menino que foi buscar a droga). L. diz que acha que o menino passou direto. Diz que vai lá embaixo procurar o menino”;

item 4.2.17 - Data: 09.01.2017, 21:32:05, pág. 109, áudio 32854022.wav - “L. diz para HOMEM que não localizou o menino, HOMEM diz que a motocicleta deve ter acabado a gasolina e que vai fazer o trajeto. L. diz que o menino não tem telefone. HOMEM diz para L. ir de carro a procura dele”.

item 4.2.18 - Data: 09.01.2017, 21:34:02, pág. 110, áudio 32854030.wav - “E. pergunta para L. se deu certo. L. liga para E. e pergunta se o funcionário dele chegou em cima no morro. E. diz que chegou a muito tempo. L. diz que o cara (menino que foi buscar a DROGA) sumiu e que está a procura dele. E. pergunta ao funcionário como era o menino pra quem ele entregou a DROGA. Funcionário diz que era um menino baixinho e magrinho. L. confirma dizendo que é esse mesmo da moto branca. E. diz para L. procurar saber e informar ele”.

item 4.2.19 - Data: 10.01.2017, 15:08:13, pág. 110, áudio 32856993.wav - “E. e L. comentam sobre a apreensão das drogas ontem. L. diz: “Não entendi aquele trem não”. E. pergunta se L. viu a reportagem, se viu no *site*. L. responde que sim. E. pergunta se não foi alguém que derrubou eles (alcaguetou L.). L. diz que ele (rapaz preso com a droga - W.) não saiu de lá, saiu de outra “quebrada”. E. pergunta se ninguém sabia. L. diz que não, que o rapaz ficou perto de SANTA LUZIA na roça e foi de noite. E. pergunta se o rapaz não comentou com ninguém. L. diz que não. E. diz que alguém derrubou que ele ia lá. L. diz que tinha escrito mesmo (na reportagem). E. diz: “Porque não tem como não, o menino chegou e entregou ele lá e não deu nem tempo de nada não, foi muito rápido, só chegou a dispensou ele rápido aqui”. L. diz: “Esse lado aí é mandado demais, segunda vez já”. E. pergunta: “Mas tá tranquilo lá? O menino não deu ideia nenhuma furada não” (o rapaz não alcaguetou E.). E. pede para marcar para trocar uma ideia pessoalmente. L. pede para dar um tempo, não é bom nem E. ir lá não”.

A comunicação de serviço de f. 39/43, deixa claro o envolvimento de W. com o tráfico de drogas e que ele e M. são parceiros, integrando a mesma organização criminosa.

Nas fotografias de f. 48/50v, W. aparece ostentando arma de fogo.

Confirmando toda a prova produzida no Procedimento Investigatório Criminal, instaurado pelo Ministério Público atuante na Comarca de Mantena/MG, o Sargento da Polícia Militar B., ouvido em juízo (mídia audiovisual à f. 400), disse que:

conhece os acusados e sabe que eles integravam organização criminosa a fim de praticar crimes de tráfico de drogas, posse e porte ilegal de arma de fogo e tentativa de homicídio; que foram apreendidos em uma casa onde ficavam L., M., P., W. e um menor de nome L., armas, munições, drogas e balança

de precisão; que os réus M. e P.H. já atentaram com a vida dele, utilizando, para tanto, uma arma de fogo PT380; que o réu W. já foi preso levando aproximadamente meio quilo de crack do Bairro Pires de Albuquerque para o Bairro Santos Prates 2, para o réu L.; que essa droga foi adquirida do E., traficante do Bairro Pires de Albuquerque; que L. era o chefe da organização criminosa e que o M. e o W. eram os gerentes; que W. também fazia o transporte de drogas; que a acusada J. emprestava o celular dela para L. negociar drogas; que J. colaborava com o tráfico de drogas, inclusive transportando droga de um local para outro; que a organização era integrada também por menor e os integrantes utilizavam arma de fogo.

O Capitão da Polícia Militar L., sob o crivo do contraditório, contou que sempre via L., W., P. e M. na casa que L., chefe da organização criminosa, teria alugado para colocar o pessoal para trabalhar para ele. Contou, ainda, que o menor estava fazendo a vigilância da casa alugada por L.; que W. ficava responsável pelo transporte da substância entorpecente; que M. seria o gerente da organização criminosa e responsável pela defesa da organização com as armas de fogo, juntamente com o P., que era o executor e fazia o comércio do varejo; que J. emprestava o seu telefone celular para L. negociar droga e também transportava droga a mando de L.. Vejamos:

que tem conhecimento que os acusados integravam uma organização criminosa; que sempre via os acusados L., W., P. e M. na casa que L., chefe da organização criminosa, teria alugado para colocar o pessoal para trabalhar para ele; que a organização criminosa tinha o objetivo de praticar o tráfico de drogas, o porte ilegal de arma de fogo e munições e a prática de tentativa de homicídio; que já apreendeu na referida casa de L. drogas, armas, munições e documentos pessoais de W.; que os réus M. e P., que trabalhavam para L., tentaram contra a vida da vítima e do Sargento B.; que a referida casa era bem próxima da casa do CI (L.); que a polícia tinha informação de que na referida casa era comercializada droga, mas que ele nunca prendeu ninguém saindo de lá com droga; que já conseguiu flagrar um funcionário do L., o W., adquirindo droga (meio quilo de crack) de outra organização criminosa chefiada por E.; que o menor estava fazendo a vigilância da casa alugada por L.; que L. passava para W. o local onde deveria pegar a droga e W. ficava responsável pelo transporte da substância entorpecente; que a informação da inteligência era de que M. seria o gerente da organização criminosa e responsável pela defesa da organização com as armas de fogo, juntamente com o P., que era o executor e fazia o comércio do varejo; que J. emprestava o seu telefone celular para L. negociar droga e também transportava droga a mando do CI, no entanto, a polícia militar não conseguiu abordá-la; que os acusados não disseram que L. seria o chefe da organização criminosa; que terceiros, que ele não pode identificar por questões de segurança, disseram que a casa em que houve a apreensão das drogas e armas era de L., mas que os réus não fizeram essa afirmação; que no dia da apreensão na referida casa os réus M. e P. já estavam presos há pouco tempo; que não sabe se nas interceptações foram ouvidas conversas de M. e P. com L., pois a polícia militar apenas recebia a informação de que tal pessoa iria buscar droga em determinado local; que W. era visto constantemente em Mantena e, por isso, acha que ele morava em Mantena. (mídia audiovisual à f. 400).

Verifica-se, assim, que as provas dos autos não deixam dúvidas de que L. era o chefe da organização criminosa integrada pelos demais apelantes, ficando responsável por distribuir as tarefas dos integrantes, dentre elas o comércio de armas e drogas e a prática de crime de homicídio.

Dessa forma, comprovadas a materialidade, a autoria e a tipicidade do crime de organização criminosa em relação aos acusados, impõe-se a manutenção de suas condenações nas sanções do art. 2º da Lei 12.850/2013, não havendo que se falar em desclassificação para o crime do art. 288 do Código Penal.

- Ausência de comprovação de requisitos constitutivos do tipo penal.



Alega o réu L. que não restou demonstrada nos autos a existência de elementos constitutivos do tipo penal, em relação à estruturação ordenada e à divisão de tarefas dentro da organização criminosa.

Sem razão o apelante L..

Está suficientemente comprovado pelas transcrições das interceptações telefônicas e pelos depoimentos dos policiais militares que o réu L. era o chefe da organização criminosa, responsável por dar as diretrizes para os integrantes do grupo, sendo que os demais membros praticavam o tráfico de drogas, ora vendendo, ora transportando substâncias entorpecentes, destacando-se, ainda, a função de M. e P.H. de exercer a segurança dos ilícitos e executar inimigos.

- Não caracterização da causa de aumento de pena por emprego de arma.

Sustenta a Defesa do réu L. que, para a incidência da causa de aumento do § 2º do art. 2º da Lei 12.850/13 é imprescindível que haja a efetiva utilização e apreensão da arma de fogo em posse do acusado.

Da análise das provas dos autos, vê-se que a prova é farta no sentido de que a organização criminosa liderada pelo réu L. fazia uso de arma de fogo nas suas atividades.

O B.O. de f. 03/07 dá conta de que na casa utilizada por L. e seus comparsas foram apreendidos um revólver 38, uma carabina/rifle calibre 36, e uma garrucha fabricação artesanal, além de munições.

Os laudos de f. 11, 15 e 16 atestaram a eficiência e prestabilidade das referidas armas de fogo.

O B.O. de f. 17/21v informa que os réus M. e P.H., em atividade na prática de crime de homicídio tentado, utilizaram de pistola modelo PT 938, calibre 38. Na ocasião, foi apreendido um celular com eles, do qual se extraiu a imagem de uma criança segurando uma arma de fogo (f. 24/24v).

Os policiais L. e B. confirmaram, em juízo, os fatos descritos nos boletins de ocorrência acima citados (mídia audiovisual à f. 400).

Assim, impossível é o decote da causa de aumento do § 2º do art. 2º da Lei 12.850/2013.

- Decote da causa de aumento de pena de participação de criança ou adolescente.

Não merece prosperar, ainda, o pedido de decote da causa de aumento do inciso I do § 4º do art. 2º da Lei 12.850/2013.

Isso porque, pela análise dos autos, constata-se que, embora a certidão de nascimento do menor Lucas não tenha sido colacionada aos autos, a sua idade pode ser aferida por outros meios de provas.

Extrai-se do B.O. (REDS 2016-027527084-001), à f. 03v, que tem fé pública, o número do RG do menor e a sua data de nascimento.

Com efeito, mantenho a causa de aumento do inciso I do § 4º do art. 2º da Lei 12.850/2013.

- Decote da causa de aumento de conexão com outras organizações criminosas.

Melhor sorte socorre a Defesa quando pleiteia o decote da causa de aumento do inciso IV do § 4º do artigo 2º da Lei 12.850/2013.



É que, apesar de haver prova de que o réu L. manteve contato com o indivíduo de nome E., não ficou comprovado que este era integrante de outra organização criminosa.

Em consulta ao sítio deste eg. Tribunal de Justiça, a respeito do andamento processual da ação penal nº 0012688.40.2017.8.13.0396, informada pela Defesa de L., constatei que, de fato, não foi prolatada sentença naqueles autos, de forma que não há como considerar que E.M. seja integrante de alguma organização criminosa. Vejamos:

NUMERAÇÃO ÚNICA: 0012688-40.2017.8.13.0396.

1ª CÍVEL, CRIME E VEC ATIVO.

Distribuição: 8/3/2017 - Valor da causa: R\$ 0,00

Classe: Ação Penal - Procedimento Ordinário - Classe Originária: PROCEDIMENTO INVESTIG MP

Assunto: PENAL > Crimes Previstos na Legislação Extravagante > Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa

Município do processo: MANTENA/MG - Competência: Crime

SITUAÇÃO ATUAL

Últimas Movimentações:

CONCLUSOS PARA DESPACHO - JUIZ(A) PRESIDENTE(A) 91470 - 18/6/2018

EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO - 12/06/2018

JUNTADA DE OFÍCIO - 12/06/2018

Todos Andamentos

Expediente(s) Enviado(s) para Publicação PARTE(S) DO PROCESSO

Réu: E.M.

Advogado: 144595N/MG - Aleksandro Ferreira Soares

139706N/MG - Lucas Diego Rodrigues Lopes da Silva Basitato

158705N/MG - Rogerio de Souza Gomes

- NATURAL

G.K.G.S.

Advogado: 158705N/MG - Rogerio de Souza Gomes

- NATURAL

D.B.M.

Advogado: 158705N/MG - Rogerio de Souza Gomes

NATURAL

R.G.P.

Advogado: 144595N/MG - Aleksandro Ferreira Soares

NATURAL

H.O.S.

Advogado: 18340N/ES - Agleiciane Ulich Fraga Fregona Ricardo

55937N/MG - Bartolomeu de Souza Fialho

16988N/ES - M. Cortes Gomes

15825N/ES - Tiago Gonçalves Faustino

NATURAL

J.L.S.

Advogado: 113623N/MG - Alina Raquel Vieira Campos

46059N/MG - Gilson Vieira Da Silva

NATURAL

E.J.F.

Advogado(s): 17129N/ES - Eduardo dos Santos Aggum Capettini

27793N/ES - Patricia Silva Gomes

NATURAL

A.I.S.

Advogado(s): 144595N/MG - Aleksandro Ferreira Soares

Destarte, decoto da condenação de todos os réus a causa de aumento do inciso IV do § 4º do art. 2º da Lei 12.850/2013.

- Das penas

Registro, por oportuno, que, apesar do decote da causa de aumento do inciso IV do § 4º do art. 2º da Lei 12.850/2013, as penas dos apelantes devem permanecer inalteradas, considerando que o MM. Juiz *a quo*, quando do aumento da pena na terceira fase da dosimetria, aplicou apenas a fração de  $\frac{1}{2}$ , tanto para a majorante do § 2º, quanto para a majorante do 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/13.

Assim, as penas dos réus foram fixadas de forma a atender a sua finalidade de reprovação e prevenção ao delito, não merecendo qualquer reparo.

- Justiça gratuita.

Por fim, pedem os réus a concessão dos benefícios da justiça gratuita, ao fundamento de que são pobres na acepção legal.

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 aos recursos apenas para decotar da condenação dos réus a causa de aumento referente à conexão com outras organizações criminosas, prevista no inciso IV do § 4º do art. 2º da Lei 12.850/2013, mantendo, contudo, inalterada as penas deles.

Mantenho, no mais, os termos da r. sentença.

Os réus já se encontram em execução provisória da pena.

Custas *ex lege*.

É como voto.

Votaram de acordo com a Relatora os DESEMBARGADORES MÁRCIA MILANEZ E JAUBERT CARNEIRO JAQUES.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

• • •

Apelação criminal - Tribunal do Júri - Preliminar de não conhecimento do recurso arguida pelo Ministério Público - Ausência de indicação do dispositivo legal na petição de interposição - Conhecimento nos termos das razões recursais - Rejeição - Tentativa de homicídio duplamente qualificado - Nulidade do feito - Aditamento à denúncia - Ausência de defesa - Não ocorrência - Preclusão - Não manifestado na fase do art. 571, I, do CPP - Mérito - Absolvição - Análise como pedido de cassação - Negativa de autoria - Tese refutada pelos jurados - Cassação do veredicto em razão de decisão notoriamente contrária à prova dos autos - Impossibilidade - Apoio em críveis elementos de convicção existentes nos autos - Inteligência da Súmula 28 do Grupo de Câmaras Criminais desta Corte - Prescrição - Não ocorrência - Recurso conhecido e desprovido

- Tratando-se de apelação criminal interposta em face de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, o conhecimento da matéria devolvida ao Tribunal fica limitado aos termos do art. 593, III e alíneas, do Código de Processo Penal invocados na petição de interposição do recurso. Admite-se, contudo, que o recurso seja conhecido, ainda que ausente no seu termo de interposição expressa menção quanto ao fundamento alicerçado nas hipóteses descritas no art. 593, III, Código de Processo Penal, analisando-se, nesta hipótese, os argumentos contidos nas razões recursais.

- Em processos afetos ao Tribunal do Júri, a arguição de nulidade deve ser apresentada na fase de alegações finais, nos termos do art. 571, I, do Código de Processo Penal, sendo serôdia a reclamação em grau de recurso para a qual a parte, com seu silêncio, concorreu. A declaração de nulidade, no processo penal, demanda a comprovação cabal do inequívoco prejuízo sofrido pela parte com o vício para o qual não deu causa. A mera deficiência de defesa (sequer demonstrada a contento) não tem o condão de determinar a nulidade do processo, nos termos da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal.

- A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes. Inteligência da Súmula 28 deste Tribunal.

Vvp: - Apelação criminal. Arbitramento dos honorários advocatícios do defensor dativo conforme tabela da OAB. Necessidade. 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.

- Os honorários advocatícios do Defensor Dativo devem ser fixados em conformidade com o que dispõem os arts. 272 da Constituição do Estado de Minas Gerais, 22, § 1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e 1º, § 1º, da Lei Estadual 13.166/99.

- 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 1.0034.01.000726-7/001 - Comarca de Araçuaí - Apelante: C.B.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: J.P.C. - CORRÉU: V.B.O. - Relatora: Des.<sup>a</sup> 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 ARGUIDAS PELAS PARTES E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O IL. DES. REVISOR.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2018. - *Márcia Milanez* - Relatora.

### Voto

DES.<sup>a</sup> MÁRCIA MILANEZ - C.B.S. e V.B.O., qualificados nos autos, foram denunciados como incursores nas sanções do art. 129, § 1º, I e II do Código Penal, porquanto, no dia 5 de julho de 2001, por volta das 15h30min., na comunidade Curral Novo, zona rural do município de Virgem da Lapa, comarca de Araçuaí, juntamente com menor infrator, ofenderam a integridade física de J., de 65 anos de idade.

Ao que se apurou, a vítima dirigiu-se até a comunidade de Curral Novo à procura de emprego, mas não obteve êxito. Quando estava deixando a comunidade, o ofendido foi abordado pelos denunciados e pelo menor que passaram a lhe atirar pedras e a desferir pauladas. A vítima foi socorrida por um morador local, mas foi novamente atacada pelos denunciados e pelo menor, por meio de pauladas e apedrejamento.

Segundo consta do exame de corpo de delito, o ofendido sofreu fratura no antebraço, traumatismo torácico, hematomas subcutâneos no tronco e na face, além de escoriações nos membros inferiores. A vítima sofreu perigo de vida e ficou incapacitada para suas ocupações habituais por mais de trinta dias (f. II/IV).

No curso da instrução, a il. representante do Ministério Público apresentou aditamento à denúncia, desta feita atribuindo aos acusados a prática da conduta delitiva capitulada no art. 121, § 2º, III e IV, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal.

Consta do aditamento que, no dia 5 de julho de 2001, na comunidade Curral Novo, zona rural do município de Virgem da Lapa, os denunciados, em unidade de desígnios, tentaram matar a vítima J, mediante pauladas e pedradas, somente não atingindo o intento morte por circunstâncias alheias à vontade dos agentes. Consta ainda que os denunciados utilizaram-se de meio cruel, uma vez que tentaram matar a vítima mediante pauladas e pedradas, causando-lhe intenso e desnecessário sofrimento. E ainda que se utilizaram de recurso que dificultou a defesa da vítima, já que a atacaram simultaneamente e, sendo esta idosa, não pôde oferecer qualquer resistência (f. 91/92).

Recebido o aditamento e, concluída a instrução probatória, foram os réus pronunciados nos termos do aditamento (f. 226/233).

Inconformada, a defesa do réu V. interpôs recurso em sentido estrito (f. 252) e, ao ser intimada para apresentar as razões, desistiu do recurso (f. 257/258), sendo a desistência homologada pelo Magistrado *a quo* (f. 256).

Submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, foram os acusados condenados como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, III e IV, na forma do art. 14, II, do Código Penal, sendo imposta ao réu C. a pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado; e ao acusado V. a sanção de 8 (oito) anos de reclusão, regime semiaberto. Ao final, o d. Sentenciante decretou extinta a punibilidade de V., nos termos dos arts. 107, IV, 109, III e 115, todos do Código Penal, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal (f. 303/304v).

Irresignada, apelou a defesa de C. (f. 294). Em suas confusas “razões de recurso de interpelação criminal”, aduz o defensor que “as infrações penais foram indevidamente elevadas para condenações mais (*sic*) graves por meio de aditamento da denúncia que forma aceita pelo Juízo *a quo*; cujo ato processual é completamente inconstitucional que feriu profundamente direitos pessoais íntegros do condenado, que deve ser reconhecido e retroagindo a favor do mesmo; com a nulidade da (*sic*) aditamento e sentença condenatória; apesar de o suposto delito já estar prescrito temporariamente;”

Aduz que os acusados negaram a prática delitiva, mas, caso se entenda que eles estavam no local dos fatos, havia outras pessoas, sendo injusto apenas os dois serem apontados como ofensores da vítima, não havendo provas da autoria e da materialidade. Diz que o acusado não concorreu para a infração penal e que o ACD é incompleto. Afirma que a defesa prévia apresentada pelo antigo defensor do acusado é imprestável e prejudicou a sua defesa, sendo indevido o aditamento à denúncia, devendo ser anulado o feito. Requer, assim, seja provido o recurso, para que o acusado seja absolvido, devendo ser analisada a prescrição, decretando-se a nulidade do feito por violação aos “requisitos processuais” e cerceamento de defesa. Por fim, pede o defensor que sejam arbitrados seus honorários (f. 315/324).

O Órgão Ministerial, em contrarrazões recursais, manifestou-se pelo não conhecimento do apelo, uma vez que o apelante “não enquadrrou seu recurso em nenhuma das hipóteses legais”. No mérito, requer o desprovemento do apelo (f. 326/333), no mesmo sentido opinando, nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça (f. 339/344).

É o breve relatório.

Rejeito a preliminar de não conhecimento arguida pela il. representante do Ministério Público.

Com efeito, tratando-se de apelação criminal interposta em face de decisão proferida pelo Tribunal do Júri, o conhecimento da matéria devolvida ao Tribunal fica limitado aos termos do art. 593, III e alíneas, do Código de Processo Penal invocados na petição de interposição do recurso.

Nesse sentido, o eg. Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 713, que dispõe: “O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”.

No entanto, em atenção ao princípio da ampla defesa, admite-se que o recurso seja conhecido e analisado, ainda que ausente no seu termo de interposição expressa menção quanto ao fundamento alicerçado nas hipóteses descritas no art. 593, III, CPP. Nesta hipótese, a análise cinge-se aos argumentos contidos nas razões recursais, desde que se enquadrem às hipóteses previstas no aludido artigo.

Nesse sentido:

A falta de indicação dos dispositivos legais em que se apoia o termo da apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri não impede o seu conhecimento, desde que nas razões se encontrem os fundamentos que ensejaram o recurso e as pretensões da recorrente estejam perfeitamente delineadas (STJ - REsp. - Rel. Fláquer Scartezzini - RT 687/363).

Recurso em sentido estrito. Decisão que não conheceu de apelação interposta contra decisão do tribunal do júri em face de ausência de indicação dos dispositivos legais previstos no art. 593, III, CPP. Reforma. Necessidade. Recurso de apelação. Prazo de cinco dias para interposição. Intempestividade. I - Em relação às apelações criminais interpostas em face de decisões do Tribunal do Júri, o réu não pode ser prejudicado por eventual deficiência da defesa técnica, assemelhando-se o caso em que não são apontados os motivos de sua pretensão, aos casos em que o recurso é aviado de forma genérica, sem indicação do fundamento legal ou explicitação da extensão de seu objeto, ou seja, invocando de forma ampla as hipóteses do artigo 593, III do Código de Processo Penal. Em tais hipóteses, deve se conhecer do recurso, sobretudo em nome do princípio da ampla defesa, enfrentando as questões suscitadas nas razões ofertadas. II - É intempestivo o recurso de apelação interposto depois de transcorrido o quinquídio legal (TJMG - Ap. Crim. nº 1.0707.08.172500-4/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 19/10/2010, p. em 28/10/2010).

Recentemente, este Tribunal decidiu:

Apelação criminal. Júri. Processual penal. Interposição de recurso sem apontamento dos motivos legais da apelação. Conhecimento nos termos das razões recursais. Alegada ausência de chamada e verificação de presença dos jurados. Inocorrência. Suposta referência feita pela acusação à sentença de pronúncia. Não comprovação. Preliminares rejeitadas. Homicídio qualificado tentado. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. - Em se tratando de Crime da Competência do Tribunal do Júri, se ausente o fundamento da interposição da apelação, analisam-se os motivos trazidos nas razões recursais, desde que se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 593, III e alíneas, CPP. - As nulidades ocorridas em plenário devem ser arguidas logo após a sua ocorrência, incumbindo ao interessado a prova de suas alegações - Somente pode ser considerada contrária à prova dos autos aquela decisão arbitrária, chocante e flagrantemente dissociada dos elementos de convicção coligidos no curso do inquérito policial, da instrução processual e dos trabalhos em plenários, o que não é a hipótese em exame (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0512.03.009009-0/002, Relatora Des.ª Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 3/5/2018, p. em 14/5/2018).

Rejeito, assim, a preliminar arguida pelo Ministério Público e conheço do recurso, presentes os requisitos objetivos e subjetivos da admissibilidade.

A combativa defesa argui a nulidade do feito, argumentando que o aditamento da denúncia e seu recebimento cercearam a defesa do acusado. Aduz ainda que a defesa prévia apresentada pelo antigo defensor do acusado é imprestável.

Neste tópico, razão não lhe assiste.

Nos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de cinco dias, se em virtude



desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Portanto, a lei processual prevê que, se em consequência de prova existente nos autos ou de circunstância não contida na acusação, o titular da ação penal entender cabível nova definição jurídica do fato, pode aditar a inicial, incluindo o novo tipo penal adequado, no prazo de cinco dias.

Ressalte-se, outrossim, que nem mesmo a não observância deste tempo determinado vicia o procedimento, conforme disciplina o art. 569 do mesmo diploma legal:

Art. 596. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.

No caso, ainda que não tenha sido respeitado o prazo acima citado, o ato processual se deu em momento adequado, ou seja, antes de prolatada a sentença, no curso da audiência de instrução, sendo os acusados citados da nova acusação no mesmo dia (f. 100v).

Rejeito, assim, a preliminar.

Lado outro, aduz o apelante que seu antigo defensor apresentou defesa prévia imprestável, o que também cerceou seu direito de defesa.

No entanto, se o réu estava indefeso, a nulidade deveria ter sido pronunciada na primeira oportunidade, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.

De qualquer modo, a mera deficiência de defesa (sequer demonstrada a contento) não tem o condão de determinar a nulidade do processo, nos termos da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal.

Certo é que, após o recebimento da denúncia e de seu aditamento, o acusado foi citado (f. 52, 62v, 100v, 109), sendo apresentadas as defesas e arroladas testemunhas (f. 68 e 109). O réu compareceu à audiência de instrução de julgamento acompanhado do advogado nomeado (f. 101/104). Na audiência, o defensor se mostrou atuante, inclusive com a formulação de perguntas às testemunhas (f. 94/99 e 192). Na sequência, a defesa técnica apresentou suas alegações finais (f. 224v). Prolatada decisão de pronúncia, o defensor dativo subscritor das razões recursais recorreu em sentido estrito (f. 252) e, em seguida, desistiu do recurso.

Percebe-se, portanto, que a defesa técnica foi viabilizada ao acusado do modo mais amplo possível, em todas as fases do processo, inexistindo motivo para se falar em cerceamento, tampouco em nulidade.

Cumprе lembrar que a defesa do apelante silenciou a respeito das aventadas nulidades durante todo o curso do processo, pretendendo, agora, em face da condenação desfavorável ao réu, delas se utilizar para anular o processo.

Neste caso, aplica-se o instituto da preclusão, eis que as supostas nulidades deveriam ter sido arguidas na fase de alegações finais. Assim o determina, expressamente, o art. 571, I, do Código de Processo Penal, sendo serôdia a reclamação em grau de recurso para a qual a parte, com seu silêncio, concorreu, como é o caso dos autos, não constando sequer da ata de julgamento, acostada às f. 293/294v, registro de qualquer protesto da defesa.

Na verdade, se a parte silenciou naquela oportunidade própria, como ocorreu *in casu*, não formulando nenhum protesto quanto a possíveis irregularidades ocorridas na fase inquisitorial e no sumário da culpa, não pode pretender, agora, que o processo sofra um retrocesso, depois de conhecer o veredicto que lhe foi adverso.

Afinal, não é justo e nem razoável que uma das partes possa ser beneficiada da nulidade que deixou de apontar no tempo devido para, só depois do veredicto popular contrário, invocar para anular o julgamento ou o processo. Segundo Mirabete,

[...] as nulidades do processo do Júri, ocorridas durante a instrução criminal, perante o juiz, devem ser arguidas na fase de alegações escritas finais previstas pelo artigo 406. Havendo pronúncia, seu vício, evidentemente, deve ser alegado no recurso da decisão. As nulidades ocorridas posteriormente à pronúncia devem ser alegadas logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes, e as ocorridas em plenário, logo depois de ocorrerem' (*Código de Processo Penal interpretado*, Atlas, p. 642). Na oportuna observação de Hélio Tornaghi, "o processo se desdobra em várias fases que são verdadeiros compartimentos estanques e que, ao fim de cada uma, se opera a preclusão, isto é, o fechamento, o encerramento: os atos que em uma fase devem ser praticados, não poderão ser realizados nas seguintes, porque o agente, isto é, aquele que devia praticá-los, encontra fechada, preclusa, a via judicial. Pois assim é em matéria de arguição de nulidades (*Instituições de Processo Penal*, 2. ed., v. 2, p. 58).

Arguição intempestiva da nulidade se apresenta inócua - é o que adverte Frederico Marques -, porquanto esta deverá considerar-se sanada, *ex vi* do art. 572, nº I, se não for aduzida em tempo oportuno, de acordo com o disposto no art. 571 (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. 2, nº 574, p. 438).

Passo à análise do mérito recursal.

Busca a defesa a absolvição do acusado, ao argumento de que ele não concorreu para a infração penal ou, se concorreu, o fez em conjunto com outras pessoas que não foram denunciadas, o que é injusto.

No entanto, esta Corte não detém competência para julgar crimes dolosos contra a vida, que são constitucionalmente afetos à competência exclusiva do Tribunal Popular. As atribuições conferidas e que podem ser objeto de análise pelo Tribunal de Justiça se dão na ordem das nulidades, dos vícios processuais ocorridos no julgamento popular e no caso de retificação da pena aplicada. Ressalvadas estas hipóteses, somente poderá o Tribunal dizer se o réu deverá ou não se submeter a novo julgamento por decisão notoriamente contrária às provas dos autos.

Neste diapasão, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

STF: É certo que as decisões do Tribunal do Júri não podem ser alteradas, quanto ao mérito, pela instância *ad quem*, podendo apenas ser anuladas para que o mesmo júri reveja a sua decisão, mantendo ou modificando a mesma. Assim, não podem os juízes da instância superior substituir os jurados na apreciação do mérito da causa já decidida pelo Tribunal do Júri, à vista do princípio constitucional da soberania do veredicto, previsto no art. 5º, XXXVIII, c, da CF. Todavia, a soberania do Júri não afasta a recorribilidade de suas decisões, significando apenas a impossibilidade de revisão do mérito" (*RT 739/546-7*).

Nesse ínterim, não tendo esta Corte a competência para absolver o apelante do crime doloso contra a vida pelo qual se viu condenado, haja vista a Soberania dos Jurados no julgamento, o pedido defensivo deve ser analisado como pleito de cassação do veredicto.

Feita esta observação, registro que o acusado somente deve ser levado a novo julgamento perante o Sodalício Popular, quando a decisão não encontrar apoio algum nas provas dos autos, e não quando soberanamente opta por uma das versões trazidas à apreciação dos jurados. Neste sentido está a diretriz da Súmula Criminal nº 28 desta Corte:

A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes.

*In casu*, o Conselho de Sentença acolheu a versão acusatória dos fatos, a qual encontra relevante apoio em provas produzidas nos autos. De fato, há importantes testemunhos (destacados a contento pelo Ministério Público em ambas as instâncias, sendo prescindíveis novas transcrições), no sentido de que o apelante agrediu a vítima com pedradas e pauladas, o que foi, inclusive, por ele confessado (f. 101/104), não obstante o réu tenha alegado que o ofendido agrediu seu irmão e tenha tentado minimizar sua participação nos fatos.

Assim, porque o veredicto possui substrato probatório relevante nos autos (Súmula nº 28 desta Corte), descabe a submissão do caso a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

Jurisprudência e doutrina uniformes e indiscutíveis apontam no sentido de que apenas se permite a cassação do veredicto popular, por contrário à prova, quando a decisão for arbitrária, chocante e flagrantemente dissociada dos elementos de convicção reunidos no processo. Se a decisão encontra algum apoio nos autos, ainda que minoritário, não se pode cassá-la, sob pena de afronta ao princípio da soberania do júri, constitucionalmente assegurado. Com efeito, como bem assinala Ari Azevedo Franco,

ao Júri é assegurado o privilégio de escolher, na prova feita, aquilo a que quer dispensar consideração, desprezando o mais; tão somente quando o veredicto do Tribunal leigo é arbitrário, porque se dissocia integralmente da prova dos autos, isto é, não há qualquer elemento de prova que ampare e que apoie a solução adotada, surge a possibilidade de, repelindo o arbítrio, entrar o tribunal de recurso no mérito (*Código de Processo Penal brasileiro*, vol. V, p. 434).

O festejado doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (*Código de Processo Penal Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2. ed., 1994, p. 680 e 681).

No mesmo sentido, vale destacar os seguintes julgados:

Se o Conselho de Sentença acolhe em sua soberania constitucional versão existente nos autos, não se pode pretender a nulidade de julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos. (RT 557/371).

Crime da competência do Júri. Decisão do Conselho de Sentença com apoio em uma das versões constantes do processo. Inexistência da afronta à prova. Apelo a que se nega provimento. Somente quando a decisão do Júri é arbitrária e se dissocia integralmente da prova dos autos surge a possibilidade de anulação do julgamento (ApCrim. 28228, da Capital, Rel. Des. Rogério Lemos, JC 71/363).

A decisão do Júri com supedâneo nos elementos constantes do processo, que opta por uma das versões apresentadas, não pode ser anulada sob a alegação de ser contrária à prova dos autos, pois tal procedimento só se justifica quando a decisão dos jurados é arbitrária, totalmente dissociada do conjunto probatório (JC/62, p. 255) (Ap. Crim. 32222, DJ 9145, 02/1/1995, p. 13).

Ademais, cuida-se de um crime hediondo, praticado ao desabrigo de qualquer excludente, daí por que correta a condenação, inclusive no tocante ao reconhecimento das qualificadoras dos incisos III (meio cruel) e IV (mediante uso de recurso que dificultou a defesa da vítima), previstas no § 2º do art. 121 do Código Penal, que foram objeto de quesitos e acolhidas pelos jurados.

Vale, por fim, lembrar que a avaliação da prova devolvida ao conhecimento dos Tribunais nestes casos é restrita, consoante julgado do nosso Eg. Supremo Tribunal Federal:

Se as provas da acusação e defesa podem ser sopesadas, em confronto valorativo, não cabe afirmar a ocorrência, pura e simplesmente, de julgamento do tribunal popular contrário à regra legal invocada, mas, apenas seria possível asseverar que, numa visão técnica da prova dos autos, a prova da acusação seria preferível à da defesa. Tal juízo formulável no julgamento de instâncias comuns não é, todavia, plausível diante de decisão do tribunal popular, em que o convencimento dos jurados se compõe segundo parâmetros distintos dos que em quem se situa o julgamento do magistrado profissional (HC 80.115/SP, Relator Min. Néri da Silveira, pub. em 27/4/2001, p. 61).

Assim, desmerece censura o decreto condenatório.

Quanto à pena, nenhum reparo merece a decisão.

O magistrado estabeleceu a básica no mínimo legal e, em razão da presença de duas qualificadoras, corretamente utilizou uma para qualificar o crime, ou seja, para elastecer os limites mínimo e máximo, e a outra, quando da análise das agravantes.

Assim entendem nossas Cortes Superiores:

*Habeas corpus*. Homicídio duplamente qualificado. Sentença que considerou uma das qualificadoras como agravante genérica. Possibilidade. [...] Reconhecidas duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do C.P., mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da *Lex Fundamental*), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP) (Precedentes do STJ e do STF) (STJ - Relator Ministro Felix Fischer - HC 11337/MS - j. em 2/3/2000 - DJ de 27/3/2000 - p. 119, RSTJ v. 133 - p. 458).

Neste Tribunal, o entendimento não discrepa:

Tribunal do júri. Homicídio duplamente qualificado. Nulidades rejeitadas. Co-autoria. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Júri que optou por versão disponível. Decisão mantida. Reconhecimento de qualificadora como agravante. Inadmissibilidade. Pena reduzida. Segundo apelo parcialmente provido, improvido o primeiro. - 'A cassação do veredito popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes' (Súmula 28 TJMG). - Em se reconhecendo a incidência de duas ou mais qualificadoras elementares do homicídio qualificado, uma delas há de ser tomada como circunstância judicial (art. 59 do Código Penal), recaindo seu peso na aferição da culpabilidade do agente, sendo desfeito ao julgador tomá-la como circunstância agravante, ainda que coincidente com qualquer das hipóteses previstas no art. 61 do mesmo diploma legal, sob pena

de desrespeito ao princípio do *non bis in idem* (Apelação Criminal nº 1.0701.99.012730-3/001 - Relator Edelberto Santiago).

Júri. Homicídio duplamente qualificado. Defensor nomeado. Intimação de resultado de diligência. Desnecessidade. Oitiva de testemunha não encontrada. Julgamento. Prosseguimento. Qualificadora como agravante. Impossibilidade - A intimação pessoal do defensor nomeado se refere aos atos processuais, sendo de seu ofício acompanhar o resultado das diligências determinadas - Correto o prosseguimento do julgamento pelo Tribunal do Júri se a testemunha não tiver sido encontrada no local indicado, mesmo que uma das partes declare não prescindir do depoimento - Se uma circunstância já qualifica o crime, não pode ser tomada como agravante genérica (inteligência do artigo 61 do Código Penal) - Preliminares rejeitadas. Dá-se parcial provimento ao recurso (TJMG - 1.0313.01.019218-2/001 - Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Jane Silva - j. em 25/5/2004, p. em 24/8/2004).

Portanto, como foram reconhecidas duas causas qualificadoras pelo Tribunal do Júri, quais sejam meio cruel e recurso que dificultou a defesa da vítima, é justificável o estabelecimento da sanção no *quantum* definido, com o acréscimo decorrente da agravante, não merecendo a sentença qualquer reforma, inclusive no tocante à fração eleita para a minoração da sanção em razão da tentativa (1/3), estando devidamente justificado que a vítima ficou gravemente ferida e correu risco de vida.

Registro, finalmente, que não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva estatal. O prazo prescricional de 16 (dezesesseis) anos, previsto no art. 109, II, do Código Penal, não foi ultrapassado entre os marcos interruptivos previstos no art. 117 do mesmo *Codex*.

Fixo a quantia de R\$1.000,00 (mil reais) a título de honorários ao defensor dativo, pelo trabalho desenvolvido nesta instância.

Diante das decisões.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

Custas, *ex lege*.

DES. RUBENS GABRIEL SOARES - Voto parcialmente divergente.

Coloco-me de acordo com o voto condutor, dele divergindo parcialmente apenas no tocante aos honorários advocatícios e ao momento de expedição do Mandado de Prisão e da Guia de Execução.

Inicialmente, registre-se que houve a rescisão, pela classe dos advogados, do Termo de Cooperação mútua assinado entre este Tribunal, a Advocacia Geral do Estado (AGE), a Secretaria de Estado da Fazenda (SEF) e a OAB/MG.

Assim, os honorários advocatícios dos Defensores Dativos, ao serem arbitrados, devem observar os arts. 272 da Constituição do Estado de Minas Gerais; 22, § 1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e 1º, § 1º, da Lei Estadual 13.166/99, que estabelecem, respectivamente:

Art. 272 - O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre, em processo civil ou criminal, terá os honorários fixados pelo Juiz, no ato da nomeação, segundo tabela organizada pelo Conselho da OAB/MG, os quais serão pagos pelo Estado, na forma que a lei estabelecer.

Art. 22 - A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 1º - O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço tem o direito aos honorários fixados pelo Juiz, segundo a tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado” (Destaque nosso).

Art. 1º - O advogado que não for Defensor Público, quando nomeado para defender réu pobre em processo civil ou criminal, terá os honorários pagos pelo Estado, na forma estabelecida nesta Lei.

§ 1º - Os honorários a que se refere este art. serão fixados pelo Juiz na sentença, de acordo com tabela elaborada pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de Minas Gerais - OAB-MG”.

Conforme se depreende dos dispositivos acima, os honorários advocatícios dos defensores dativos devem ser arbitrados tomando por base os valores consignados na tabela confeccionada pela Ordem dos Advogados.

Nesse sentido, os seguintes arestos deste Egrégio Tribunal de Justiça:

Apelação criminal. Lesão corporal qualificada. Condenação. Manutenção. Legítima defesa não configurada. Pena-base. Redução. Necessidade. Fixação em quantidade desproporcional no juízo de origem. Arbitramento de honorários à defensora dativa. Possibilidade. Atuação em segunda instância. - Ausentes os requisitos da excludente de ilicitude da legítima defesa e devidamente comprovada a lesão, a manutenção da condenação é medida de rigor. A fixação da pena-base deve ocorrer de forma proporcional à quantidade de circunstâncias negativamente valoradas. São devidos honorários advocatícios ao defensor dativo, nos termos do art. 1º da Lei Estadual nº 13.166/1999, arbitrados conforme Tabela elaborada pela OAB/MG (Resolução CP/01/08, do Conselho Seccional daquele órgão) ” (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0180.15.001897-6/001, Relator Des. Alexandre Victor de Carvalho, 5ª Câmara Criminal, j. em 4/10/2016, publicação da súmula em 14/10/2016).

Apelação criminal. Delito de lesão corporal. Autoria e materialidade incontroversas. Prescrição da pretensão punitiva. Não ocorrência. Elevação dos honorários advocatícios. Possibilidade. Recurso conhecido e parcialmente provido. - Não transcorrido o prazo prescricional de quatro anos previsto no art. 109, inciso V, do Código Penal entre os marcos interruptivos, descabe cogitar-se em extinção da punibilidade do acusado. - Os honorários advocatícios do Defensor Dativo podem ser fixados com base na tabela da OAB/MG” (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0684.07.001969-1/002, Relator Des. Adilson Lamounier, 5ª Câmara Criminal, j. em 4/10/2016, p. em 14/10/2016).

Em consulta ao *site* da Ordem dos Advogados do Brasil - seção Minas Gerais (<http://www.oabmg.org.br>), constatei que o valor mínimo relativo à interposição de recurso é de três mil reais (R\$3.000,00), consoante se extrai do art. 19, “a”, Seção III, da Tabela elaborada por meio da Resolução nº CP/01/15, do Conselho Seccional da OAB/MG.

Assim, atento ao grau de zelo profissional, natureza e importância da causa, o trabalho realizado e o tempo exigido (art. 2º da CP/01/15 c/c os arts. 3º da Lei Penal Adjetiva e 85, § 2º, do Código de Processo Civil), fixo o valor de três mil reais (R\$3.000,00) a título de honorários, em razão do oferecimento das razões recursais.

Em relação à execução da pena, entendo que esta deve se dar de forma imediata, logo após o julgamento do recurso de apelação por este Tribunal de Justiça, devendo ser expedidos o mandado de prisão e a guia de execução respectiva, 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, 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 dezesseis (16) 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. II, do Código Penal.

É como voto.

DES. FURTADO DE MENDONÇA - De acordo com o Relator.

*Súmula* - REJEITARAM AS PRELIMINARES ARGUIDAS PELAS PARTES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO PARCIALMENTE O IL. DES. REVISOR.





Apelação criminal - Intempestividade - Não ocorrência - Mérito - Estupro de vulnerável, posse irregular de arma de fogo de uso permitido e tráfico ilícito de entorpecentes - Absolvição quanto ao primeiro e segundo delitos - Inviabilidade - Autoria e materialidade confirmadas - Erro de tipo - Inocorrência - Abrandamento dos regimes iniciais de cumprimento de pena - Necessidade.

- Em atenção ao princípio da ampla defesa, a fala do réu, quando da sua intimação pessoal da sentença condenatória, no sentido de que seu advogado irá recorrer, deve ser entendida como manifestação do interesse da defesa em recorrer, sendo, portanto, tempestiva a apelação.

- Nos termos da Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça, “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

- Demonstrado que o agente praticou ato libidinoso com pessoa que ele sabia ter menos de 14 anos de idade, fica aperfeiçoado em sua configuração típica o delito do art. 217-A do Código Penal, não se podendo falar em erro de tipo.

- Tendo sido demonstrado que o acusado possuía munições de arma de fogo, impõe-se a manutenção da sua condenação nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/03.

- Não se pode fixar o regime inicial fechado para crime punido com detenção, nos termos do art. 33, *caput*, segunda parte, do Código Penal, assim como não cabe estabelecer o regime inicial fechado com fundamento exclusivo em que os crimes são hediondos, porque o § 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (por exemplo, o ARE 1052700).

V.v. - É incognoscível o recurso de apelação interposto posteriormente ao prazo legal, que é de 05 dias, por intempestivo, nos termos do art. 593, *caput*, do Código de Processo Penal.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0313.17.001259-2/001 - Comarca de Ipatinga - Apelante: T.L.S. - 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, POR MAIORIA, A PRELIMINAR APRESENTADA PELO RELATOR E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2018 - Paulo Calmon Nogueira da Gama - Relator.

## Voto

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Trata-se de recurso de apelação interposto por T.L.S., contra a sentença de f. 130/133, na qual foi condenado, pela prática dos crimes previstos no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (c/c o art. 40, III, dessa Lei), e nos arts.12 do Estatuto do Desarmamento e 217-A do Código Penal (c/c o art. 21, última parte, do mesmo Código), em concurso material, às penas de 07 anos, 03 meses e 10 dias de reclusão e 01 ano de detenção, em regime inicial fechado, além do pagamento de 203 dias-multa, à razão mínima. Na mesma decisão, o agente foi absolvido do delito de associação ao tráfico.

Narrou a denúncia que, no dia 15 de dezembro de 2016, às 16h00, na Rua [...], Bairro Centro, Cidade e Comarca de Ipatinga/MG, o réu e uma menor de idade guardavam, traziam consigo e transportavam, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 03 porções de crack, pesando cerca de 57,52 g.

Na mesma data e no mesmo local, o réu possuía munição de uso permitido, também em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O agente ainda manteve conjunção carnal com menor de 14 anos de idade.

A denúncia foi recebida no dia 24 de abril de 2017, f. 100, e a sentença publicada, em mão do escrivão judicial, aos 16 de junho de 2017, f. 134, tendo o réu sido devidamente intimado, f. 139.

Em razões de f. 150/155, a defesa pediu a absolvição dos crimes de estupro de vulnerável e de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, alegando a inexistência de provas quanto a este delito e de ocorrência de erro tipo em relação àquele crime, ao que se deve considerar, em paralelo, a existência de relacionamento amoroso anterior por parte da vítima e de consentimento relativamente à conjunção carnal entre o réu e a ofendida.

Em contrarrazões de f. 164/165, o órgão de acusação local pugnou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se em f. 166/168, recomendando o conhecimento e desproviamento do apelo.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Preliminar.

Suscito, inicialmente, preliminar de não conhecimento do recurso.

O réu foi intimado em 26 de junho de 2017 e, nessa oportunidade, disse que não iria interpor recurso, porque seu advogado o faria. Mas este, que é constituído, só interpôs o recurso em 05 de setembro do mesmo ano, muito tempo depois da publicação da sentença, que ocorrera em 28 de junho de 2017, conforme certidão de f. 138.

Como cediço, o recurso é um meio de impugnação voluntário. Considerando que o agente, por si mesmo, não manifestou vontade de recorrer e, assim, deixou a avaliação da conveniência do manejo da apelação a seu advogado, não vejo como conhecer do recurso. Nem mesmo sob o fundamento de que, dele se conhecendo,

estar-se-ia a homenagear a ampla defesa, como assim entendeu o Juiz *a quo*, no despacho de f. 147. Com a devida vênia, fazê-lo traduz uma ingerência em uma relação de privados (réu e advogado), informada pela voluntariedade. Em última análise, a não apresentação do recurso tempestivamente revela contentamento com o ato judicante, contentamento esse que se torna virtual, mas com pleno efeito jurídico de preclusão, quando posteriormente, fora do prazo, traz-se aos autos a peça de interposição.

Assim, não conheço do recurso.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - Após analisar atentamente os autos, bem como o r. voto proferido pelo eminente Desembargador Relator, peço-lhe vênia para divergir, rejeitando a preliminar suscitada de ofício e reconhecendo a tempestividade do recurso.

Isso porque o réu, ao ser pessoalmente intimado da sentença, “deixou de assinar o termo de recurso ou desistência, em anexo, alegando que seu advogado recorrerá da sentença”, conforme certidão lançada pelo Oficial de Justiça à f. 140.

Diante do teor dessa certidão, entendo, tal qual já fundamentado pelo d. Magistrado primevo, em decisão de recebimento do recurso (f. 147), que o réu manifestou sua intenção de recorrer naquela oportunidade.

Ora, caso não quisesse ele recorrer, por certo não afirmaria que seu advogado o faria. Afinal, a prerrogativa de recorrer é da parte, não do causídico, ou seja, trata-se de uma medida que este não pode impor àquela. Se o réu disse, portanto, que o advogado “recorrerá”, é de se entender ser intenção da defesa interpor o recurso.

O caso dos autos é diferente daqueles mais comuns na prática, em que o réu, ao ser pessoalmente intimado da sentença, deixa de manifestar intenção de recorrer ou não, pois prefere consultar seu advogado primeiramente.

Em um caso assim, de fato o indivíduo não manifestou qualquer interesse, reservando-se no direito de analisar o caso, juntamente ao seu procurador.

Diferente, contudo, é o caso em julgamento, em que o réu afirma que o advogado “recorrerá”, demonstrando sua aquiescência com o recurso, sendo que, por se tratar de pessoa leiga em Direito, é possível que o réu tenha pensado ser melhor deixar a medida a cargo do profissional, o que, contudo, não há de ser interpretado como ausência de interesse em recorrer.

No mesmo sentido, é de se ressaltar o fato de que, tão logo publicada vista ao advogado, para apresentação das razões recursais (f. 147/148), ter o profissional prontamente apresentado a peça de f. 149/155.

Esse comportamento, a meu entendimento, corrobora o entendimento de ser, de fato, interesse da defesa recorrer (interesse este que, *data venia*, entendo ter sido manifestado a tempo, quando da intimação pessoal do réu).

Por fim, registre-se que, quanto à matéria em debate, é de se ter por norte, sempre, o princípio constitucional da ampla defesa, sendo exatamente esse o fundamento pelo qual a jurisprudência firmou-se no sentido de se conhecer do recurso interposto pela defesa técnica, mesmo quando o réu, pessoalmente, manifesta não

querer recorrer, pelo que é de se entender pela admissibilidade do apelo, com muito mais razão, quando o próprio réu manifestou sua intenção nesse sentido.

Por esses fundamentos, rogo respeitosa vênia ao eminente Desembargador Relator para, trilhando o mesmo caminho que o d. Magistrado primevo, reputar tempestivo o recurso e, assim, rejeitar a preliminar suscitada de ofício.

É como voto.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Peço vênia ao Exmo. Desembargador Relator para afastar a preliminar de intempestividade suscitada e conhecer do recurso interposto, aderindo ao voto proferido pelo il. Desembargador Revisor.

Pois bem. *In casu*, o acusado foi pessoalmente intimado da sentença em 26/6/2017 - f. 139, ocasião em que, não obstante tenha deixado de assinar o Termo de Recurso ou Desistência, afirmou que o seu advogado recorreria da decisão, conforme se extrai do documento de f. 140.

A meu ver, nos termos do voto Revisor, tal manifestação demonstra a insatisfação do sentenciado com a decisão proferida e o seu interesse em recorrer do referido *decisum*, sendo desarrazoado exigir uma formalidade extrema para o ato, em especial, por se tratar de agente leigo e estranho ao Direito, inclusive, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

Dessa forma, entendo a manifestação externada pelo acusado, quando da sua intimação, apta a demonstrar o seu interesse em apelar da sentença, válida, portanto, para efeitos de recorribilidade.

Por estes fundamentos, pedindo redobrada vênia ao il. Relator, rejeito a preliminar arguida, e conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Mérito.

DES. PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA - Vencido na preliminar, passo ao exame do mérito.

A materialidade dos crimes emergiu de forma clara nos autos por meio do Boletim de Ocorrência de f. 17/25, cópia do documento de identidade da menor de f. 16, laudo de constatação de f. 11, laudo toxicológico definitivo de f. 34/35, e laudo de eficiência e prestabilidade de f. 44.

A autoria do delito de tráfico também ficou devidamente comprovada, em especial pela prova oral coligida, não sendo objeto do recurso aviado.

O que a defesa pretende é a absolvição do réu em relação aos crimes descritos nos arts. 217-A do Código Penal e 12 do Estatuto do Desarmamento.

Não vejo como acolher, contudo.

Ora, quanto ao estupro de vulnerável, a autoria se mostrou certa, começando pelas declarações do apelante, que, em ambas as oportunidades em que foi ouvido (f. 06 e 118), admitiu que tinha relações sexuais com

a menor há cerca de quatro meses. Perante autoridade judicial, ele acrescentou que desconhecia o caráter ilícito de manter relações com menores de 14 anos.

A vítima, da mesma forma, na Delegacia (f. 05), confirmou as relações mantidas consensualmente com o réu, bem como que tais relações aconteciam há aproximadamente dois meses.

Em juízo (f. 117), ratificou o teor das declarações extrajudiciais e acrescentou que o acusado tinha conhecimento da sua idade, qual seja 13 anos de idade.

A mãe da ofendida, C.I.N., em juízo (f. 116), embora tenha afirmado que não sabia se sua filha mantinha relações sexuais, confirmou que tinha conhecimento do envolvimento amoroso dos dois.

Ainda, os policiais militares José Sergio de Souza e Joesmar Marques Martins relataram que receberam informações anônimas dando conta de que o acusado e a vítima viviam maritalmente no local onde ocorrera a abordagem (f. 02 e 03).

Como se vê, a ocorrência das relações sexuais entre vítima e réu, com o consentimento da menor, foi satisfatoriamente comprovada pelo farto conjunto probatório colacionado aos autos, estando evidente a autoria delitiva.

Verifica-se, também, que a relação foi consensual, fato admitido inclusive pela menor, o que, no entanto, é inócuo para fins de caracterização do presente crime, notadamente porque seu consentimento não é hábil a descaracterizar a violência presumida para o ato.

Quanto ao aspecto, leciona Guilherme de Souza Nucci:

[...] como regra geral, não devem os juízes imergir na produção de provas acerca da honestidade da vítima e sua capacidade de consentimento, caso sejam menores de quatorze anos, pois a presunção é, via de regra, absoluta, não aceitando prova em contrário. É o que se pode sustentar para evitar a banalização da proteção conferida pela lei penal, evitando-se, com isso, a prostituição infantil e o abuso contra a criança e o adolescente, que a Constituição Federal buscou assegurar (art. 227, § 4º) [...] (*Código Penal comentado*, 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 840-841).

No mesmo sentido já se manifestou o Tribunal da Cidadania, veja-se:

[...] o consentimento do menor de quatorze anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária. Outra não foi a intenção do legislador, visto que sequer há previsão de tipo alternativo em caso de consentimento (STJ - 5ª Turma, REsp 714.979/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz).

Ressalto, ainda, que não há que se falar em erro de tipo, como pretendido pela defesa - ao argumento de que o réu não tinha conhecimento da vulnerabilidade da menor.

Ora, o próprio réu, em juízo, asseverou que “não sabia que é crime ter relações com menor de treze anos de idade” - o que, a meu ver, indica que ele tinha pleno conhecimento da tenra idade da vítima. O fato de supostamente desconhecer a Lei não é, a princípio, dirimente de culpabilidade, pois o elemento subjetivo imbrica-se à ideia de potencial conhecimento da ilicitude, o que é esperado, em casos tais, do homem médio, do cidadão comum.

Além disso, a vítima afirmou que o réu de fato tinha conhecimento de sua idade, não havendo provas, lado outro, de que ela estivesse mentindo, com a intenção de prejudicar injustificadamente o acusado (f. 117).

Assim, tenho que não está comprovado o erro de tipo.

Desse modo, devidamente demonstrada a autoria delitiva, resulta imperativa a manutenção da condenação do acusado, nos termos do art. 217-A do Código Penal.

No que concerne ao delito previsto no art. 12 da Lei 10.826/03, melhor sorte não socorre ao apelante ao buscar sua absolvição.

Ora, extrai-se dos autos que os policiais militares participantes da ocorrência foram firmes em sustentar que as munições foram apreendidas em um barraco abandonado (próximo ao barraco do réu), local onde o acusado já teria sido abordado em outras oportunidades (f. 03 e 04).

Além disso, nesse mesmo barraco foi arrecadada a quantia de R\$1.038,00, da qual o acusado assumiu a propriedade, dizendo que era proveniente do comércio de entorpecentes.

Assim, impõe-se a manutenção da condenação do acusado nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/03.

Quanto às reprimendas, tenho que não carecem de reparos.

Em relação ao delito de tráfico de drogas, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo mantida nesse patamar, à míngua de atenuantes ou agravantes. Na terceira etapa, reconhecida a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, as sanções foram reduzidas em 2/3, ficando em 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa. Todavia, presente a causa de aumento contida no art. 40, III, da mencionada lei, as reprimendas foram aumentadas em 1/6, tornando concretas em 01 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 193 dias-multa.

Da mesma forma, a pena-base do crime de estupro de vulnerável ficou no mínimo legal, sendo reduzida, na terceira fase, em razão da causa de diminuição de pena descrita no art. 21, *caput*, última parte, do CP (aplicada em grau máximo, 1/3), ressaindo a sanção concretizada no patamar correto de 05 anos e 04 meses de reclusão.

Ainda, em relação ao crime de posse ilegal de munições de uso permitido, o sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal, 01 ano de detenção e 10 dias-multa, a qual tornou definitiva, à míngua de outras causas modificadoras da sanção.

Com o concurso material, as reprimendas de T. concretizam-se em 07 anos, 03 meses e 10 dias de reclusão e 01 ano de detenção, além do pagamento de 203 dias-multa, à razão mínima.

Contudo, quanto aos regimes aplicados, entendo que a sentença carece de dois retoques.

É que, mesmo para o delito punido com detenção - art. 12 do Estatuto do Desarmamento -, aplicou-se regime fechado, o que não é possível, à luz do art. 33, segunda parte, do Código Penal. Como a pena-base ficou no mínimo legal, fixo, para esse delito, o regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, daquele Código.

Também quanto aos crimes punidos com reclusão, entendo que há um reparo a ser feito. É que o regime fechado foi fixado com o único fundamento de que eles são hediondos - na realidade, só o delito de estupro

de vulnerável é hediondo, pois o tráfico “privilegiado”, pelo qual o réu foi condenado, já não mais é considerado hediondo -, mas o § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos foi tido por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme, por todos, o ARE 1052700. Logo, mesmo em se tratando de crimes hediondos, o regime inicial de cumprimento de pena deverá orientar-se pelo *quantum* da reprimenda privativa de liberdade e pela sanção desvelada na primeira fase da dosimetria, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

Assim, com fundamento na alínea *b* do § 2º do art. 33 do Código Penal, fixo o regime semiaberto para os delitos de tráfico ilícito de entorpecentes e estupro de vulnerável.

Ainda, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou na suspensão condicional da pena, porquanto não preenchidos os requisitos previstos nos arts. 44 e 77, ambos do Código Penal.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, somente para abrandar o regime do delito punido com detenção para a modalidade aberta e o dos crimes punidos com reclusão para a forma semiaberta, nos termos do art. 33, § 2º, *c* e *b*, nessa ordem, do Código Penal.

Custas na forma da lei.

Tendo-se em vista a vigente orientação do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de execução da pena após a confirmação da condenação em segunda instância, e considerando-se as balizas de cautelariedade presentes no caso concreto que conduzem à aptidão executiva, ainda que provisória, do título condenatório, expeça-se mandado de prisão, com prazo de 16 anos.

É como voto.

DES. MARCÍLIO EUSTÁQUIO SANTOS - No mérito, acompanho o eminente Relator, não sem antes fazer um breve registro.

Quando aportei a este Tribunal de Justiça, no ano de 2010, ao tomar contato com processos de crimes de estupro praticados contra vítimas menores de 14 anos de idade, mesmo sob a ótica anterior à vigência da Lei 12.015/2009, entendi, inicialmente, que o referido crime comportava presunção absoluta de violência, sob o argumento de que as crianças e adolescentes não têm o necessário discernimento ou não podem oferecer resistência à conduta do autor. Referido posicionamento levou-me a me manifestar, por corolário, pela incriminação indistintamente de todo aquele que pratica ato libidinoso ou conjunção carnal com vítimas em tal condição. Assim, provada a existência do crime e sua autoria, ainda que admitida a hipótese de que a conjunção carnal havia sido consentida, era cogente a condenação do acusado pelo crime de estupro.

Contudo, após exercer a judicatura na área criminal e tomar contato com inúmeros casos concretos, semelhantes ao ora em análise, me deparei com certas particularidades, em que, avaliando as mudanças comportamentais da juventude no decorrer dos anos, com a iniciação sexual dos jovens cada vez mais precoce, refleti e concluí pela necessidade de se adotar nova posição, voltada à relativização da presunção de violência adotada por parte da doutrina e da jurisprudência.



A situação dos autos, a meu ver, apenas corrobora a posição a que me vinculei, de que a relativização da presunção de violência no estupro de vulnerável decorreu das mudanças comportamentais da juventude no decorrer dos anos, em relação às quais não podemos fechar os olhos, sob pena de se defender uma completa ignorância dos jovens quanto ao tema sexual que não mais existe. Repita-se que é de conhecimento geral que tais indivíduos têm se revelado com plena noção dos seus atos com seus parceiros em suas vidas íntimas, pelo que, a meu ver, seria imperiosa a avaliação das suas experiências anteriormente vivenciadas, bem como o seu comportamento perante a sociedade e, óbvio, com o autor dos fatos, antes de se decidir pela condenação deste.

No entanto, diante da imposição do entendimento de presunção absoluta de violência, tendo em vista o enunciado da Súmula nº 593 do STJ e da alteração legislativa promovida pela Lei 13.718/18, que acrescentou o § 5º ao artigo 217-A do CP, de caráter notadamente interpretativo, no sentido de ser forçosa a aplicação das penas independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime, tenho que não há mais espaço para interpretação diversa.

Vale a pena colacionar a citada Súmula e o conteúdo do dispositivo penal: “Súmula 593. O crime de estupro de vulnerável configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

[...]

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

[...]

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

[...]

§ 4º Se da conduta resulta morte:

[...]

§ 5º As penas previstas no *caput* e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime

Nestes termos, em respeito aos princípios da segurança jurídica, da confiança e da legalidade, não obstante o meu entendimento pessoal, tenho, com pesar, por renunciá-lo, razão pela qual, no caso dos autos, mantenho a r. sentença condenatória, em respeito à jurisprudência firmada pelo colendo STJ.

Feito esse breve registro, acompanho o eminente Relator.

DES. CÁSSIO SALOMÉ - No mérito, acompanho o d. Relator, aderindo à manifestação do il. Revisor.

Quanto à relativização da vulnerabilidade no crime de estupro de vulnerável, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado sob o rito dos recursos repetitivos assentou que:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime (STJ - REsp 1480881/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 26/8/2015, *DJe* de 10/9/2015).

Dessa forma, conquanto mantenha entendimento pessoal diverso sobre o tema, - no sentido de que os crimes, como o que está em análise, devem ser julgados sob uma ótica casuística, revelando-se necessário o exame de cada caso em concreto para que se possa concluir pela possível relativização da presunção de violência ou não, entendo necessário o alinhamento com a orientação jurisprudencial das Cortes Superiores, a fim de evitar o abarrotamento do sistema recursal, razão pela qual, aqui me repositio e aplico o entendimento supra do Superior Tribunal de Justiça.

Com essas considerações, no mérito, acompanho o voto condutor.

*Súmula* - REJEITARAM, POR MAIORIA, A PRELIMINAR APRESENTADA PELO RELATOR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Lesão corporal gravíssima - Absolvição - Insuficiência probatória - Descabimento - Prova farta de autoria delitiva - Legítima defesa - Reconhecimento - Inviabilidade - Requisitos não preenchidos - Privilégio - Aplicação - Impossibilidade - Hipótese fática que não se amolda à previsão legal - Redução da pena-base - Cabimento - Fixação desproporcional no juízo primevo - Recurso conhecido e parcialmente provido

- Sendo a prova dos autos farta quanto à autoria delitiva e não ficando demonstrado que a ré agiu sob legítima defesa ou impelida por motivo de relevante valor social ou moral ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, não há que se falar em acolhimento dos pleitos absolutório ou de reconhecimento da minorante em questão.

- Comporta um pequeno reparo a pena-base fixada de forma desproporcional à(s) circunstância(s) judicial(is) negativamente(s) valorada(s).

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0527.13.001401-4/001 - Comarca de Prados - Apelante: C.M.L.L. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítimas: M.L.A.O., V.C.C. - 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.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018. - *Alexandre Victor de Carvalho* - Relator.

### Voto

DES. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO - Trata-se de apelação criminal interposta em face da sentença de f. 147/149, por meio da qual o magistrado primevo julgo procedente a pretensão punitiva acusatória, condenando a apelante nas sanções do art. 129, § 2º, IV, do Código Penal à pena de três anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, sendo permitido à apelante recorrer da decisão em liberdade.

Em suas razões recursais, pleiteia a apelante absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pugna pelo reconhecimento da excludente de ilicitude legítima defesa. Não sendo o caso de acolhimento dos pedidos anteriores, pelo princípio da eventualidade, pugna pela incidência da minorante prevista no artigo 129, § 4º, do Código Penal. Por fim, assevera a inobservância do critério trifásico para aplicação da pena, razão pela qual pede o redimensionamento da reprimenda, com posterior concessão de *sursis* (f. 159/165).

O Ministério Público contra-arrazoou o recurso defensivo, oportunidade em que pugnou por seu desprovimento (f. 166/181).

No mesmo sentido, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de f. 187/194.

É o relatório.

Conhecimento.

Conheço do recurso, face a seu ajuste legal.

Mérito.

Pede a defesa a absolvição da apelante por insuficiência probatória.

A meu entender, o recurso defensivo não comporta provimento.

Foi narrado na denúncia:

C.M.L.L., brasileira, solteira (amasiada), costureira, [...], natural de Dores de Campos/MG, filha de [...], residente na Rua [...], Centro, Dores de Campos/MG;

Consta do IP que no dia 15/9/2013, por volta das 18h, na Praça José Café, Bairro Estação de Prados, em Prados/MG, a denunciada ofendeu a integridade corporal de V.C., pois lhe feriu na região cervical anterior à esquerda, próximo ao músculo esternocleidomastóideo e na região mamária direita, utilizando-se de um objeto cortante, causando-lhe as lesões gravíssimas descritas nos ACD de f. 34/35 e 53, resultando em deformidade permanente.

Consta dos autos que no dia, horário e local citados, a denunciada se encontrava do lado de fora do bar [...] na companhia de seu esposo D., de sua irmã V.L., de M. e de C., esposo desta, além dos amigos L., E., S. e G.. Em dado momento, chegaram ao local a denunciada e seu namorado J., além de dois amigos.

Apurou-se que em dado momento J. se aproximou de M., dizendo que ela estava debochando dele, fato este negado por M.. J., não satisfeito com a resposta de M., partiu para cima desta, com uma garrafa de vidro na mão, ocasião em que desferiu uma garrafada na cabeça de M. e outras em sua face, ocasionando-lhe as lesões descritas no ACD acostado à f. 43.

Consta, ainda, que a denunciada se aproximou de V., ocasião em que a agrediu fisicamente na região do pescoço, utilizando-se de um objeto cortante, o que lhe causou as lesões gravíssimas descritas nos ACD's de f. 34/35 e 53.

Em seguida, a denunciada e J. ainda jogaram pedras em direção ao grupo, sendo que uma delas atingiu C.O.S., causando nele as lesões descritas no ACD de f. 33.

A prova dos autos demonstrou a imputação realizada na denúncia.

Como bem constou na sentença recorrida, a prova dos autos é incontestante quanto à agressão perpetrada pela apelante, a qual deu causa à incapacitação para as ocupações habituais por período superior a trinta dias, além de causar na vítima deformidade permanente. Nesse sentido, testemunhas tanto da acusação quanto da defesa, bem como das vítimas:

[...] que neste momento C. deu um golpe com a garrafa na cabeça da depoente, sendo que a depoente ficou meio zonha; que, quando a depoente chegou no carro, viu que V. estava bastante machucada com um corte no pescoço; que D. foi dar socorro para V., sendo que a depoente e os demais permaneceram no carro depoente. (M.L.).

[...] que a depoente estava juntamente com seu marido D., sua irmã V.L., sua tia S., bem como M. e o marido dela de nome C., no Bar [...]; que depois chegaram C., o marido dela, de nome J., bem como mais duas pessoas; que após algum tempo J. gritou por M. quando então C. mandou que ele se aproximasse; que J. se aproximou e disse que M. estava zombando dele por ele ter as pernas tortas; que M. respondeu que não estava zombando de J., pois sequer estavam olhando para ele; que J. foi logo sacando de um canivete e passou no braço de M.; que aí formou-se uma confusão, sendo que C. pegou uma garrafa de bebida, quebrou-a e passou no pescoço da depoente; que a depoente teve que levar vinte pontos; que o marido da depoente a socorreu, mas mesmo assim C., J. e os amigos deles ficaram jogando pedras contra o grupo da depoente; que C. também deu uma garrafada na cabeça de M., tendo jogado um copo no rosto dela; que a depoente estava por perto e não provocou C. (V. C.).

[...] que C. acertou um golpe de garrafa na cabeça de M., causando ferimentos no rosto; que o depoente não viu sua esposa ser atingida, mas viu quando o pescoço dela já estava cortado, não tendo visto quem atingiu V.; que o depoente retirou sua esposa e foi para o carro para socorrê-la; que mesmo assim C. e o grupo dela ficaram jogando pedras e garrafas no carro do depoente [...]; que o tumulto a que o depoente se refere foram C. e J. que agrediram M. e V.; que não viu C. discutir com V. e nem mesmo conversar com ela. (D.L.S.).

[...] que J. deu um empurrão em M. e voltou para onde estava; que logo em seguida J. voltou com C., quebraram umas garrafas e acertou M.; que parecia que J. estava “com um troço cortante na mão”; que no tumulto o depoente viu V. ferida; que foram providenciar socorro para ela; [...] que M. segurou C. e J. para que não jogassem pedras no carro do depoente. (C.O.S.).

[...] que a depoente é tia de V.; que a depoente, V., M. e outras pessoas estavam no Bar [...] tomando cerveja; que em dado momento um rapaz de nome J. se aproximou e perguntou para M. porque ela estaria zombando dele; que M. respondeu que não estava zombando de J.; que J. pegou um canivete e golpeou M. no braço; que C. veio com uma garrafa e ofendeu sua sobrinha V. (S.M.C.).

[...] que C. percebeu que M. estava andando de modo estranho parecendo debochar de J., já que ele, J., tem um andar estranho; que o depoente foi urinar, sendo que quando voltou, M. discutia com C. e J., mas o depoente não ouviu o que eles diziam; que viu M. jogando um copo de cerveja em J.; que viu C. jogando uma garrafa mas não sabe em quem acertou (R.A.).

[...] que a depoente era namorada de R.; que pararam o carro no Bar [...]; que J. e R. foram buscar cerveja; que a depoente e C. ficaram no carro; que em dado momento C. falou que M. estava imitando J.; que J. ficou bravo; que primeiramente J. chamou M., mas ela não atendeu; que, em seguida, J. foi até M., mas

a depoente não ouviu o que ele disse para ela; que M. jogou o líquido do copo em J.; que C. foi atrás e jogou uma garrafa, não sabendo em direção a quem; que não viu onde C. arrumou a garrafa (M.A.O.).

Da análise dos autos, percebe-se que C. estava em um bar com seu companheiro, quando chegaram as vítimas. C. teria desconfiado que uma das vítimas estava debochando de seu companheiro, porque este tem um jeito “torto” de andar, o que motivou que ela pegasse uma garrafa e agredisse a vítima.

A despeito de a apelante afirmar que sua ação decorreu do suposto deboche perpetrado pela vítima, isso não é nem minimamente comprovado em juízo. Nenhuma das testemunhas presenciais (nem da acusação, nem da defesa) viu a vítima imitando o companheiro da apelante. Claramente a confusão foi instaurada no bar após a apelante se munir de uma garrafa e atirar contra as vítimas.

Por esses motivos, não há que se falar em absolvição por insuficiência probatória, porquanto comprovado, à saciedade, que a conduta causadora de lesão partiu da apelante. Da mesma forma, não vejo como acolher o pleito de reconhecimento de legítima defesa, já que a querela instaurada teve início, primeiramente, com a recorrente incitando seu companheiro à violência contra a vítima, ao dizer a ele que ela imitava o jeito deste de andar. Seguiu-se com a apelante atirando uma garrafa na direção das vítimas.

No que tange ao pedido defensivo de reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 129, § 4º, do Código Penal, não vejo como acolhê-lo, pois, nos termos do fundamentado acima, não restou comprovada uma injusta provocação da vítima. E, ainda que tivesse sido comprovado que a vítima tivesse imitado o companheiro da apelante, por mais que isso seja reprovável e moralmente inadequado, a (suposta) reação da apelante não tem relevante valor social ou moral, ou causadora de violenta emoção a ponto de ensejar a prática do delito apurado nestes autos. Inviável, pois, o reconhecimento da minorante aqui pleiteado.

Por fim, pede a defesa a revisão da pena, ao argumento de que o magistrado primevo não observou o critério trifásico.

Na primeira fase, não obstante não tenha o juiz observado a melhor técnica, fica claro que foi valorada uma circunstância judicial negativamente, qual seja a circunstância do delito, tendo em vista que o delito levou à incapacidade para ocupações habituais por mais de trinta dias, circunstância que entendo que deve ser mantida. Este fato, considerado para permitir uma elevação da pena-base, não é inerente ao tipo da lesão gravíssima. É perfeitamente possível que se acarrete uma deformidade permanente sem que ocorra uma incapacitação para ocupações habituais por período superior a trinta dias. No caso dos autos, ocorreram ambas as consequências, sendo perfeitamente possível que esta última mencionada, que configuraria uma lesão grave, não fosse a debilidade permanente atestada à f. 128, seja utilizada como circunstância judicial negativa.

Todavia, o aumento operado na sentença - um ano - pela valoração negativa de uma circunstância judicial me pareceu desarrazoado.

Com essas considerações, mantendo a valoração negativa das circunstâncias do delito, reduzo a pena-base para dois anos e seis meses de reclusão, patamar que se torna definitivo à míngua de outras causas modificadoras.

Inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, bem como a concessão e *sursis*, pois que não se encontram preenchidos os requisitos legais (art. 44 e 77 do Código Penal).

Feitas essas considerações, viável, tão somente, o acolhimento do pleito de redução da reprimenda.

Com isso, dou parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PEDRO COELHO VERGARA e EDUARDO MACHADO.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •



Apelações criminais - Furto qualificado pelo abuso de confiança e pelo concurso de pessoas - Recurso defensivo - Decote da qualificadora do abuso de confiança - Possibilidade - Reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do Código Penal de ofício - Ré primária e bem subtraído de pequeno valor - Apelo ministerial - Fraude processual - Condenação - Impossibilidade - Atipicidade da conduta

- O art. 30 do Código Penal dispõe que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam, salvo quando forem elementares do crime. Tendo em vista que a qualificadora do abuso de confiança tem natureza subjetiva e não configura elementar do crime de furto, ela não se comunica à coparticipante que não tem relação de confiança com a vítima.

- Presentes as circunstâncias que autorizam a diminuição da pena com base no art. 155, § 2º, do CP (primariedade e pequeno valor da coisa furtada), é necessário reconhecer o privilégio do crime de furto.

- Para a configuração do crime de fraude processual é necessário que o acusado se valha de um artifício capaz de modificar o sentido probatório de lugar, coisa ou pessoa, e que não se trate de modificação grosseira, incapaz de induzir em erro.

- A conduta das acusadas de se desfazer do bem subtraído na própria viatura policial não coloca em risco a correta aplicação da lei, sendo, portanto, atípica.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0054.14.001445-4/001 - Comarca de Barão de Cocais - 1º Apelante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º Apelante: A.P.P.S. - Apelado: A.P.P.S., F.A.S., Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: M.A.S.M. - Relator: DES. FLÁVIO BATISTA LEITE**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DAR PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO COM ALTERAÇÃO DE OFÍCIO.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2018. - *Flávio Batista Leite* - Relator.

### Voto

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Trata-se de apelações interpostas pelo Ministério Público de Minas Gerais e por A.P.P.S., que foi denunciada, juntamente com F.A.S., como incurso nas iras do art. 155, § 4º, II e IV, e do art. 347 do Código Penal (furto qualificado pelo abuso de confiança e pelo concurso de pessoas e fraude processual, respectivamente). A apelante ainda foi denunciada como incurso nas iras do art. 307 do Código Penal (falsa identidade).

A denúncia narra que: “[...] As denunciadas, em 9/5/2014, aproximadamente às 12h30min, na rua [...], Barão de Cocais/MG, subtraíram para si coisa móvel pertencente a M.A.S.M. mediante fraude e abuso de confiança”.

Foi apurado que, após a realização da prisão em flagrante das denunciadas, as mesmas, em unidade de desígnios e comunhão de vontades, tentaram inovar artificialmente o estado de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito em processo criminal ainda não iniciado, não logrando êxito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Por fim, foi apurado que, no mesmo contexto fático, a denunciada A.P.P.S. atribuiu-se falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio e para causar dano a outrem.

Foi apurado que, no horário e local supramencionado, as denunciadas se dirigiram à residência de M.A.S.M. e solicitaram à mesma que lhes desse um copo de água, aguardando que a mesma, ante tal pedido, reduzisse a sua vigilância sobre os bens que guarnece sua residência.

Por conhecer e confiar na denunciada F. há muitos anos por a mesma ter sido babá de seus filhos, a vítima autorizou que a mesma se dirigisse à cozinha para buscar o copo de água solicitado. Aproveitando-se do descuido momentâneo da vítima em virtude da confiança depositada em F.A. e pelo fato de a vítima ter-se distraído com a organização de sua filha e da ida de F.A. na cozinha, a denunciada A.P.P. subtraiu para si um celular de marca Blue de IMEI nº 35763051500914, de propriedade da vítima, que se encontrava sobre um móvel da sala da casa, e rapidamente evadiu-se para o quintal.

Realizada a prisão em flagrante de ambas, no interior da viatura A.P.P., em comunhão de vontades e unidade de desígnios com F.A., dispensou o celular no interior da viatura da Polícia Militar como uma forma de impedir a persecução penal nestes autos por meio da destruição da prova da materialidade do delito de furto, o fato não se consumando em virtude da atenção dos policiais, que rapidamente localizaram o aparelho de telefone antes que o mesmo fosse perdido. Ao ser ouvida, A.P.P. atribuiu-se nome distinto do verdadeiro para a Polícia Militar e para a Polícia Civil, como uma forma de impedir a localização de seu cadastro e verificar a sua vida pgressa (*sic*, f. 02/02A). A denúncia foi recebida em 23/05/14 (f. 47).

Finda a instrução criminal, o juiz julgou parcialmente procedente a denúncia e absolveu as acusadas dos delitos de fraude processual, absolveu A.P.P. do crime de falsa identidade, mas condenou ambas pelo delito de furto qualificado pelo abuso de confiança e pelo concurso de pessoas. As duas denunciadas foram condenadas a penas idênticas de 02 anos e 06 meses de reclusão, no regime aberto, substituídas por prestação de serviço à comunidade e prestação pecuniária de um salário mínimo, e ao pagamento de 20 dias-multa, no valor unitário mínimo (f. 145/149). As rés estão em liberdade. A sentença foi publicada em 31/8/2015 (f. 149-v). Intimações da sentença regulares.

A defesa de A.P.P. apelou e, nas razões de f. 180/183, requereu o decote da qualificadora do abuso de confiança prevista no inciso II do § 4º do art. 155 do CP.

O Ministério Público também apelou e, nas razões de f. 189/197, requereu a condenação das acusadas nas iras do art. 347, parágrafo único, c/c o art. 14, II, do CP (tentativa de fraude processual).

Nas contrarrazões de f. 184/188-v e 195/196-v, o *Parquet* e a defesa pugnaram pela improcedência do recurso aviado pela parte contrária.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento de ambos os recursos (f. 205/208-v).

Esse é, em síntese, o relatório.

Passo ao voto.

Presentes seus pressupostos de admissibilidade e processamento, conheço dos recursos.

Ausente tese preliminar, arguida ou que deva ser apreciada de ofício, analiso o mérito das apelações.

Recurso defensivo. Pretende a defesa de A.P.P. o decote da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, II, do CP ao argumento de não restou comprovada a relação de confiança entre a corré F. e a vítima, tendo em vista que, mais de vinte anos atrás, a codenunciada havia prestado serviços para a ofendida.

Todavia, não assiste razão à defesa. Nas duas oportunidades em que foi ouvida, a vítima disse que permitiu a entrada de F. e de A.P.P. em sua residência somente porque já conhecia F. há muitos anos e porque ela já havia sido, inclusive, babá de seus filhos. Assevera que F. frequenta a sua casa e que ela nunca havia retirado nada de lá (f. 05 e 85), o que é ratificado por F. (f. 06 e 86).

Assim, ao contrário do que faz crer a defesa, restou comprovada a relação de confiança existente entre a vítima e a corré F. e que esta se aproveitou da situação para entrar na residência daquela.

Por outro lado, entendo necessário o decote da referida qualificadora para a apelante, pois a confiança existente entre a corré e a vítima configura circunstância pessoal e, portanto, incomunicável à A.P.P.

O art. 30 do Código Penal dispõe que as circunstâncias e as condições de caráter pessoal não se comunicam, salvo quando forem elementares do crime. Portanto, o Código Penal estabelece, em linhas gerais, que as circunstâncias objetivas se comunicam aos coparticipantes se eles tiverem conhecimento delas; assim como estabelece que as circunstâncias subjetivas não se comunicam aos coparticipantes, exceto se essas circunstâncias forem elementares do crime.

E, como é cediço, elementares são “dados essenciais à figura típica, sem os quais ou ocorre uma atipicidade absoluta, ou uma atipicidade relativa”. Por sua vez, as circunstâncias são “dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. A existência ou não de uma circunstância em nada interfere na definição da figura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de determinada infração penal (GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 98/99).

E o abuso de confiança não é elementar do crime de furto, pois a sua remoção não faz desaparecer o crime nem enseja o surgimento de outro. Além disso, trata-se de circunstância subjetiva, uma vez que pressupõe relação intersubjetiva entre o autor e a vítima. Decerto, é uma circunstância pessoal que demanda avaliação subjetiva.

Sobre o tema:

Circunstâncias objetivas e subjetivas. Objetivas, materiais ou reais são as circunstâncias que, na lição de Alberto Silva Franco, ‘se relacionam com o fato delituoso em sua materialidade (modos de execução, uso de determinados instrumentos, tempo, ocasião, lugar, qualidades da vítima etc.)’. Tais circunstâncias se comunicam se ingressarem na esfera de conhecimento dos coparticipantes. Subjetivas ou pessoais são aquelas que dizem respeito à pessoa do agente, não tendo qualquer relação, como diz Damásio de Jesus,

‘com a materialidade do delito, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com a vítima ou com outros concorrentes.’ As circunstâncias de natureza subjetiva não se comunicam aos coparticipantes, a não ser que se transformem em elemento do tipo penal, ou seja, de simples dado periférico, passe a ser um dado essencial à figura típica. Deverá, ainda, para que seja estendida, ingressar na esfera de conhecimento dos coparticipantes (GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 98/99).

No mesmo sentido é a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

Penal e processual penal. Recurso especial. Homicídio qualificado. Motivo fútil. Ciúmes. Exclusão de qualificadora não manifestamente improcedente. Usurpação da competência do Tribunal do Júri. Qualificadora de crime cometido mediante paga ou promessa de recompensa. Impossibilidade de comunicação ao mandante. Circunstância de caráter pessoal. Recurso parcialmente provido. [...] IV - Os dados que compõem o tipo básico ou fundamental (inserido no *caput*) são elementares (*essentialia delicti*); aqueles que integram o acréscimo, estruturando o tipo derivado (qualificado ou privilegiado) são circunstâncias (*accidentalia delicti*). V - No homicídio, a qualificadora de ter sido o delito praticado mediante paga ou promessa de recompensa é circunstância de caráter pessoal e, portanto, *ex vi art. 30 do C.P.*, incommunicável. Recurso especial parcialmente provido para restabelecer a qualificadora de motivo fútil na decisão de pronúncia (REsp 1415502/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 15/12/2016, DJe de 17/2/2017).

Pelo exposto, decoto a qualificadora prevista no inciso II do § 4º do art. 155 do CP da condenação de A.P.P.S.. Além disso, entendo necessário o reconhecimento de ofício do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP em favor da apelante.

A benesse em questão tem por objetivo, como medida de política criminal, evitar o encarceramento de réus primários, autores de furto de pouca relevância econômica.

São requisitos para a aplicação do benefício insculpido no § 2º do art. 155 do Código Penal: a primariedade e o furto de coisa de pequeno valor. Filio-me ao entendimento majoritário que adota como “pequeno valor” o do salário mínimo, auferido por grande parte da população, à época da consumação do crime.

No presente caso, A.P.P. é primária, porquanto não consta na sua CAC condenação definitiva (f. 113). A *res furtiva* (aparelho celular) foi avaliada em R\$ 100,00 (cem reais - laudo de f. 26), quantia inferior ao salário mínimo vigente à época dos fatos (R\$ 724,00). Sendo assim, impõe-se conceder o referido benefício de ofício.

Nesse ponto, ressalto que a referida minorante viabiliza três alternativas ao julgador: substituição da pena de reclusão pela de detenção; diminuição da pena de um a dois terços; ou, ainda, aplicação somente da pena de multa. No presente caso entendo adequada a substituição da pena de reclusão pela de detenção, tendo em vista as circunstâncias dos fatos.

Destaco que não estendo o benefício a F., pois, quanto a ela, está mantida a incidência da qualificadora do abuso de confiança, o que, por si só, impede a concessão de privilégio.

É que me filio à jurisprudência sedimentada no STJ de que é possível o reconhecimento do privilégio no furto qualificado, desde que a qualificadora seja de natureza objetiva (teor da Súmula 511 do STJ). E como já foi fartamente sustentado neste voto, o abuso de confiança é qualificadora de natureza subjetiva e, por conseguinte, obsta a aplicação do benefício previsto no § 2º do art. 155 do CP.

Destarte, mantenho a condenação de F. nos exatos termos da sentença, mas altero a decisão relativamente à A.P.P. e a condeno nas iras do art. 155, §§ 2º e 4º, IV, do CP (furto privilegiado qualificado pelo concurso de pessoas).

Passo, então, à nova dosimetria da pena de A.P.P.S..

Na primeira fase, afasto a análise desfavorável da circunstância judicial das circunstâncias do crime, pois o juiz utilizou como fundamento o abuso de confiança, e fixo a pena-base no mínimo legal de 02 anos de reclusão e de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase estão ausentes atenuante e agravante.

Na terceira fase estão ausentes causa de aumento e de diminuição de pena, pelo que concretizo a reprimenda no patamar acima.

Tendo em vista o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP, substituo a pena de reclusão pela de detenção.

Mantenho o regime prisional aberto, bem como a substituição da pena corporal por restritivas de direitos nos moldes da sentença.

Recurso ministerial.

Pretende o *Parquet* a condenação das acusadas no delito previsto no art. 347, parágrafo único, c/c o art. 14, II, do CP (tentativa de fraude processual), ao argumento de que jogar a *res furtiva* na viatura policial é suficiente para impedir a formação da materialidade delitiva e impedir a correta análise dos fatos pelo juízo.

Contudo, o pleito não merece guarida.

De fato, os policiais militares afirmaram que, depois de prenderem as acusadas em flagrante, as colocaram na viatura policial e as levaram ao quartel da Polícia Militar. Contudo, no caminho, os militares viram uma das réis jogando o aparelho celular dentro do carro policial (f. 02C/04 e 84).

A despeito disso, a conduta imputada às acusadas não se amolda ao tipo penal descrito no art. 347 do Código Penal. Senão, vejamos. Fraude processual

Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

Para a configuração do crime é necessário que o acusado se valha de um artifício com a finalidade de enganar, iludir, modificar o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para que o julgador ou o perito chegue à conclusão equivocada e, assim, coloque em risco a correta aplicação da lei.

Portanto, o recurso utilizado deve ser apto a enganar. De acordo com Alberto Silva Franco:

[...] é indispensável que a ação seja idônea para induzir em erro o juiz ou perito, motivo pelo qual se afirma que o fim de agir tem aqui, igualmente, um sentido objetivo. É de mister que materialmente

seja a inovação capaz de modificar o sentido probatório de lugar, coisa ou pessoa e que não se trate de modificação grosseira incapaz de induzir em erro (FRANCO, Alberto Silva. et. al. *Código Penal e sua Interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1.694).

No presente caso, a conduta das acusadas não foi capaz de “modificar o sentido probatório” e, muito menos, de induzir o magistrado a erro.

É manifesta, portanto, a atipicidade da conduta, diante do que mantenho a absolvição das acusadas pelo crime de fraude processual, mesmo que por fundamentação diversa à utilizada pelo sentenciante, que entendeu que a tentativa das acusadas de ocultar o bem subtraído configura desdobramento do próprio crime de furto e, por isso, não pode subsistir como crime autônomo, à luz do princípio da consunção (*post factum* impunível).

Dispositivo. Pelo exposto, nego provimento ao recurso ministerial e dou provimento ao recurso defensivo para decotar a qualificadora do abuso de confiança da condenação de A.P.P.S.. De ofício, reconheço o privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP à apelante. Por conseguinte, condeno-a nas iras do art. 155, §§ 2º e 4º, IV, do CP à pena de 02 anos de detenção, no regime aberto, e de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, mantida a substituição da pena corporal por restritivas de direitos operada na sentença.

Sem custas recursais.

Deixo de determinar a expedição de mandado de prisão contra as rés, conforme a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292/SP e no ARE 964.246/SP, porque a pena corporal delas, cujo regime de cumprimento é o aberto, foi substituída por reprimendas restritivas de direito.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES WANDERLEY PAIVA e KÁRIN EMMERICH.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO COM ALTERAÇÃO DE OFÍCIO.

• • •

## Apelação criminal - Tráfico de drogas - Desclassificação para o delito de uso - Remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal - Impossibilidade

- É inviável a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal por ter sido fixada a competência da Justiça Comum para a apreciação e julgamento do feito, a partir da capitulação descrita na denúncia, a qual foi recebida nos termos em que foi oferecida, exatamente por existirem indícios que justificavam a manutenção inicial da imputação do delito ao acusado.

V.v.p.: Apelação criminal - Tráfico de drogas - Autoria negada - Provas insuficientes do comércio de drogas - Incidência do princípio do *in dubio pro reo* - Desclassificação que se impõe - Necessidade de oportunizar ao réu os benefícios da Lei 9.099/95 - Recurso conhecido e provido.

- Não comprovada a prática do delito de tráfico de drogas, mas tão somente a posse de entorpecentes para o próprio consumo, deve ser operada a desclassificação da sua conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

- Ao proceder à desclassificação da conduta para delito de menor potencial ofensivo, deve o magistrado conferir ao Ministério Público a oportunidade de propor ao acusado os institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0395.17.002526-0/001 - Comarca de Manhumirim - Apelante: R.M.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ADILSON LAMOUNIER**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2018. - *Adilson Lamounier* - Relator.

### Voto

DES. ADILSON LAMOUNIER - Trata-se de apelação criminal interposta por R.M.S. em face da sentença de f. 110-114, por meio da qual a MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Manhumirim julgou procedente o pedido da denúncia e condenou o apelante como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, todos da Lei nº 11.343/06, às penas de 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 700 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal.

Em suas razões de recurso de f. 118-121v, requer a defesa do apelante a reforma da sentença recorrida, com a consequente desclassificação para o uso de drogas. De forma alternativa, considerando que foi reconhecida



a semi-imputabilidade do apelante, pleiteia que seja reduzida a pena aplicada em 2/3 (dois terços), pois que não houve a devida fundamentação, na r. sentença, para a redução em apenas 1/3 (um terço).

O Ministério Público, às f. 127-138, apresentou contrarrazões ao recurso, pugnando pelo seu conhecimento e desprovimento. No mesmo sentido opina a Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer lançado pelo ilustre Procurador, Rômulo Paiva Filho. (f. 144-147).

O acusado foi intimado pessoalmente da sentença à f. 124.

Em suma, é o relatório.

Conheço do recurso, pois que presentes os seus pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no dia 4 de agosto de 2017, por volta das 19h, na Avenida [...], Centro, Município de Manhumirim, o denunciado, consciente e voluntariamente, tinha em depósito, transportava, trazia consigo, guardava, oferecia e vendia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, drogas ilícitas.

Extrai-se do inquérito policial que o setor de inteligência do Presídio de Manhumirim recebeu denúncia no sentido de que o denunciado iria entrar no Presídio com drogas no seu corpo para que, posteriormente, fossem entregues a outros internos.

Consta nos autos que o denunciado cumpre pena no Presídio de Manhumirim e, à época dos fatos, estaria gozando do benefício da saída temporária.

De posse das informações, quando o denunciado se apresentou no Presídio de Manhumirim, agentes penitenciários questionaram se ele estaria trazendo drogas dentro de seu corpo, tendo o denunciado respondido afirmativamente e esclarecido, ainda, que a substância entorpecente estava dentro do estômago.

Imediatamente, os agentes penitenciários colocaram o denunciado sozinho em uma sala. Após alguns instantes, o denunciado vomitou, vindo a expedir 12 (doze) invólucros que continham a substância entorpecente popularmente conhecida como “maconha”.

Apurou-se nos autos que o denunciado iria entregar a droga apreendida ao seu companheiro de cela, de nome F.C.N., bem como que este lhe havia entregado a importância de R\$100,00 (cem reais) pelas drogas ilícitas.

Relata que a substância entorpecente apreendida foi submetida a exame de constatação de drogas.

Apurou-se, ainda, que a infração penal ocorreu nas dependências do estabelecimento prisional de Manhumirim.

O d. Magistrado *a quo*, conforme relatado, julgou o pedido da denúncia procedente, condenando o apelante pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inciso III, todos da Lei nº 11.343/06, o que ensejou a interposição do presente apelo.

Quanto à autoria, analisando o arcabouço probatório coligido aos autos, julgo que não há prova cabal desta em relação ao delito de tráfico de drogas imputado ao apelante, merecendo prosperar o recurso defensivo.

Com efeito, vejamos os depoimentos dos agentes penitenciários:

S.C.C.: [...] que confirma o depoimento prestado perante a autoridade policial, que se encontra às f. 02/03, que ora foi lido; que o réu chegou a entrar no presídio com as drogas no estômago, tendo ficado na sala do parlatório até que expelisse a substância entorpecente; que o réu comentou que a droga seria para o detento F.N., o qual lhe pagaria a quantia de cem reais pela substância; que acredita que foram expelidos quinze invólucros pelo réu, mas não sabe precisar o número exato; que o réu teria informado que seriam quinze invólucros. [...] Que o setor de inteligência foi informado que o réu entraria com drogas no presídio, mas não para quem seria a substância” (f. 84).

L.M.S.: [...] que a depoente foi chamada pelo agente S.C. quando o réu confessou que estava com drogas em seu estomago; que a depoente não estava presente no momento em que o réu expeliu as drogas; que a depoente presenciou o réu confessando que o pai do detento F.C. pagou cem reais para ele, sendo que sessenta reais ele deveria comprar em drogas e os quarenta reais restantes o réu poderia usar como quisesse” (f. 81).

R.E.C.: [...] que a denúncia recebida pelo setor de inteligência do presídio dava conta de que R. iria entrar com drogas para entregar para outros detentos do presídio de Manhumirim [...] Que o depoente não teve acesso a denúncia anônima e não pode dizer se a mesma dava conta para quem seria a droga que R. transportava (f. 83).

J.S.A.: [...] havia denúncia anônima dando conta que R. entraria para o presídio ‘cheio’, no linguajar do presídio; que R. foi indagado e confessou estar com drogas em seu estômago; que o réu foi isolado e foi-lhe entregue uma sacola, para que expelisse as drogas; que não teve informações se a denúncia anônima dava conta para quem seria repassada a droga pelo réu ou se seria para uso dele (f. 82).

O apelante, ouvido pela primeira vez na fase policial, informou que a droga expelida por ele era para o seu companheiro de cela, que lhe pagou a quantia de R\$40,00 (quarenta reais) pelo serviço prestado, notemos:

Que alega que seu companheiro de cela do seguro 02 chamado F.C.N. deu ao declarante a quantia de R\$100,00, pois recebera um indulto de 07 dias, e quando o declarante retornasse era para usar os cem reais e comprar R\$60,00 (sessenta reais) de maconha e os R\$ 40,00 seria para pagar ao declarante pelo serviço prestado (f. 08).

Todavia, em juízo, relatou que afirmou inicialmente que teria comprado a droga a pedido de seu companheiro de cela por se sentir pressionado naquela situação. Na oportunidade, esclareceu que a droga encontrada era destinada ao seu próprio consumo. Vejamos:

Que são parcialmente verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que o interrogando é usuário de drogas e entrou com drogas no presídio para seu uso; que falou que a droga seria para o detento F.C.N. porque estava com a cabeça quente e foi pressionado pelos agentes; que pretendia usar toda a droga que transportava em seu estomago; [...].(f. 86-86v) .

Nota-se, pois, que a pessoa mencionada pelo denunciado, qual seja F.C.N., negou categoricamente ter solicitado ao apelante que levasse drogas para dentro do presídio, tanto em fase policial (f. 36-37) como em juízo:

indagou o réu o motivo pelo qual o mesmo disse que a droga era para o informante e ele informou que teria ficado nervoso e sido pressionado a dizer o nome do informante; que o informante é filho de um policial militar, atualmente na reserva, de Espera Feliz/MG; que a família do informante é de Espera

Feliz; que o informante já usou drogas e seu pai sempre foi contrário a isso; que no interior do presídio o informante e os demais detentos não possuem acesso a dinheiro [...] (f. 85).

Com efeito, considerando as divergências nos depoimentos extrajudiciais prestados pelo denunciado e por F. foi feita acareação, tendo ficado esclarecido que:

“Os acareados serão reperguntados para que expliquem os pontos de divergência apontados nas declarações do acareado 01 (R.), às f. 08/09 e acareado 02 (F.), às f. 36/37; Que em seu depoimento prestado no dia 5/8/2017, nos autos da prisão em flagrante delito o acareado 01 disse que “alega que seu companheiro de cela do Seguro 02 chamado F.C.N. deu ao declarante a quantia de R\$100,00, pois recebera um indulto de 07 dias”; Que neste ato o acareado 01 reconhece sua assinatura acostada nos presentes autos; Que o acareado 01 declara que não confirma a primeira versão apresentada, tendo esclarecido que conseguiu este dinheiro na rua e disse que não foi a pedido de F., acareado esclarecido que conseguiu este dinheiro na rua e disse que não foi a pedido de F., acareado 02; Que o acareado 01 disse que a droga era para consumo próprio e não estava transportando a pedido de ninguém; Que o acareado 02 confirma a versão apresentada nesta unidade policial no dia 22/8/2017, afirmando que não ordenou que R., acareado 01, transportasse drogas para dentro do presídio, negando ainda que tenha lhe entregue qualquer quantia em dinheiro para o autor cometer fato ilícito (f. 42).

Vê-se que o MM. Juiz fundamentou a sentença condenatória, sobretudo, no primeiro depoimento prestado pelo apelante em fase extrajudicial, que acabou corroborado pelo depoimento dos agentes penitenciários L.M.S. e S.C.C..

No entanto, ao final de seu depoimento o agente penitenciário S.C.C. afirmou que “o setor de inteligência foi informado que o réu entraria com drogas no presídio, mas não para quem seria a substância”. No mesmo sentido também foi o depoimento dos agentes R.E.C. e J.S.A., conforme já transcrito acima.

Por conseguinte, considerando a acareação realizada pela Autoridade Policial, bem como pela leitura do depoimento dos agentes penitenciários que não souberam informar acerca da destinação dos entorpecentes, ou seja, se seria para uso próprio ou de terceiros, não é possível constatar a finalidade da droga, razão pela qual entendo que a prova dos autos não é suficiente para sustentar a condenação imposta.

Dessa forma, ao contrário do entendimento manifestado pelo nobre sentenciante, julgo que tais informações, no caso em tela, não são suficientes para lastrear a condenação no caso em comento.

É bem verdade que não há que se questionar os depoimentos dos agentes penitenciários, na medida em que estes são agentes investidos pelo Estado na função de vigiar as instituições prisionais, zelando pela segurança da sociedade, além de manter a integridade física e saúde dos presos.

Todavia, mister que suas declarações guardem verossimilhança no contexto probatório, o que não se verifica no presente caso.

Destarte, tendo o réu afirmado a sua condição de usuário de droga, não se pode descartar a possibilidade de que a pequena quantidade de droga expelida por ele no presídio seria destinada ao consumo próprio.

Importante destacar, ainda, que o suposto envolvimento do apelante com o tráfico de drogas não é o bastante para se concluir, de acordo com as circunstâncias e provas trazidas aos autos, que ele estava praticando o tráfico de drogas, já que, além da ínfima quantidade de droga encontrada, nada mais de ilícito foi apreendido na sua posse.

Neste contexto, não descarto a possibilidade de o apelante ser traficante, mas, no presente caso, a prova é frágil e não comprova que a droga apreendida no local seria por ele comercializada.

Ressalto, mais uma vez, que os depoimentos dos agentes penitenciários são de grande relevância e auxiliam o convencimento do magistrado em casos como tais, gozando de presunção de veracidade. Contudo, não tendo os referidos depoimentos respaldo em outros elementos fáticos concretos, julgo que a desclassificação do apelante é medida que se impõe.

Como é sabido, o agente não precisa ser surpreendido em pleno ato de mercancia para que se configure o tráfico, mas, na espécie, não há nenhuma prova robusta que demonstre que a droga apreendida com o apelante tinha destinação mercantil.

Ora, condenar o acusado com base na confissão extrajudicial que foi retratada em acareação feita pela Autoridade Policial e em depoimento de dois agentes penitenciários que apenas relataram o primeiro depoimento apresentado pelo denunciado não é crível, já que isso não é capaz de atestar que o réu exercia o comércio ilícito de entorpecentes. Ademais, seria incorrer no indesejado direito penal do autor, e não do fato que, repito, não foi devidamente comprovado na espécie.

As “denúncias” da prática do tráfico não foram confirmadas pela prova colhida, prejudicando, no caso em tela, a prova do exercício do tráfico de drogas pelo acusado.

Importante salientar que, ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza, o princípio do *in dubio pro reo* atribui a carga probatória ao acusador.

A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, não sendo alcançado esse grau de convencimento, a dúvida remanescente beneficia o acusado, sendo inadmissível a imposição de pena a alguém baseada em prova deficiente, incompleta e duvidosa.

Pode até ser que o apelante seja traficante e que a droga encontrada em seu poder tivesse destinação mercantil, mas o contexto probatório se revela frágil e sem a segurança necessária para a formação de um juízo de certeza de que o réu tenha, de fato, praticado o crime descrito na denúncia, e, sendo certo que o apelante confessou a propriedade da droga para seu próprio consumo, necessária a desclassificação da conduta do réu para aquela prevista no art. 28, da Lei nº 11.343/2006.

Nesse norte, ainda que o feito tenha tramitado regularmente perante a Justiça Comum, a desclassificação operada para o crime de menor potencial ofensivo, cujas penas não ultrapassam o limite imposto no art. 89, da Lei 9.099/1995, transfere a competência para o Juizado Especial Criminal, nos termos do art. 383, § 2º, do Código de Processo Penal.

Assim, determino a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal da comarca de Manhumirim, pois que competente para verificar a possibilidade de aplicar ao apelante os benefícios legais dos crimes de menor potencial ofensivo.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso defensivo para desclassificar a conduta do apelante R.M.S. para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, determinando, em consequência, a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

Expeça-se alvará de soltura em favor do acusado R.M.S., se por outro motivo não estiver preso.

DES. EDUARDO MACHADO - Voto parcialmente divergente do Relator.

Coloco-me de acordo com o voto proferido pelo e. Desembargador Relator no que se refere à desclassificação da conduta imputada ao acusado para o crime de uso de drogas, tendo em vista que as provas produzidas nos presentes autos, apesar de indiciárias, não se mostram suficientes para comprovar, de forma inequívoca, o seu envolvimento com o delito de tráfico.

No entanto, peço vênia para discordar do voto condutor quanto à determinação de remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal.

A meu ver, é inviável a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, por ter sido fixada a competência da Justiça Comum para a apreciação e julgamento deste feito, a partir da capitulação descrita na denúncia, a qual foi recebida nos termos em que foi oferecida, exatamente por existirem indícios que justificavam a manutenção inicial da imputação do delito ao réu, crime esse que não se amolda à definição legal de menor potencial ofensivo.

Muito embora o art. 48 da Lei 11.343/06 determine a competência do Juizado Especial Criminal para processar e julgar as demandas relativas às condutas descritas no art. 28 da referida Lei, com exceção da ocorrência de concurso com os delitos previstos nos arts. 33 e 37, entendo que o caso em tela não permite essa providência.

O presente feito foi conduzido perante a Justiça Comum, sendo respeitados todos os direitos e garantias do acusado, e, por força do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, a competência para a causa não pode ser supervenientemente alterada.

Ademais, os benefícios processuais previstos na Lei 9.099/1995 têm por finalidade evitar a instauração e tramitação desnecessárias da ação penal, não sendo alcançável neste momento processual, uma vez que todo o procedimento já encerrou.

Instaurada a ação penal pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas e, somente na fase de recurso, ter sido desclassificado para o crime de uso, não se cogita, neste momento, a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal “para a apresentação de proposta dos benefícios da Lei 9.099/1995”.

Assim, tendo o processo seguido o rito ordinário durante toda a instrução em razão da capitulação inicial do delito, a desclassificação operada no voto condutor não tem o condão de alterar a competência.

Neste sentido é o entendimento deste e. Tribunal de Justiça:

Conflito negativo de jurisdição. Denúncia pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas. Desclassificação para o uso. Competência da justiça comum. - Instaurada a ação penal pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas e, posteriormente, desclassificado para o crime de uso, inexistente qualquer razão para que se modifique a competência da Justiça Comum, a qual, inexoravelmente, resta prorrogada (TJMG. Conflito de Jurisdição nº 1.0000.07.455963-4/000. Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel, j. em 28/8/2007).

[...] A despeito da inegável competência dos Juizados Especiais para o processamento das contravenções penais, se o feito foi processado perante a justiça comum, deve ser mantida a competência desta, mesmo que desclassificada a infração inicial, em obediência ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. Conflito conhecido, dando-se pela competência do Juízo suscitado (TJMG. Conflito de Jurisdição nº 1.0000.07.453309-2/000. Relator: Des. Judimar Biber, j. em 12/6/2007).

Apelação criminal. Nulidade do processo em virtude de condenação por contravenção penal. Remessa dos autos ao juizado especial. Impossibilidade. Recurso desprovido. Uma vez que o processo tramitou corretamente sob o rito ordinário, em face do tipo delitivo capitulado na denúncia, a desclassificação, operada na sentença, para contravenção não justifica a oferta de benefícios processuais e, via de consequência, a remessa dos autos ao juizado especial (TJMG. Apelação Criminal nº 2.0000.00.453986-0/000. Relator: Des. Eduardo Brum, j. em 15/9/2004).

Dessa forma, por ter sido o delito desclassificado somente em sede de recurso de apelação, é inadmissível o seu retorno à fase preclusa.

Prosseguindo, tem-se que a Lei 11.343/06 não mais prevê a aplicação de pena privativa de liberdade ao condenado por uso de drogas, não obstante a conduta continuar sendo tipificada como crime.

A propósito, dispõe o art. 28 da Lei Antidrogas:

Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O § 3º do citado artigo prevê, por seu turno, que as penas referentes a “prestação de serviços à comunidade” e “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (incisos II e III do art. 28), serão aplicadas pelo prazo máximo de cinco meses.

Ademais, estabelece o § 4º do mesmo artigo que, “Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses”; hipótese essa verificada na espécie, pois que, conforme se infere das CAC’s juntadas aos autos, o apelante registra outra condenação transitada em julgado pela prática do crime de uso de drogas.

Assim, aplico ao réu a pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 07 (sete) meses, nas condições a serem fixadas pelo Juízo da Execução, o que tenho por necessário e suficiente para a reprovação e repressão do delito em apreço.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para desclassificar a conduta imputada ao apelante para o crime de uso de drogas, impondo-lhe a pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de 07 (sete) meses, nas condições a serem fixadas pelo Juízo da Execução.

É como voto.

DES. JÚLIO CÉSAR LORENS - Peço vênia ao d. Relator, para acompanhar a divergência instaurada pelo i. Revisor.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR.

• • •



Apelação criminal - Crime ambiental - Artigos 38 e 39 da Lei 9.605/98 - Destruição de floresta considerada de preservação permanente - Circunstância elementar não descrita em denúncia - Infrações não tipificadas - Absolvição devida - Art. 48 da Lei 9.605/98 - Princípio da insignificância - Descabimento - Recurso parcialmente provido

- Os tipos legais previstos nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98 exigem à sua configuração seja a área desmatada floresta de preservação permanente, não admitindo o Direito Penal a interpretação extensiva das normas penais incriminadoras para abarcar a supressão de árvores em locais não identificados como floresta.

- Havendo o apelante dificultado a regeneração natural da vegetação ciliar em área de dimensões consideráveis, não há falar em aplicação do princípio da insignificância.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.16.008375-5/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: A.V.A. - Apelado: 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, 13 de dezembro de 2018. - *Matheus Chaves Jardim* - Relator.

### Voto

DES. MATHEUS CHAVES JARDIM - Trata-se de Apelação Criminal interposta por A.V.A., na qual se insurge contra a sentença de f. 102/109, a lhe impor a pena total de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática dos delitos compendiados nos arts. 38, 39 e 48, todos da Lei 9.605/98, substituída a pena privativa de liberdade por duas reprimendas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária no importe de 02 (dois) salários mínimos em favor de entidade a ser eleita na fase de execução e prestação de serviços à comunidade ou entidade pública.

A teor da tese exposta em fundamentação recursal, deve ser reconhecido o excesso condenatório relativamente ao concurso material entre os delitos previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei de Crimes Ambientais, uma vez que o art. 38 engloba também a hipótese em que o dano à floresta de preservação permanente decorre do corte de árvores, conduta prevista no dispositivo subsequente, devendo ser aplicado o princípio da consunção.

Ademais disso, ainda que comprovada a autoria e a materialidade dos delitos imputados ao apelante, as condutas descritas em denúncia são atípicas, uma vez que a lesão causada ao meio ambiente foi mínima, devendo ser reconhecida a insignificância.

Sustenta, ainda, que as áreas descritas em exordial como alvo de degradação ambiental não constituem “floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação”, circunstância elementar dos tipos penais previstos nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98, impondo-se a absolvição do apelante por atipicidade das condutas.

Em contrarrazões de f. 121/123, propugna o RMP pelo desprovimento do recurso, mantendo-se incólume a r. sentença recorrida.

Ouvida, a il. Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso às f. 131/134.

Em síntese, o relatório. Passa-se à decisão.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

*Ab initio*, cumpre transcrever o teor do disposto nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Conforme se depreende, os tipos penais em apreço exigem, à sua configuração, seja a área danificada “floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação”.

No caso dos autos, não obstante se infira do laudo pericial de f. 28/30 a ocorrência de dano ambiental, o perito não especificou se a área vistoriada apresentava vegetação correspondente à floresta, mata ou outro tipo, afirmando apenas que “a tipologia arbórea predominante nas proximidades do local dos exames era de mata ciliar, vegetação rasteira e arbustiva dotada de árvores de pequeno e médio porte além de pastagem para bovinos e lavoura de café”.

Segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, o termo floresta designa vegetação cerrada, composta de árvores de grande porte. De fato, neste sentido leciona Fernando Pereira Sodero, senão veja-se:

Toda vegetação, genericamente considerada, é flora. Floresta é espécie, qual seja ‘a vegetação cerrada, constituída de árvores de grande porte, cobrindo grande extensão de terras’ (*Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, v. 37; 507, p. 510).

Conceito idêntico é dado por Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, para quem floresta é a “vegetação cerrada, constituída por árvores de grande porte, cobrindo grande extensão de terras” (*Crimes contra a Natureza*, São Paulo: Ed. RT, 7. ed., p. 114).

O STJ, manifestando-se sobre tal conceito, decidiu que:

O elemento normativo ‘floresta’, constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o

fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira (STJ, *Habeas corpus* nº 74.950/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 21/6/2007).

Como é sabido, em matéria penal, as normas incriminadoras devem ser interpretadas restritivamente e, não havendo a destruição ou danificação de área de terra mais ou menos extensa, coberta de árvores de grande porte (ou seja, de floresta), não há falar na existência dos delitos tipificados nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98.

A eventual ampliação do conceito de floresta inserto no preceito incriminador, a fim de que sejam subsumidos os casos de destruição ou danificação de quaisquer outras formas de vegetação, viola o princípio da legalidade estrita, haja vista que se estaria promovendo indesejável analogia *in malam partem*.

Este eg. Tribunal de Justiça, manifestando-se sobre referido tema, já decidiu:

Apelação criminal. Delito ambiental. Destruição de floresta em área de preservação permanente. Art. 38 da Lei 9.605/1998. Absolvção em primeira instância. Recurso do Ministério Público. Infração não tipificada. Não comprovação de desmate de floresta de preservação permanente. Recurso não provido. - O tipo do art. 38 da Lei n. 9.605/98 exige que a área desmatada seja de floresta de preservação permanente, mesmo que em formação. - Se o acusado realizou intervenção em área de preservação permanente, mas que não é de floresta, o crime não se caracterizou, pois, como cediço, descabe, no Direito Penal moderno, uma extensão analógica do termo 'floresta' para abranger outras formas de vegetação, sob pena de violação ao Princípio da Legalidade Estrita (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0529.15.000907-2/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 8/3/2018, p. em 19/3/2018).

Apelação de crime ambiental. Art. 38 da Lei 9.605/1998. Elementar floresta não configurada. Condenação. Impossibilidade. Recurso não provido. - O crime do art. 38 da Lei 9.605/1998 exige que a área desmatada seja de floresta de preservação permanente, mesmo que em formação. Se o acusado promoveu a aração em área considerada de preservação permanente, causando a supressão de vegetação rasteira, o crime não se caracteriza, pois, como cediço, não há como adotar no Direito Penal uma extensão analógica do termo floresta para abarcar outras formas de vegetação, sob pena de violação ao princípio da legalidade (Apelação Criminal nº 1.0701.10.035380-7/001 - Rel. Des. Flávio Leite, j. em 12/3/2013, p. em 21/3/2013).

Crime ambiental. Art. 38 da Lei nº 9.605/98. Destruição de floresta de preservação permanente. Infração não tipificada. Inocorrência de desmate de floresta. Inexistência de dano ambiental. Absolvção mantida. - O tipo do art. 38 da Lei nº 9.605/98 exige que a área desmatada seja de floresta de preservação permanente, mesmo que em formação. Se o acusado realizou intervenção em área, ainda que de preservação permanente, mas não de floresta, o crime não se caracterizou, pois, como cediço, descabe, no Direito Penal moderno, uma extensão analógica do termo 'floresta' para abranger outras formas de vegetação, sob pena de violação ao Princípio da Legalidade Estrita. (Apelação Criminal nº 1.0342.08.110736-5/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Beatriz Pinheiro Caires, 2ª Câmara Criminal, j. em 14/11/2013, p. em 15/11/2013).

Dessa forma, deve ser o apelante absolvido das imputações contidas nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98, com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP.

Quanto ao delito previsto no art. 48 da mesma lei, não há falar em atipicidade, pois o tipo prevê a conduta de "impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação".

Por outro lado, não merece guarida o pleito de aplicação do princípio da insignificância, uma vez que, consoante se extrai do laudo pericial de f. 28/30, o apelante efetuou movimentação de terras nas margens do rio, dificultando a regeneração natural da vegetação ciliar, em área de dimensões consideráveis, confira-se:

Havia vestígios materiais de movimentação de terra com consequente supressão de vegetação (mata ciliar) em uma área de aproximadamente 450 m<sup>2</sup> (quatrocentos e cinquenta metros quadrados) localizada a menos de 30m (trinta metros) da margem esquerda do Rio Pardo, que, no momento de realização dos exames periciais, apresentava largura de aproximadamente 20m (vinte metros) (f. 29).

A pena fora aplicada no mínimo legal, qual seja 6 meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, não merecendo qualquer reparo, devendo ser mantido, ainda, o regime aberto estabelecido em sentença. Substituo a reprimenda privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente no pagamento de prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para absolver o apelante das imputações constantes nos arts. 38 e 39 da Lei 9.605/98.

Custas, na forma da lei.

Comunique-se.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CATTAPRETA e BEATRIZ PINHEIRO CAIRES.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Delito de tráfico de drogas majorado - Materialidade e autoria comprovadas - Impossibilidade de desclassificação para uso - Manutenção da condenação - Confirmação da operação dosimétrica empreendida em 1º grau e da incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06 - Acusado que prevalecia do transporte público para o exercício da traficância, em horário escolar - Regime inicial fechado preservado - Recurso defensivo desprovido

- Se o réu não demonstrou que a droga era para consumo próprio, incabível é a desclassificação do delito.
- Tendo sido a pena do acusado bem dosada, ratifica-se o *quantum*.
- De acordo com precedente do Superior Tribunal de Justiça, a majorante tipificada no inciso III do art. 40 da Lei nº 11.343/06 resta configurada, em se tratando de crime de tráfico de drogas havido no interior de ônibus, ainda que o agente não tenha visado aos usuários do coletivo. Hipótese concreta em que o réu se valeu do coletivo para transportar a droga, o qual, inclusive, estava sendo utilizado por crianças em horário escolar.
- Considerando-se o *quantum* do apenamento e a reincidência delitiva, mantém-se o regime prisional inicial fechado para o cumprimento de pena.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0209.14.009757-4/001 - Comarca de Curvelo - Apelante: W.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CATTÁ 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2018. - *Cattá Preta* - Relator.

### Voto

DES. CATTÁ PRETA - Trata-se de recurso de apelação criminal, interposto por W.S., contra a r. sentença (f. 244/249-v) em que a Exma. Juíza *a quo* julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. III, da Lei de Drogas, sujeitando-o às penas de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

Nas razões recursais, a defesa pleiteou a desclassificação do crime de tráfico de entorpecentes para o delito de uso, tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Alternativamente, requereu o decote da majorante prevista no inciso III do art. 40 da Lei de Tóxicos, em razão da não comercialização de drogas dentro do transporte público (f. 253/255-v).

Em contrarrazões, a acusação pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 257/262).

No parecer, a d. Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do apelo defensivo (f. 270/272).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso interposto.

Narra a denúncia que:

[...] no dia 29 de agosto de 2014, por volta das 15h, na Av. José Mauro Gonçalves, s/n, Bairro Alto Social, em Felixlândia/MG, o denunciado trazia consigo, para levar a consumo de terceiros, 25,6g (vinte e cinco gramas e seis centigramas) de cocaína, em forma de 'crack', substância esta causadora de dependência física e psíquica, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Apurou-se que a polícia militar recebeu denúncia de que o denunciado teria pegado um ônibus na cidade de Curvelo com sentido à cidade de Felixlândia e que estaria em atitude suspeita, encontrando-se muito agitado no interior do ônibus.

De posse de tais informações, os milicianos se deslocaram até a entrada da cidade de Felixlândia e realizaram a abordagem do referido ônibus, momento em que o denunciado tentou esconder algumas sacolas que trazia consigo.

Realizadas buscas nas referidas sacolas, logrou-se êxito em constatar que o denunciado transportava, no interior de uma das sacolas e misturado a carne um invólucro contendo uma pedra grande de "crack", que pesava aproximadamente 25,6g (vinte e cinco centigramas), conforme laudo de constatação preliminar [...] (f. 1D/2D).

A materialidade do delito de tráfico drogas se mostra evidenciada pelo APFD (f. 2/6), boletim de ocorrência (f. 9/11), auto de apreensão (f. 15) e laudo toxicológico definitivo (f. 127).

A autoria é inconteste.

O condutor do flagrante, o policial militar M.A.S., em juízo, relatou que localizou as drogas em poder do acusado, dentro de um ônibus, sendo que este carregava sacolas nas quais foi encontrada a substância tóxica:

[...] que perguntado como foi possível identificar as sacolas pertencentes a W., o depoente respondeu que, além de estarem próximas a W. as sacolas de propriedade do mesmo foram indicadas pelos passageiros do ônibus que estavam próximos de W., esclarecendo que W. estava na última poltrona do ônibus e sozinho, juntamente com sua sacolas; que também o policial W. que estava à paisana no ônibus, viu quando W. entrou dentro do ônibus carregando várias sacolas, também identificando em seguida o comportamento estranho de W. dentro do ônibus; que W. já havia sido preso por outros tipos de delitos, havendo notícia também de que estava praticando tráfico de drogas, esclarecendo o depoente que foram feitas várias abordagens anteriores por tal motivo mas ainda não haviam encontrado nenhuma droga em poder de W.; [...] - f. 149.

A corroborar o depoimento do condutor à PM, A.A.M., sob o crivo do contraditório, prestou o seguinte depoimento:

[...] que W., que é policial militar, e estava a paisano dentro do ônibus, ficou monitorando o comportamento do denunciado todo o tempo, e pode precisar quais eram as sacolas pertencentes a W.; que também outros passageiros do ônibus indicaram quais eram as sacolas de W.; que W. apresentava um comportamento agitado dentro do ônibus; [...] (sic). - f. 148.

Importante destacar o teor das declarações ofertadas pelo policial militar W.B.S., mencionado pelos demais milicianos, o qual, na fase extrajudicial, explicou que se encontrava no mesmo ônibus em que o acusado, em dia de folga, tendo presenciado a dinâmica criminosa:

[...] é policial militar ativo, mas no dia dos fatos estava de folga; que estava retornando da cidade de Curvelo em um ônibus da viação Sertaneja com destino a Felixlândia; que, ao entrar no ônibus, o depoente percebeu que W. também estava no referido veículo, sentado no fundo; que sentou-se próximo a W. e este, ao perceber a presença do depoente, ficou bastante incomodado, “ele começou a mexer demais nas sacolas, aparentava estar muito nervoso, estava até suando”; assim como se expressa; que W. já é conhecido no meio policial por tráfico, furto, roubo, desobediência e dano, e por estas razões, mesmo estando de folga, o depoente estava atento a toda movimentação do investigado, afirmando que agiria caso fosse necessário; que afirma que o ônibus estava bem cheio, inclusive com algumas crianças retornando da escola; que, ao se aproximar do trevo que dá acesso a Felixlândia, o ônibus foi parado pelos policiais militares; que os colegas de farda adentraram o veículo e foram em direção ao fundo; que os militares relataram ao depoente que haviam recebido uma denúncia anônima contra a pessoa que estaria com comportamentos estranhos, causando insegurança ao demais passageiros, e estavam ali para conferir a situação; que, ao realizarem buscas nas sacolas que pertenciam a W., os militares localizaram uma porção significativa de substância semelhante ao crack; que, para confirmar que as sacolas pertenciam a W., o sargento M. questionou a todos os passageiros quanto à propriedade das mesmas, sendo que ninguém se manifestou; que a droga foi localizada misturada a carnes; que o depoente afirma que viu W. mexendo naquelas sacolas várias vezes e tem certeza que as mesmas pertenciam a ele; [...] - f. 37/37-v.

No caso dos autos, não há qualquer motivo ou prova capaz de desconstituir a presunção de veracidade dos depoimentos prestados pelos policiais.

Nos termos em que reiteradamente decidido pelos Tribunais pátrios, a simples condição de policial não desconstitui a credibilidade das afirmações, sendo plenamente válida a tomada de seus termos como embasamento para uma condenação.

Nesse sentido, veja o seguinte precedente:

*Habeas corpus*. Roubo circunstanciado e falsificação de documento público. Reconhecimento pessoal. Ratificação em juízo. Nulidade. Não configurada. Existência de outras provas para a condenação. Depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão. Conclusão diversa necessitaria de revolvimento do conjunto fático-probatório, não cabível na via estreita do *habeas corpus*, pelo óbice da Súmula 07 desta Corte. [...] 3. O depoimento de policiais pode servir de referência ao Juiz na demonstração da materialidade e autoria do crime, podendo ser utilizado como meio probatório apto à fundamentar a condenação. Precedentes. 4. Ordem denegada (HC 102.505/SC, Rel.<sup>a</sup> Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 16/11/2010, DJe de 6/12/2010).

Registra-se, ainda, que não consta nos autos qualquer informação no sentido de que os policiais tinham motivos para incriminar falsamente o apelante.

O recorrente, nas duas oportunidades em que foi ouvido, não negou a propriedade das drogas, afirmando que as havia adquirido para uso próprio (f. 6; 150).

Ocorre que, a despeito de o réu afirmar ser apenas usuário de drogas, os elementos de informação e as provas colhidas apontam claramente no sentido de que ele praticou o crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, uma vez que foi apreendida considerável substância tóxica em sua posse direta, além de o agente ser conhecido no meio policial pela prática reiterada de delitos, notadamente o ora em apuração.

Por oportuno, vale consignar que o relatório circunstanciado de investigações apontou o contumaz envolvimento do sentenciado com a narcotraficância, valendo citar o fragmento em que os investigadores



afirmaram que “recebemos uma ligação no telefone fixo desta delegacia, onde uma cidadã anônima agradeceu, pela prisão de W. dizendo; ‘o bairro está mais tranquilo depois da prisão de ‘W.; não tem mais gente esquisita andando por aqui’, como se expressou” (f. 39).

Acrescenta-se que o fato de o apelante não ter sido preso vendendo ou entregando entorpecentes a terceiros não desfigura a infração prevista no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Isso porque sabe-se que, por se tratar de tipo penal de ação múltipla, o crime de tráfico de drogas não exige, para a sua configuração, que o agente seja flagrado, necessariamente, em pleno ato de mercancia, basta que a sua conduta se encaixe em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Este dispositivo legal estabelece:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

*In casu*, o delito de tráfico de drogas foi configurado, uma vez que o apelante trazia a substância entorpecente consigo, enquadrando sua conduta em um dos verbos do tipo penal.

Ademais, no caso, a defesa não se desincumbiu do ônus de provar que o réu possuía a droga com a finalidade exclusiva de consumi-la. Por isso, como não conseguiu demonstrá-la, impossível desclassificar o delito de tráfico para o de uso.

Nesse sentido, esclarece o Ilustre Desembargador Júlio César Lorens:

Apelação. Tráfico ilícito de entorpecentes. Absolvição e desclassificação. Impossibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. 1 - Demonstrado que a ré trazia consigo a droga, fato que a própria confirma, e não tendo feito qualquer prova das justificativas apresentadas, nem desconstituído as provas existentes em seu desfavor, sendo este um ônus exclusivo da defesa, impõe-se a manutenção da condenação imposta. 2- Recurso não provido. (Apelação Criminal nº 1.0024.09.596945-7/001 - Relator: Des. Júlio César Lorens - j. em 31/8/2010, p. em 14/9/2010).

Assim, é incabível a desclassificação da conduta para a do art. 28 da Lei nº 11.343/06, uma vez que, no caso em comento, o acusado não conseguiu demonstrar que a finalidade da droga era exclusiva para consumo. Está correta, assim, a condenação do réu pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas.

Quanto à dosimetria, a d. Magistrada *a quo* fixou a pena-base do acusado em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, com arrimo na desvalorização do vetor judicial dos antecedentes, o que se mostra incensurável, diante da movimentada certidão de antecedentes criminais por ele ostentada (f. 152/156).

Na segunda fase, ausentes atenuantes, está presente a agravante da reincidência, o que repercutiu no correto acréscimo da reprimenda em 1/6 (um sexto). Em decorrência, de rigor a preservação da reprimenda intermediária em 7 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na terceira fase, não há a concorrência de minorantes. Todavia, nos termos laborados em primeiro grau, compreende-se esmorecida a incidência da majorante descrita no art. 40, inc. III, da Lei nº 11.343/06, ainda que o agente não tenha necessariamente comercializado o entorpecente no interior do ônibus, porquanto a intenção do legislador é punir com mais severidade quem se aproveita do transporte público para a prática criminosa.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

*Habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Transporte de drogas em ônibus público. Caracterização da majorante do art. 40, III, da Lei de Drogas. Causa especial de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006) aplicada em patamar diverso do máximo. Regime inicial fechado. Inviabilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Grande quantidade de droga. Fundamentação idônea. Inexistência de ilegalidade. Habeas corpus não conhecido. - [...] - Tendo sido encontrado no interior do bagageiro de ônibus coletivo uma mala contendo substâncias entorpecentes, não há se falar na exclusão da majorante do inciso III do art. 40 da Lei de Drogas, pois a simples utilização de transporte público para a circulação da substância entorpecente já é suficiente para sua aplicação. Precedentes. - Tendo em vista o disposto no art. 42 da Lei 11.343/2006, não há ilegalidade em decisão que aplica a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 dessa Lei em patamar diverso do máximo, em razão da variedade e expressiva quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 8,3kg (oito quilos e trezentos gramas). Precedentes. - O Supremo Tribunal Federal, em 27/6/2012, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e os a ele equiparados. Assim, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção dos delitos deve observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, bem como do art. 42 da Lei 11.343/2006, quando se tratar de delitos previstos nessa Lei. - No caso, apesar de a pena ter sido fixada em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu, justificam a imposição do regime inicial fechado, bem como a não substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. *Habeas corpus* não conhecido (HC 249.597/PR, Rel.ª Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, j. em 11/4/2013, DJe de 19/4/2013).

Inclusive, *in casu*, os milicianos informaram que dentro do ônibus havia várias crianças, haja vista tratar-se de horário dos alunos que estudam em Curvelo/MG e retornavam a Felixlândia/MG, o que imprime maior reprovabilidade à conduta criminosa.

Sendo assim, mantém-se a exasperação da pena em 1/6 (um sexto), nos moldes empreendidos em 1º grau, o que determina a consolidação do apenamento definitivo do acusado em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

Considerando-se o *quantum* do apenamento e a reincidência do agente, fica mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção corporal.

Pelas mesmas razões, inviável se mostra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a concessão do *sursis*.

Diante do exposto, com respaldo nos princípios do livre convencimento motivado e da fundamentação dos atos jurisdicionais, nega-se provimento ao recurso, mantido o r. *decisum* em seu integral teor.

Custas isentas, na forma da sentença.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES BEATRIZ PINHEIRO CAIRES e RENATO MARTINS JACOB.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.



Apelação criminal - Incêndio majorado - Pedido de absolvição - Descabimento - Confissão das apelantes e prova testemunhal - Autoria comprovada - Desclassificação para o crime de dano - Impossibilidade efetiva exposição a perigo concreto à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outrem - Condenação mantida - Abrandamento do regime prisional e substituição da pena corporal em relação a agente primária e portadora de bons antecedentes

- Comprovada a materialidade e autoria delitivas por meio do robusto acervo probante, especialmente através da confissão das agentes amparada pelo laudo pericial e pela prova oral colhida, não há que se falar em absolvição das apelantes em relação ao crime de incêndio.

- Ao atear fogo em um colchão no interior de uma cela de um estabelecimento prisional, local em que ficam recolhidas outras pessoas, agiram as acusadas dolosamente, com a consciência de provocar uma situação objetiva, que a lei presume como de perigo comum à vida, à integridade ou ao patrimônio de outrem, configurando o crime previsto no art. 250, § 1º, II, *b*, do CP, não havendo que se falar em desclassificação para o crime de dano.

- À agente primária e portadora de bons antecedentes, cuja pena corporal foi aplicada em quatro anos, deve-se conceder a substituição da reprimenda, nos termos do art. 44 do CP, bem como a aplicação do regime mais brando (art. 33, § 2º, *c*, do CP).

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0521.16.013118-6/001 - Comarca de Ponte Nova - Apelantes: 1ª) R.L.R. 2ª) G.S.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. CÁSSIO SALOMÉ**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2018 - *Cássio Salomé* - Relator.

### Voto

DES. CÁSSIO SALOMÉ - Recursos de apelação interpostos por R.L.R. e G.S.P. contra a sentença de f. 197/205 que, julgando procedente a denúncia, as condenou como incurso nas sanções do art. 250, § 1º, II, *b*, do CP, aplicando à primeira as penas de 04 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 16 dias-multa, à razão mínima; e à segunda 04 anos de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 13 dias-multa, à razão mínima.

A denúncia narra que, no dia 14/11/2016, na Avenida Constantino Trivellato, nº 3.000, Bairro Industrial, no Complexo Penitenciário de Ponte Nova, as recorrentes destruíram coisa alheia pertencente ao patrimônio público do Estado.

Ainda, no mesmo dia e local, as recorrentes causaram incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de outrem.

O *Parquet* narrou que R. tomou conhecimento de que o irmão dela, que havia sido preso, encontrava-se na enfermaria do Complexo Penitenciário de Ponte Nova, necessitando de produtos de higiene. Diante disso, a ré ateou fogo em um colchão no interior da cela de número 04, da ala 04, onde cumpre pena.

As agentes de segurança da penitenciária, anteriormente ao fato, teriam recebido a informação de que a ré R. pretendia colocar fogo em um colchão. Em razão disso, providenciou-se o corte de energia elétrica na respectiva cela. No entanto, diante da falta de energia elétrica, a acusada teria pedido à corré G. um pedaço de papel com fogo, para cumprir seu intento, o que foi feito, tendo sido provocado o incêndio, com destruição de um colchão, pintura da parede e piso.

Procedida a instrução e prolatada a sentença, as intimações foram regulares, f. 206-v, f. 241 e f. 252.

Pleiteiam as apelantes, razões de f. 211/221-v e f. 225/229, a absolvição, sob a alegação de insuficiência de provas. Eventualmente, requerem a desclassificação para o crime de dano.

Contrarrazões às f. 230/236, em que o *Parquet* pugna pelo desprovimento dos recursos.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes questões preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício, passo a analisar o mérito recursal.

A materialidade do delito foi devidamente comprovada pelo BO (f. 21/23) e pelos Laudos Periciais (f. 27/34 e f. 129/136), em sintonia com o acervo probatório produzido.

Da mesma forma, a autoria encontra-se seguramente evidenciada pela prova colhida nos autos, em especial, pelas próprias declarações das apelantes (mídia - f. 121), que confirmaram que G. teria levado um pedaço de papel com fogo para R., tendo esta ateado fogo em um colchão no interior da cela em que estava recolhida. As apelantes confirmaram, ainda, que tal ato foi praticado com o intuito de chamar a atenção para o fato de que o irmão de R., que estava preso no mesmo estabelecimento, se encontrava na enfermagem necessitando de cuidados.

Além das palavras das recorrentes, a agente penitenciária G.S.P. (mídia - f. 121) confirmou que as próprias rés afirmaram terem sido as responsáveis pelo incêndio e que o mesmo provocou danos na cela.

A testemunha G.K.F.S., colega de cela da ré R., confirmou os fatos narrados na denúncia e acrescentou, ainda, que o incêndio gerou uma fumaça muito tóxica, tendo ela, inclusive, passado mal com a inalação da mesma.

Ora, resta cabalmente comprovada a autoria do incêndio provocado no interior de uma das celas no estabelecimento prisional mencionado na denúncia, não havendo que se falar em absolvição por ausência de provas.

Não há que se falar, ainda, em desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 163 do CP (dano).

É que, na hipótese dos autos, verifiquei o dolo das agentes em causar o incêndio, efetivamente expondo a perigo concreto a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Ora, da prova colhida nos autos constata-se que R. quis atear fogo em um colchão, e não apenas danificar parte do patrimônio do estabelecimento prisional. A intenção dela foi, de fato, incendiar um colchão, o que expôs a efetivo perigo todas as pessoas que estavam na cela e nos arredores.

Observa-se, ainda, do laudo de vistoria do imóvel e dos anexos fotográficos (f. 27/34), que o fogo foi colocado em um colchão que estava na cela - local de pequenas dimensões -, tendo gerado uma fumaça tóxica e deixando vestígios da combustão pelo piso e paredes.

Assim, fica clara a ocorrência de perigo efetivo, concreto, para as pessoas que estavam no mesmo ambiente. Isso porque a ação delituosa das rés, com perigo de propagação do incêndio, é prática em que se assume o risco de exposição a perigo das vidas, da integridade física e do patrimônio exigidos pelo tipo penal em comento.

Portanto, de rigor a manutenção da condenação.

Quanto às reprimendas, verifico que as mesmas se revelaram escorreitas e aplicadas em observância aos ditames dos artigos 59 e 68 do CP, devendo, pois, serem mantidas.

É que, em relação a R., na primeira fase, a pena-base foi corretamente estabelecida acima do mínimo legal, a saber em 03 anos e 03 meses de reclusão e 12 dias-multa (mínimo: 03 anos de reclusão e 10 dias-multa), em razão de seus maus antecedentes (f. 47/48). Na segunda fase, a atenuante da confissão espontânea foi compensada com a reincidência e a pena mantida em tal patamar. Na derradeira etapa, não houve minorantes e, por outro lado, presente a majorante do art. 250, § 1º, II, *b*, do CP (incêndio em edifício público), a pena foi aumentada em 1/3 e efetivamente aplicada em 04 anos e 04 meses de reclusão e 16 dias-multa, à razão mínima.

O regime prisional deve ser mantido no inicial semiaberto, haja vista a reincidência e os maus antecedentes. Pelos mesmos motivos, não há que se falar em substituição da pena corporal e concessão do *sursis*.

Quanto a G., na primeira e segunda fases, a pena ficou no mínimo legal, a saber, 03 anos de reclusão e 10 dias-multa, não havendo qualquer reparo a se proceder (primário e de bons antecedentes – f. 56/58). Na derradeira etapa, ausentes minorantes e presente a mesma majorante citada alhures, a reprimenda foi aumentada em 1/3 e definitivamente aplicada em 04 anos de reclusão e 13 dias-multa, à razão mínima.

Quanto ao regime, no entanto, verifico a necessidade de se estabelecer o inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do CP. Isso porque a pena não é superior a quatro anos, e a agente é primária e portadora de bons antecedentes, não havendo na CAC registro de condenação anterior com trânsito em julgado (f. 56/58).

Quanto a G., há que se conceder a substituição da pena corporal (art. 44 do CP) por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade pelo tempo da condenação, em instituição a ser definida pelo Juízo da Execução, e prestação pecuniária no importe de um salário mínimo.

Ante o exposto, nego provimento ao primeiro recurso e dou parcial provimento ao segundo recurso para, mantida a condenação, conceder a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos a G.S.P., bem como abrandar o regime prisional para o inicial aberto, mantendo, quanto ao mais, a r. sentença penal condenatória.

Custas na forma da r. sentença, f. 204.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO e SÁLVIO CHAVES.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Júri - Homicídio na direção de veículo automotor (por duas vezes) - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Decisão que opta por uma das versões apresentadas nos autos e se mostra em consonância com o contexto probatório - Cassação - Impossibilidade - Dolo eventual evidenciado - Princípio constitucional da soberania dos veredictos - Condenação mantida - Dosimetria - Redução da pena-base - Cabimento - Circunstâncias judiciais que foram analisadas de maneira exacerbada - Recurso parcialmente provido

- A cassação do veredicto popular se justifica somente quando a decisão dos jurados estiver inteiramente dissociada do contexto probatório constante dos autos, já que não é dado ao Júri proferir decisões arbitrárias, a despeito de seu caráter soberano atribuído constitucionalmente.

- O fato de o Júri optar por uma das versões verossímeis dos autos não significa que a decisão seja contrária ao conjunto probatório. Somente aquela decisão que não encontra apoio nenhum na prova dos autos é que pode ser anulada, não sendo este o caso dos autos.

- O dolo eventual caracteriza-se pela vontade do agente de realizar a conduta, pela consciência da conduta e do nexos causal. O agente não quer diretamente o resultado, mas aceita a possibilidade de produzi-lo ou não se importa em produzir este ou aquele resultado. O fato de estar sob efeito de álcool, dirigir em alta velocidade e na contramão de direção indica que o agente assumiu o risco de produzir o resultado morte.

- Havendo excesso quando da fixação da pena, impõe-se a reforma da sentença, com a modificação da sanção fixada.

Recurso parcialmente provido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0145.16.014321-3/002 - Comarca de Juiz de Fora - Apelante: E.E.A.C. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: E.A.S.V. - Relator: DES. DOORGAL BORGES ANDRADA**

### **Acórdão**

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2018. - *Doorgal Borges Andrada* - Relator.

### **Notas taquigráficas**

DES. DOORGAL BORGES ANDRADA - Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por E.E.A.C. em face da r. sentença de f. 787/788, que, com respaldo na decisão do Conselho de Sentença, o condenou



pela prática do delito de homicídio, previsto no art. 121, *caput*, (por duas vezes), na forma do art. 70, ambos do Código Penal, à pena total de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Em suas razões recursais de f. 802/811, a defesa requer que o acusado seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, sob o pretexto de que a decisão guerreada se mostra manifestamente contrária à prova dos autos, diante da ausência de provas acerca do dolo eventual na conduta do agente. Para tanto, afirma que o apelante negou a ingestão de bebida alcoólica e que não foi confeccionado laudo pericial para comprovação de que o réu dirigia sob o efeito de álcool. Ademais, alega que as provas se revelaram insuficientes para apontar que o recorrente estava conduzindo o seu veículo em alta velocidade. Defende que a conduta da vítima foi imprescindível para o acidente, visto que esta se encontrava em alta velocidade, tanto que desviou do radar e não foi avistada por V.S.B., testemunha presencial dos fatos que trafegava na frente do apelante e foi categórico ao afirmar que não viu a motocicleta passar por ele. Conforme a defesa, o excesso de velocidade empregado pelo ofendido E. se atesta pelo longo percurso que as vítimas realizariam em poucos minutos. Argumenta que o acidente ocorreu às 3h34min, sendo certo que o condutor da motocicleta deixaria sua esposa, que o acompanhava, na residência dos genitores desta no Bairro [...] e, depois disso, se deslocaria até a rodoviária, onde embarcaria no ônibus de 04h00min com destino ao Rio de Janeiro, o que demonstra que a motocicleta teria pouquíssimos minutos para trafegar por todo o longo caminho e ainda fazer uma parada, situação esta que comprova a alta velocidade que empregava a vítima na condução da moto. Sustenta que as testemunhas de acusação em nada contribuíram para a descabida tese de dolo eventual acatada pelos jurados, devendo o julgamento ser cassado.

Por fim, subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base, já que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente. Assevera que a culpabilidade não pode ser tida como desfavorável com base em elementos sociais e culturais de E., ao contrário, não foi sequer considerada sua comprovada debilidade mental, atestada por seu psiquiatra. Aduz, também, que as consequências são ínsitas ao tipo penal, sob o argumento de que o suicídio da irmã da vítima foge do campo de previsibilidade do apelante, bem como afirma que a jovem, antes mesmo do acidente, já era portadora de doenças mentais e sociais, sendo certo que o clamor público e circunstâncias alheias à vontade do réu não são meios idôneos a exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Em suas contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo desprovisionamento do recurso da defesa (f. 813/824). No mesmo sentido foram as contrarrazões interpostas pelo assistente da acusação de f. 827/831.

O parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça é no sentido de conhecimento e desprovisionamento do apelo defensivo (f. 841/846).

Eis o relatório.

Consta da denúncia que, no dia 14 de maio de 2016, aproximadamente às 3h, na Avenida [...], no Município de Juiz de Fora/MG, o acusado, agindo de forma livre e consciente, na condução do automóvel “VW UP” na contramão de direção da via pública, acima da velocidade permitida e sob o efeito de álcool, assumiu o risco de produzir o resultado morte, com evidente dolo eventual, provocou acidente automobilístico que ocasionou a morte dos ofendidos E.A.S. e V.S.V.

Em continuidade, a exordial acusatória narra que, no dia anterior aos fatos, o denunciado saiu da região central de Juiz de Fora, por volta de 18h, dirigindo-se ao Distrito de Humaitá, acompanhado de um amigo, com o objetivo de irem a um torneio leiteiro naquela localidade.

Após aproximadamente uma hora de viagem, o acusado chegou ao local, onde encontrou mais amigos e, juntos, começaram a ingerir bebida alcoólica, a partir de 19h do dia 13 de maio de 2016. Durante todo o período no evento, o denunciado consumiu bebida alcoólica na barraca de S.A., até às 00h de 14 de maio de 2016.

No fim da festa, o acusado retornou em seu automóvel para Juiz de Fora, acompanhado de uma mulher desconhecida e de seu amigo S.C. Segundo a exordial acusatória, era forçoso concluir que o denunciado estava completamente embriagado, pois havia consumido bebidas alcoólicas por mais de cinco horas consecutivas.

Nesse contexto, aduz a peça inaugural que, no trajeto de volta para Juiz de Fora, o amigo E. que o acompanhava, percebendo a excessiva velocidade e o estado de embriaguez do acusado, proferiu os seguintes dizeres “vai devagar que a gente bebeu!”, tendo o acusado respondido que não estava correndo muito.

Ainda conforme a minuta inicial, ao chegar a Juiz de Fora, o denunciado deixou o amigo em casa, permanecendo no carro uma acompanhante não identificada, indo em direção a um motel, quando, trafegando pela Avenida Brasil, na altura do Clube Tupinambás, acima da velocidade permitida para o trecho, e sob o efeito de álcool, invadiu a contramão direcional, colidindo frontalmente com a motocicleta ocupada pelas vítimas, ocasionando dois homicídios.

Descreveu a denúncia, ainda, que, com a batida frontal entre o veículo do denunciado e a moto em que estavam as vítimas, E. foi arremessado a uma distância de aproximadamente seis metros, juntamente com a moto, enquanto V. foi arremessada ao Rio Paraibuna, tendo seu corpo sido encontrado somente dois dias após o acidente.

Após a colisão, o acusado desembarcou do seu veículo e foi até o local onde se encontrava o ofendido E., ainda com vida. Todavia, E. retornou ao seu veículo, com a intenção de fugir e sem prestar socorro à vítima.

Ainda nos termos da minuta inicial, o acusado, antes de empreender fuga, livrou-se de um copo de vidro usado para o consumo de bebida alcoólica, que estava no interior de seu veículo, arremessando-o ao Rio Paraibuna, evadindo do local em seguida, em direção ao Bairro [...]. Porém, o objeto foi encontrado e recolhido pela perícia da Polícia Civil.

Após o acidente, o denunciado permaneceu desaparecido por vários dias até se apresentar à autoridade policial.

Foi descrito na peça inaugural, por fim, que, após a chegada da polícia ao local do acidente, a vítima E. já se encontrava sem vida, e foram encontradas, no veículo de E., diversas tampas de garrafas de cerveja, estando ainda o referido automóvel impregnado de forte odor de bebida alcoólica, demonstrando, de fato, que o denunciado, bêbado, em alta velocidade e na contramão da via pública, reunia todos os elementos aptos a caracterizarem a presença de dolo eventual na conduta.

Pois bem.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, dou conhecimento ao recurso.

I - Da alegação de decisão manifestamente contrária a prova dos autos:

A defesa requer que o acusado seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal do Júri, sob o pretexto de que a decisão guerreada se mostra manifestamente contrária à prova dos autos, diante da ausência de provas acerca do dolo eventual na conduta do agente. Para tanto, afirma que o apelante negou a ingestão de bebida alcoólica e que não foi confeccionado laudo pericial para comprovação de que o réu dirigia sob o efeito de álcool. Ademais, alega que as provas se revelaram insuficientes para apontar que o recorrente estava conduzindo o seu veículo em alta velocidade. Defende que a conduta da vítima foi imprescindível para o acidente, visto que esta se encontrava em alta velocidade, tanto que desviou do radar e não foi avistada por V.S.B., testemunha presencial dos fatos que trafegava na frente do apelante e foi categórico ao afirmar que não viu a motocicleta passar por ele. Conforme a defesa, o excesso de velocidade empregado pelo ofendido E. se atesta pelo longo percurso que as vítimas realizariam em poucos minutos. Argumenta que o acidente ocorreu às 3h34min, sendo certo que o condutor da motocicleta deixaria sua esposa, que o acompanhava, na residência dos genitores desta no Bairro [...] e, depois disso, se deslocaria até a rodoviária, onde embarcaria no ônibus de 4h com destino ao Rio de Janeiro, o que demonstra que a motocicleta teria pouquíssimos minutos para trafegar por todo o longo caminho e ainda fazer uma parada, situação esta que comprova a alta velocidade que empregava a vítima na condução da moto. Sustenta que as testemunhas de acusação em nada contribuíram para a descabida tese de dolo eventual acatada pelos jurados, devendo o julgamento ser cassado.

Entretanto, melhor sorte não lhe socorre.

É cediço que os veredictos populares, por imposição constitucional, são soberanos, somente podendo ser desconstituídos quando aviltantes à prova relativa ao fato criminoso. Assim, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, é impossível a modificação das decisões do Júri, pela magistratura togada, de modo que o Tribunal não pode dar provimento às apelações das decisões do Tribunal do Júri, com a finalidade de absolver o agente.

Em verdade, o mencionado princípio veda a alteração das decisões dos jurados, não a recorribilidade dos julgamentos do Tribunal do Júri para que seja procedido novo julgamento, uma vez cassada a decisão recorrida, haja vista prezar o ordenamento jurídico pelo princípio do duplo grau de jurisdição. Pelo mesmo motivo, o Tribunal revisor não está impedido de alterar a sentença do Juiz Presidente para modificar pena ou medida de segurança quando houver erro ou injustiça na sua aplicação, pois, de fato, as decisões dos jurados continuam sendo resguardadas em seu conteúdo subjetivo.

Assim, tem-se que as decisões emanadas do Tribunal do Júri só poderão ser cassadas, para submeter o acusado a novo julgamento, quando manifestamente contrárias à prova dos autos.

Corroborando com esse entendimento, transcrevo o seguinte julgado proferido pelo colendo Superior Tribunal Federal:

É certo que as decisões do Tribunal do Júri não podem ser alteradas, quanto ao mérito, pela instância *ad quem*, podendo apenas ser anuladas para que o mesmo Júri reveja a sua decisão, mantendo ou modificando a mesma. Assim, não podem os Juízes da instância superior substituir os Jurados na apreciação do mérito da causa já decidida pelo veredicto, previsto no art. 5º, XXXVIII, c, da CF. Todavia, a soberania do Júri não afasta a recorribilidade de suas decisões, significando apenas a impossibilidade de revisão pelo mérito (STF - HC - Rel. Min. Ilmar Galvão - RT 739/546).

A defesa alega, em suma, ausência de comprovação do dolo eventual na conduta do agente, sob o argumento de que não conduzia o seu veículo automotor sob o efeito do álcool, de que não há provas de que invadiu a contramão direcional, nem tampouco estava acima da velocidade excessiva. Argumenta, também, que o ofendido condutor da motocicleta foi o responsável pelo delito, já que trafegava em alta velocidade no momento da colisão, possivelmente embriagado.

Pois bem.

A materialidade restou evidenciada através dos laudos de necropsia (f. 127/128 e f. 129/131), não sendo objeto de inconformismo da parte apelante.

O dolo eventual caracteriza-se pela vontade do agente de realizar a conduta, pela consciência da ação e do nexa causal. O agente não quer diretamente o resultado, mas aceita a possibilidade de produzi-lo ou não se importa em produzir este ou aquele resultado.

Essa modalidade de dolo caracteriza-se quando a conduta do agente ultrapassa os limites da normalidade, ou seja, quando ele não se preocupa com a realização ou não do delito. No caso em tela, resta indubitado que o condutor trafegava completamente fora dos limites da normalidade, pois fugiu totalmente dos padrões de um condutor zeloso.

Assim, a meu ver, a farta prova coligida demonstra o elemento subjetivo, qual seja o dolo, motivo pelo qual a decisão colegiada se mostra em perfeita consonância com a prova dos autos. Vejamos.

Prefacialmente, válido esclarecer que o exame pericial de levantamento do local dos fatos (f. 132/153) certifica que o acusado invadiu a contramão direcional, vindo a colidir frontalmente com a motocicleta ocupada pelas vítimas. Nesse sentido, válida a transcrição de trechos do laudo pericial:

De acordo com os vestígios evidenciados no local e os danos constatados nos veículos envolvidos no acidente de trânsito em estudo, o veículo 1 (automóvel) trafegava sobre a faixa de trânsito da Avenida Brasil que permitia o fluxo de veículos com sentido do Bairro Poço Rico ao Bairro Vila Ideal e o veículo 02 (motocicleta) sobre a outra faixa da Avenida Brasil que permitia o fluxo de veículos no sentido contrário a este citado quando, defronte ao imóvel de nº 601 desta avenida, denominado 'Clube Tupinambás', o veículo 01 (automóvel) invadiu a faixa contrária à qual o mesmo trafegava inicialmente, vindo a colidir frontalmente contra o veículo 02 (motocicleta), que trafegava regularmente sobre a sua devida faixa de trânsito. [...] Efetuado o pertinente levantamento técnico pericial, esclarece o Perito Criminal, signatário do presente laudo, que considerando os elementos técnicos disponíveis, tais como a materialização da região de choque caracterizada pela concentração de fragmentos metálicos, vítreos e de plásticos provenientes dos veículos sobre a faixa de trânsito na qual trafegava o veículo 02 (motocicleta); as características dos danos constatados principalmente nas porções látero-esquerdas dos veículos envolvidos neste acidente; a posição final destes veículos, a posição final do corpo da vítima, além do que pôde ser apurado, está o 1º subscritor do presente laudo unânime em afirmar que o acidente aqui narrado foi motivado pela perda do controle direcional do veículo 01 (automóvel) por parte do seu condutor, que veio a derivar à esquerda, a sair da faixa na qual este veículo trafegava inicialmente e a atingir, com a sua porção látero esquerda anterior do veículo 02 (motocicleta), que trafegava regularmente sobre a sua devida faixa de trânsito. (Levantamento pericial em local com suspeita de ter ocorrido crime contra a vida, f. 132/152).

Ouvido em Plenário, através da mídia audiovisual anexa à f. 784, G.G.G., perito oficial da Polícia Civil e subscritor do aludido laudo, foi categórico ao confirmar todos os elementos de convicção que o levaram à

conclusão acerca das circunstâncias em que se desenvolveram os fatos, asseverando que a marca de sulco no asfalto foi fundamental para tanto. Ademais, ratifica não ter quaisquer dúvidas de que o acusado foi o responsável pelo choque ao ingressar na contramão direcional.

E.L.S., também em plenário (mídia audiovisual de f. 784), afirma que, possivelmente, pela sua experiência como policial de trânsito, foi o automóvel que adentrou a contramão direcional, haja vista que os vestígios estavam mais próximos à motocicleta, em sentido contrário. Aduz, ainda, que provavelmente quem provocou a colisão foi o condutor do automóvel.

Assim, nos termos exarados pelo corpo de jurados, forçoso se mostra concluir que o réu foi o agente causador da colisão, tendo o mesmo invadido a contramão direcional, de modo a atingir os ofendidos que estavam trafegando normalmente na faixa de trânsito a eles destinada.

Registro, ainda, que não há como descartar o dolo eventual na conduta do réu sob o argumento de que os elementos são frágeis e deficientes quanto à possível ingestão de bebida alcoólica no dia dos fatos por parte do apelante.

Não obstante a ausência do exame pericial de alcoolemia, a comprovação de que o agente dirigia sob a influência do álcool pode se dar também quando há nos autos provas capazes de demonstrar a condição de embriaguez do condutor.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, colaciono o julgado a seguir:

Penal. *Habeas corpus*. Trancamento da ação penal. Condução sob a influência de álcool (art. 306, CBT). Prova material. Prescindibilidade de teste ou exame pericial. Art. 158 do CPP. Discussão sobre a natureza da infração. Exame de prova. Impossibilidade. Independências das instâncias administrativa e penal. - Afigura-se insuscetível de análise na célere via do *writ* a alegação de nulidade de prova relativa ao teste de dosagem alcoólica (teste do bafômetro), haja vista que a mesma reclama o revolvimento de questões fático-probatórias não demonstradas, de plano, na impetração. - Havendo outros elementos probatórios, de regra, lícitos, legítimos e adequados para demonstrar a verdade judicialmente válida dos fatos, não há razão para desconsiderá-los sob o pretexto de que o art. 158 do CPP admite, para fins de comprovação da conduta delitiva, apenas e tão somente, o respectivo exame pericial. - Existindo nos autos elementos que evidenciem, a princípio, a perpetração da infração delineada no art. 306 do CPP, não há como trancar a ação penal, sob a argumentação de atipicidade do delito, sem o necessário cotejo analítico do material cognitivo. - A propositura de ação penal não se vincula, na espécie, à decisão proferida na esfera administrativa, haja vista a independência das instâncias. *Writ* denegado (RHC 13.215/SC, DJ de 26/5/2003, p. 368).

Delito de trânsito. Embriaguez ao volante (art. 306/CTB). Absolvição. Impossibilidade. Exposição de dano potencial à incolumidade pública. Teste do bafômetro. Dispensabilidade. Prova testemunhal e exame clínico. Admissibilidade. Suspensão da habilitação. Paridade com a pena corporal. - É dispensável para a configuração do estado de embriaguez a realização do 'teste do bafômetro', podendo este ser suprido pelo exame clínico ou por prova testemunhal, mormente quando o estado etílico é evidente e a conduta do agente na direção do veículo colocou em perigo potencial a incolumidade pública, dando causa à colisão descrita nos autos, é de rigor a manutenção da sentença que o condenou por infração ao art. 306 do Código Nacional de Trânsito. - A fixação da pena de suspensão para direção de veículo automotor, à semelhança do que ocorre com a pena corporal, deve obedecer aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal, guardando, assim, paridade com a pena privativa de liberdade imposta. - Recurso

parcialmente provido (Apelação Criminal nº 1.0223.06.185469-9/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, 3ª Câmara Criminal, j. em 22/4/2008, p. em 4/6/2008).

Conforme se extrai dos autos, na noite do dia 13 de maio de 2016, o acusado, em companhia do seu amigo S.C.A., deslocou-se ao Distrito de Humaitá, onde ambos permaneceram até o início da madrugada em um torneio leiteiro realizado no local.

Nesse evento, juntamente com S.C. e demais amigos, o réu fez uso de bebida alcoólica, o que pode ser comprovado principalmente pelas declarações das testemunhas presenciais que visualizaram com precisão a prática desse ato.

S.A., pessoa que conhecia previamente o recorrente e dono de uma barraca de bebidas, ouvido em sede extrajudicial (f. 177/178), assim declarou:

[...] o declarante é comerciante e trabalha a noite em eventos com sua barraca na qual vende comidas e bebidas em festas e shows; que, na data do fato em apuração o declarante estava realizando a venda de bebidas como cerveja, vodka (*sic*), whisky, 'tudo que é bebida', conforme se expressa; que, o declarante afirma que conhece a pessoa de E. pois o mesmo é seu cliente na barraca e sempre está em festas e realizando a compra e consumo de bebidas alcólicas; que o declarante se recorda de que, na data do fato, no torneio leiteiro de Humaitá E. comprou cerveja em sua barraca, e o declarante o presenciou consumir a bebida; que o declarante não se recorda exatamente do horário em que realizou a venda de cerveja para E., mas acredita que seja no horário compreendido entre 23h e 01h; que o declarante afirma ainda que se recorda que E. estava acompanhado de mais quatro homens que aparentavam ser seus amigos e que inclusive o declarante já viu em outras ocasiões em companhia de E.; que um dos rapazes que acompanhava E. o declarante conhece e sabe que tem apelido de 'B.'; que esclarece que E. e seus amigos estavam bebendo no balcão da barraca do declarante e por ali ficaram consumindo cerveja e tira-gosto por um tempo considerável, mas não sabe especificar por quanto tempo, pois trabalhando durante a madrugada fica difícil especificar horário; que o declarante afirma ainda que se recorda de ter vendido para E. naquela noite 4 porções de queijo além de cerveja [...].

Em juízo (mídia audiovisual anexa em f. 311) e em Plenário (mídia audiovisual de f. 784), a mesma testemunha ratificou integralmente o depoimento supramencionado, alegando, de forma conclusiva, ter presenciado o réu comprando e realizando o consumo de cerveja na barraca de sua propriedade no dia dos fatos, provavelmente no período compreendido entre às 23h e 01h, juntamente com outras pessoas.

Por sua vez, no mesmo sentido, é o depoimento de S.C.A., amigo que acompanhou o acusado ao longo do evento. Válida a transcrição de trechos de seu relato na Depol (f. 107/109):

[...] que, na noite dos fatos, esteve com a pessoa de E., conhecido morador de mesmo bairro, quando, por volta das 18h, E. chegou na casa do depoente e o convidou para irem ao torneio leiteiro de Humaitá; que foram para Humaitá no carro de E. e a viagem durou acredita em torno de uma hora; que, chegando em Humaitá, no carro de E., estacionou o veículo nas proximidades do evento, mas como chegaram cedo conseguiram estacionar o veículo perto dos banheiros químicos e da barraca do 'M.', barraqueiro em festas; que ficaram na barraca do M. onde o depoente e E. tomaram duas garrafas de cerveja e, em seguida, o depoente foi dançar em meio aos frequentadores do evento, ficando E. sozinho na barraca, consumindo bebida alcoólica; que acredita ter ficado em torno de quarenta minutos ausente e, ao retornar para a barraca, viu E. e a pessoa de M., morador de Humaitá, ambos bebendo cerveja; que passou a tomar cerveja e voltou para dançar novamente [...].



Em sede judicial e em Plenário, mídias audiovisuais, respectivamente, às f. 311 e f. 784, embora a aludida testemunha tenha confirmado somente em parte suas declarações prestadas em sede extrajudicial, certo é que reafirma ter ingerido duas latas de cerveja, em conjunto com o acusado.

E não é só. Além dos relatos das testemunhas oculares acima colacionados, outras provas demonstram que o apelante, de fato, conduzia o seu veículo automotor sob o efeito de álcool.

V.S.B., na esfera policial (f. 28), declarou que:

[...] Que, na madrugada de sexta feira para sábado, por volta das 03:30h aproximadamente, estava dirigindo seu veículo [...] juntamente com seu colega D., vindo do centro sentido Vila Ideal nesta cidade, ocasião em que ao aproximarem do Clube Tupinambás, escutou um ‘estouro forte’, e ao olhar no retrovisor, viu a roda do veículo UP pegando fogo, arrantando (*sic*) longe; que o depoente ainda passou a 3ª marcha e acelerou, pois evitou que o veículo UP batesse na traseira de seu veículo; que, nisso, encostou o carro e desceu correndo e foi em direção ao veículo UP; que o condutor do veículo UP e a esposa dele já tinham saído do veículo; que a esposa do rapaz que estava no UP estava pedindo socorro, uma vez que o mesmo estava sangrando a mão esquerda; que escutou o rapaz do veículo UP dizer para a esposa dele ‘eu vou ali lavar a mão’, subindo na rua que fica do lado do Tupinambás; que a esposa do condutor do veículo UP ainda comentou com o depoente ‘eu acho que nós batemos em alguma coisa’; que nisso, o depoente saiu de perto da mulher e foi ao sentido do motoqueiro que estava caído ao chão; que o motoqueiro estava sangrando muito, com uma fratura exposta na coxa, e o mesmo estava ‘mexendo o pescoço’; que a motocicleta estava em cima da calçada; que o motoqueiro estava na beirada da calçada, mais do lado do asfalto; que o depoente voltou rapidamente até a mulher do condutor do UP, quando não mais a encontrou; que a motocicleta estava deitada em frente a uma árvore na frente do motoqueiro em direção ao rio; que o depoente desesperado começou a dar sinal para os veículos pedindo ajuda para chamar a polícia e o SAMU; que havia deixado o seu aparelho celular dentro do carro e estava um pouco longe; que, após uns quinze minutos, a viatura policial chegou, onde começaram a acionar o Corpo de Bombeiro e o SAMU; [...] que esclarece que a esposa do condutor do veículo UP apresentava hábito etílico; que esclarece ainda que o condutor do veículo UP, antes de abandonar o local, retirou de dentro do carro alguma coisa, atravessando para o lado da rua, e jogou alguma coisa no rio e depois subiu a rua do lado do Tupinambás dizendo que iria lavar a mão [...] que esclarece também que, ao aproximar do veículo UP, pode perceber um cheiro forte de bebida alcoólica vindo de dentro do referido veículo [...].

Em Plenário (mídia digital de f. 784), reafirma que visualizou o réu retirando algumas coisas do interior do automóvel e atirando no rio, parecendo se tratar de latas de cerveja, bem como alega que havia forte cheiro de álcool no carro do acusado.

Por sua vez, a testemunha D.M.G., f. 90/92, asseverou:

[...] que, na madrugada de sexta-feira para sábado, por volta das 3:30h aproximadamente, estava vindo com seu colega V. do Centro para o Bairro Vila Ideal, e que V. estava dirigindo seu veículo [...] nesta cidade, ocasião em que ao aproximaram do Clube Tupinambás, escutou um ‘estouro forte’, sendo que V. ,ao olhar pelo retrovisor do veículo, viu a roda do veículo de cor branca pegando fogo, vindo a aparentar que estava torta e arrastando longe; que o veículo UP estava na mesma direção da pista de seu colega V.; que V. assustado ainda passou a 3ª marcha e acelerou, pois evitou que o veículo UP batesse na traseira de seu veículo [...] que escutou o rapaz do veículo UP dizer para a esposa dele ‘eu vou ali lavar a mão’, andando um pouco à frente e retornou, uma vez que a mulher que estava com ele tinha ficado no local; que o rapaz do veículo UP ainda comentou ‘eu acho que eu bati em alguém’; que o condutor do veículo UP apresentava ter ingerido bebida alcoólica, ‘estava bem bêbado’, pois estava com a fala mole, andar cambaleante e muito agitado, balançando o braço esquerdo a todo momento; que esclarece que o depo-



ente o condutor do veículo UP evadiu-se do local indo em direção a uma rua que fica do lado do Clube Tupinambás [...] que, também chegou um veículo Sedan cor prata no local, cujo condutor um rapaz de cabelos grisalhos, dizendo que ‘o veículo UP havia passado por ele em alta velocidade’, não dizendo o local em que havia passado. [...] que esclarece ainda que o condutor do veículo UP, antes de abandonar o local, retirou de dentro do carro alguma coisa, atravessando para o lado da rua, e jogou alguma coisa no rio e depois subiu a rua do lado do Tupinambás sozinho dizendo que iria lavar a mão [...].

Da mesma forma, o policial militar, E.L.S., na Depol (f. 46/47), prestou os seguintes relatos:

[...] que é policial militar e, em data de 14/5/2016, foi acionado para atender uma ocorrência policial de acidente de trânsito ocorrido na Av. Brasil margem direita; que, chegando ao local do acidente, deparou um veículo UP de cor branca parada na faixa de rolamento sentido centro ao Bairro Vila Ideal e a motocicleta estava próxima a uma árvore do lado da calçada; que a vítima estava caída na via próxima a guia da calçada no sentido contrário ao veículo UP; que o condutor do veículo UP já havia evadido do local, esclarecendo que dentro o veículo apresentava forte odor de bebida alcoólica; [...] que esclarece o depoente que, pela sua experiência de Policial do trânsito, supõe que o acidente ocorreu envolvendo os veículos em sentidos contrários, e que o acidente foi frontal, em virtude do posicionamento dos veículos UP e da motocicleta; que no local não tinha marcas de frenagem, ocasionado pelos veículos envolvidos; [...].

Em juízo (mídia digital de f. 311), o aludido policial militar confirmou as declarações supramencionadas, esclarecendo que, no veículo do apelante, havia forte odor de álcool, de forma que presumiu, a princípio, que o condutor do automóvel estivesse ingerido bebida alcóolica.

Do Relatório de Investigações da Polícia Civil (f. 55/56) se extrai que:

[...] em cumprimento a vossa determinação e após oitiva da testemunha, V., no cartório desta Delegacia, dando conta de que o condutor do automóvel teria lançado um objeto para as margens do Rio Paraíba, demos início às diligências:

- Deslocamos até as proximidades do local do acidente, onde encontramos um pedaço de vidro com marcas de impressões de digitais, aparentando ser um copo, tendo este sido encaminhado a Perícia;
- Em seguida, deslocamos até o Pátio Itajuru, onde o veículo UP de propriedade de E. se encontra acautelado, sendo que, em seu interior, estavam vários pedaços de vidros, tampas de garrafa de cerveja, Engov, bem como um cheiro muito forte de álcool, além de um *ticket* de estacionamento do Bahamas com placa de outro veículo que está sendo analisado [...].

Da mesma forma, o acervo probatório traz elementos suficientes que respaldam a tese acusatória de que E. estava acima da velocidade permitida para a via pública.

A testemunha S.C.A. esclareceu ter advertido o acusado acerca do excesso de velocidade empregado durante o percurso, momentos antes da colisão que vitimou os envolvidos, asseverando que percebeu turbulências no automóvel, razão pela qual disse para o réu “andar mais devagar” (mídia audiovisual de f. 784).

Durante o trajeto de retorno a Juiz de Fora/MG, o acusado foi autuado por infrações de trânsito, inclusive, por excesso de velocidade, conforme demonstra os documentos acostados às f. 180/184, às 2h34h e às 2h46min, poucos minutos antes da colisão.

No mesmo norte, V.S.B. declarou que: “também chegou um veículo Sedan cor prata no local, cujo condutor um rapaz de cabelos grisalhos, dizendo que o veículo UP havia passado por ele em alta velocidade”, o que foi

confirmado em Plenário (mídia audiovisual de f. 784), acrescentando que chegaram dois veículos no local dos fatos, tendo os condutores alegado que o réu havia passado por eles em alta velocidade.

Válido ressaltar, também, trecho do exame pericial de levantamento do local, especificamente à f. 137:

[...] Baseando-se na distância de 6m (seis metros) em que o veículo 02 (motocicleta) foi projetado pelo veículo 01 (automóvel) desde o ponto de colisão entre estes veículos sobre o pavimento asfáltico até o local onde este veículo 02 (motocicleta) se imobilizou, na distância de 03m (três metros) em que a vítima foi projetada pelo veículo 01 (automóvel) desde o ponto de colisão entre esses veículos sobre o pavimento asfáltico até o local onde o corpo foi encontrado, nos ferimentos constatados no corpo da vítima e nos danos constatados nestes veículos envolvidos neste acidente em análise, o Perito Criminal acredita que o veículo 01 (automóvel) trafegava em uma velocidade acima da velocidade permitida de 60 km/h (sessenta quilômetros por hora) para este trecho da avenida alvo dos exames periciais, instantes antes da colisão contra o veículo 02 (motocicleta).[...].

O perito G.G.G. (mídia audiovisual de f. 784) assevera que, no momento da colisão, em razão da velocidade do automóvel, o carro necessitou de uma distância de 64 metros para parar, afirmando que, se o réu não tiver acelerado o veículo no trecho, consegue comprovar que a velocidade na hora do impacto não era inferior a 108 km/h.

Também não há como acatar a tese defensiva de que o ofendido que conduzia a motocicleta foi o responsável pela colisão, sob a alegação de que o mesmo estava em alta velocidade no momento dos fatos e provavelmente se encontrava embriagado.

Válido esclarecer, de plano, que, no Direito Penal, não se admite a compensação da culpa, de modo que a alegação de que a vítima conduzia a motocicleta sob o efeito de álcool e acima da velocidade permitida não merecem prosperar, nem tampouco ilidem a responsabilidade penal do acusado.

Ademais, não há qualquer indício nos autos que corrobora a tese defensiva e, embora o acusado tente atribuir toda a responsabilidade pelo evento à própria vítima, verifico que as provas produzidas não autorizam tal conclusão.

A testemunha V.S.B., em Plenário (mídia audiovisual de f. 784), aduz que a motocicleta ocupada pelas vítimas passou normalmente pelo seu carro que se encontrava um pouco a frente do ponto de colisão, sendo certo que nada despertou a atenção do mesmo nesse momento. Acrescenta, ainda, que posteriormente, já na Delegacia, através de imagens captadas por uma câmera de segurança, pôde perceber que a motocicleta passou devagar na via pública. No mesmo sentido, o policial militar E., em juízo (mídia audiovisual de f. 311), afirmou que, momentos antes dos fatos, a motocicleta havia passado por um radar, de modo que, se a mesma estivesse em alta velocidade, teria sido o condutor autuado, o que não ocorreu.

Nem tampouco se mostra crível acolher a versão de que o ofendido faria um longo percurso em poucos minutos, o que supostamente exigiria do condutor da motocicleta uma velocidade acima da permitida, até mesmo porque as provas deram conta de que o referido trajeto poderia ser percorrido em poucos minutos, não justificando o emprego excessivo de velocidade por parte do ofendido E.

Dessa feita, verifica-se que há nos autos duas versões dos fatos, uma narrada pela acusação, segundo a qual o réu teria invadido a contramão direcional, acima da velocidade permitida e sob a influência de álcool, agindo com dolo eventual, e a outra alegada na tese defensiva, de que o apelante teria apenas praticado os

fatos pela inobservância do dever objetivo de cuidado, já que não há provas de que fez ingestão de bebida alcoólica, trafegou em velocidade acima da permitida, nem tampouco de que o mesmo foi o responsável pelo acidente, dada a insuficiência probatória de que o mesmo invadiu a contramão direcional, tendo a colisão sido provocada pelo condutor da motocicleta que trafegava em alta velocidade e embriagado.

Ora, se os jurados rejeitam a tese da defesa acolhendo outra versão igualmente disponível nos autos, não se autoriza a cassação do veredicto popular.

Assim, entendo que a decisão do egrégio Conselho de Sentença não é despropositada, uma vez que se apoia em uma das versões apresentadas, estando amparada nas provas existentes nos autos.

O fato de o Júri optar por uma das versões verossímeis dos autos não significa que a decisão seja contrária ao conjunto probatório. Somente aquela decisão que não encontra apoio nenhum na prova dos autos é que pode ser anulada. Tal entendimento já se encontra sedimentado neste Tribunal através da Súmula 28:

A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes.

No sentido de respaldar o que foi acima exposto, surge a jurisprudência do TJMG:

Apelação criminal. Júri. Homicídio triplamente qualificado. Cassação do veredicto popular. Decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Não verificação. Decisão coerente com o conjunto probatório. - A cassação de decisão proferida pelo Júri, Tribunal constitucionalmente designado para julgar crimes dolosos contra a vida, somente deve ocorrer em caso de decisão manifestamente contrária ao contexto probatório. Havendo prova capaz de sustentar a condenação dos réus, não há que se falar em cassação do veredicto, devendo prevalecer a decisão alcançada pelo eminente Conselho de Sentença. Repise-se, que somente aquela decisão que não encontra apoio nenhum na prova dos autos é que pode ser anulada, não sendo, pois, o caso dos autos. (TJMG - Apelação Criminal 1.0433.11.014168-9/004, Rel. Des. Paulo César Dias, 3ª Câmara Criminal, j. em 13/12/2016, p. em 26/1/2017).

Apelação criminal. Homicídio qualificado. Cassação do julgamento. Decisão manifestamente contrária às provas dos autos. Inocorrência. Afastamento do privilégio que encontra amparo no acervo probatório. Decisão do júri que não se mostra arbitrária ou escandalosa. Decote da qualificadora do motivo fútil. Impossibilidade. Incidência que encontra amparo no acervo probatório. Diminuição da pena. Inviabilidade sentença mantida. Isenção das custas. Competência do juízo da execução. - A cassação de veredicto popular ao argumento de ser manifestamente contrário às provas dos autos somente é admitida quando for a decisão 'escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório'. Deste modo, incabível a anulação do julgamento, se a decisão do Conselho de Sentença que afastou a incidência do privilégio previsto no art.121, §1º, do CPB encontrar amparo em vertente probatória constantes dos autos. - Havendo suporte probatório que demonstre a incidência das qualificadoras, impossível a anulação da decisão do Tribunal Popular. - A existência de ao menos uma circunstância judicial adversa autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal cominado. - Tendo sido observadas pelo julgador *a quo*, de forma escoreita, as diretrizes do art.59 e 68 do CPB, impossível a redução da reprimenda. - Compete ao juízo da execução a análise acerca do pedido de isenção das custas processuais (TJMG - Apelação Criminal 1.0621.05.010805-2/002, Rel. Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, j. em 13/12/2016, p. em 24/1/2017).

Dessarte, é de se notar que a decisão colegiada acolheu a tese da acusação que se encontra amparada pelos elementos colhidos no processo.

Assim, a decisão dos jurados não se mostra desarrazoada quando reconhece que o acusado, ao trafegar na contramão direcional, acima da velocidade permitida e sob a influência de álcool, agiu com dolo eventual, assumindo, portanto, o risco de causar a morte dos ofendidos, já que todo o acervo probatório está em perfeita harmonia com essa interpretação dos fatos, consoante já explanado.

Por todo o exame do contexto probatório, não há como acatar as alegações da defesa, uma vez que a r. decisão do Conselho de Sentença se mostra em consonância com a prova dos autos, devendo, por essa razão, ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## II - Dosimetria:

Busca o apelante, ainda, a redução das penas-base impostas ao mínimo legal, pleiteando o abrandamento das sanções, sob a alegação de que todas as circunstâncias judiciais lhes são favoráveis.

Assevera que a culpabilidade não pode ser tida como desfavorável com base em elementos sociais e culturais de E., ao contrário, não foi sequer considerada sua comprovada debilidade mental, atestada por seu psiquiatra. Aduz, também, que as consequências são ínsitas ao tipo penal, sob o argumento de que o suicídio da irmã da vítima foge do campo de previsibilidade do apelante, bem como afirma que a jovem, antes mesmo do acidente, já era portadora de doenças mentais e sociais, sendo certo que o clamor público e circunstâncias alheias à vontade do réu não são meios idôneos a exasperar a reprimenda na primeira fase da dosimetria.

A meu ver, parcial razão assiste a defesa nesse ponto.

Vê-se que, na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão para cada delito (ou seja, em seis anos acima do mínimo legal), por terem sido consideradas como desfavoráveis ao réu a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências dos crimes de homicídio.

A culpabilidade pode ser traduzida na reprovabilidade e censurabilidade da conduta do agente, que, a meu ver, ultrapassa aquela ínsita ao tipo penal.

O autor Guilherme de Souza Nucci, em seu *Código Penal comentado* (Ed. Revista dos Tribunais, 11. ed., 2012), aduz que a culpabilidade é:

[...] o elemento subjetivo, portanto, não deve servir para guiar o juiz na fixação da pena, pois, nesse contexto, o importante é a reprovabilidade gerada pelo fato delituoso. Pode-se sustentar que a culpabilidade, prevista neste artigo (art. 59, CP), é o conjunto de todos os demais fatores unidos: antecedentes + conduta social + personalidade do agente + motivos do crime + circunstâncias do delito + consequências do crime + comportamento da vítima = culpabilidade maior ou menor, conforme o caso.

Assim sendo, levando em consideração a gravidade dos fatos em função de todas as circunstâncias que permearam o crime analisado, entendo como negativa a culpabilidade do agente. Extrai-se dos autos que o acusado, após a colisão que vitimou os ofendidos, agiu com extrema frieza. Nota-se que ficou evidenciado nos autos que o réu não prestou socorro às vítimas, evadindo do local dos fatos. Pelos relatos das testemunhas, nem sequer se aproximou do ofendido no momento dos fatos, mostrando-se indiferente em relação à

conduta que praticou e alheio à situação da vítima, preocupado tão somente em se desvencilhar das provas que pudessem evidenciar a autoria dos homicídios.

Ademais, a justificação do i. Juízo *a quo* foi suficiente para esclarecer o que o motivou a valorar negativamente tal circunstância judicial, pois, ao deixar o local dos fatos com nítida omissão de socorro, a vítima, apresentando frieza e descaso ao sofrimento do ofendido, demonstrou grau de reprovabilidade e censurabilidade de sua conduta elevado, razões com as quais coaduno.

Sendo assim, a censurabilidade do delito de fato se mostra elevada.

No entanto, as circunstâncias não podem ser tidas como desfavoráveis ao apelante, sob pena de incorrer em *bis in idem*, já que foram analisadas no tópico atinente a culpabilidade.

Por fim, no que tange às consequências do delito, tenho que tal baliza deve ser mantida como desfavorável. Embora o sofrimento sentido pela família do ofendido seja inerente ao tipo penal, nos autos existem elementos concretos que demonstram um desdobramento mais grave em relação à irmã de uma das vítimas. Sobre as consequências do delito, César Roberto Bitencourt leciona que:

Não se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado. [...] Importa, é verdade, analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados, não necessariamente típicos, do crime (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, volume 1. 17 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 757).

Nesse sentido, no caso em tela, observa-se que as consequências demonstram grave repercussão para os familiares da vítima, em especial da ofendida V. Isso porque, nos termos do depoimento de V.S.V. (mídia audiovisual) e da certidão de óbito acostada à f. 708, já que A.S.V. cometeu suicídio aproximadamente um ano após os fatos.

Conforme o depoimento da aludida testemunha, A. desenvolveu transtornos psiquiátricos e passou a fazer uso de remédios em decorrência dos fatos, já que não se conformava com a morte de V. Ademais, é categórica ao confirmar que o suicídio de A. tem relação direta com a morte da irmã, visto que ambas possuíam forte vínculo afetivo. Acrescenta também que toda família foi afetada com a situação. Dessa forma, entendo que, *in casu*, as consequências ultrapassaram aquelas ínsitas ao tipo penal.

Sendo assim, considerando a presença de 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam a culpabilidade e as consequências, fixo a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão para cada delito.

Não há agravantes ou atenuantes a serem analisadas.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição de pena, razão pela qual fica a pena definitivamente concretizada no patamar acima apontado.

Reconhecido o concurso formal próprio e por se tratar de dois crimes de homicídio, mantenho o patamar de aumento aplicado em primeira instância, qual seja 1/6 (um sexto), de modo que torno concreta a pena total para os dois delitos de homicídios no patamar de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Mantenho o regime fechado fixado em primeira instância.

III - Dispositivo:

Ante ao exposto, dou parcial provimento ao recurso defensivo, tão somente para reduzir a pena aplicada ao acusado para o patamar de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, nos termos do presente voto.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CORRÊA CAMARGO e EDUARDO BRUM.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Contravenção penal - Omissão de cautela na condução e guarda de animal perigoso - Absolvição - Impossibilidade - Autoria e materialidade evidenciadas - Falta de cautela devidamente demonstrada - Recurso não provido

- Se as provas produzidas formam um conjunto probatório harmônico e desfavorável ao apelante, autorizando um juízo de certeza para o decreto condenatório pela contravenção penal prevista no art. 31 do Decreto-Lei 3.688/41, não há como acolher o pedido de absolvição.

- Restando demonstrado que o acusado foi negligente na guarda de animal perigoso, faltando com o dever de cautela, já que o seu *Pit Bull* chegou a atacar outro cão na via pública, colocando em risco a integridade física das pessoas, impõe-se a manutenção da sentença condenatória.

Recurso não provido.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0518.12.016825-8/001 - Comarca de Poços de Caldas - Apelante: J.O.O. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: V.D.S. - Relator: DES. DOORGAL BORGES ANDRADA**

### Acórdão

Vistos, etc., acorda, em Turma, a 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2018. - *Doorgal Borges Andrada* - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. DOORGAL BORGES ANDRADA - Trata-se de recurso de apelação interposto por J.O.O., em face da r. sentença de f. 115/116-v., que o condenou nas sanções do art. 31 do Decreto-Lei nº 3.688/41, à pena de 12 (doze) dias-multa, em regime aberto.

Nas razões recursais (f. 123/125-v.), a defesa pleiteia a absolvição sob o argumento da insuficiência probatória. Argumenta que o apelante afirmou que nunca permitiu que seu cachorro acessasse a via pública sem coleira e focinheira; que nunca permitiu que o aludido animal saísse em via pública sozinho, sem sua companhia ou guarda; que no dia dos fatos, seu cachorro escapou de sua residência, pois seus filhos deixaram o portão aberto; que seu animal nunca atacou nenhuma pessoa. Alega que as provas produzidas demonstram que o acusado não incorreu na conduta delitiva do art. 31 da Lei de Contravenções Penais, pois, em momento algum, deixou voluntariamente seu cachorro em liberdade, confiou à guarda a pessoa inexperiente, tampouco não guardou com devida cautela animal perigoso; que o caso em tela foi um fato isolado, tanto é que o apelante não responde por nenhum outro processo pelo mesmo motivo. Aduz que



não existe uma única prova produzida em juízo que comprove a autoria delitiva, razão pela qual pugna pela absolvição, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Contrarrazões ministeriais, à f. 131/131-v., no sentido da manutenção do *decisum*.

A douta Procuradoria de Justiça, instada a se manifestar, pronunciou-se pelo conhecimento e desprovemento do apelo (f. 137/138).

É o relatório. Decido.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Narra a denúncia que, no dia 26 de dezembro de 2011, por volta de 19:20h, na rua [...], na Comarca de Poços de Caldas/MG, o acusado deixou em liberdade, confiou à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardou com a devida cautela animal perigoso.

Segundo consta, os policiais militares foram acionados porque o denunciado possui um cão da raça *Pit Bull*, que, na data dos fatos, se encontrava na rua “avançando em quem passava”, tendo, inclusive, atacado outro cão da raça *Cocker*.

Após detida análise da prova coligida, tenho que os autos oferecem subsídios suficientes para ensejar a condenação do acusado pela contravenção penal de omissão de cautela na condução e guarda de animais, ao contrário do que afirmou a defesa.

A materialidade restou sobejamente comprovada através do termo circunstanciado de ocorrência (f. 04/05), pelo boletim de ocorrência (f. 06/07), bem como pela prova testemunhal.

A referida contravenção penal tem por finalidade punir o proprietário ou pessoa que tem sob o seu cuidado animal que, em razão de sua agressividade característica, ou comportamento imprevisível, coloca em risco a integridade física de terceiros.

Para a configuração da contravenção penal exige-se a prova da potencialidade lesiva do animal, circunstância que, a meu ver, restou devidamente comprovada no caso *sub judice*, já que o cão era da raça *Pit Bull* e veio a atacar o cachorro da vizinha, que se encontrava na via pública.

Por outro lado, vê-se que a prova oral coligida não deixa dúvida acerca da autoria da contravenção.

O acusado, em seu depoimento perante o juízo, através de mídia audiovisual, confirmou parcialmente os fatos, declarando que, no dia do ocorrido, o seu *Pit Bull* escapou e agrediu o cachorro da vizinha; que, por duas vezes, o seu cão já agrediu outros cachorros, que numa agrediu pessoas. Afirmou que seu cão não saía sem coleira; que, quando escapava de casa, é que atacava outros cães; que o portão do fundo de sua casa de vez em quando ficava aberto; que o cachorro não ficava solto pela rua.

A testemunha V.D.S., também ouvida em juízo através de mídia audiovisual, afirmou ser vizinha do acusado. Alega que, na época, possuía um cão da raça *Cocker*, que não parava em sua casa, pois passava pelo vão da grade e ia para a rua; que o acusado J. ficava com o *Pit Bull* na rua sem coleira e sem focinheira; que o cachorro do réu agrediu seu cachorro várias vezes; que já ouviu falar que, uma vez, o *Pit Bull* atacou uma pessoa. Relatou que geralmente J. estava presente; que viu o cachorro com focinheira uma ou duas vezes, mas depois não mais; que nunca viu o cachorro sem J.

Com efeito, o conjunto probatório dos autos demonstra que o acusado, efetivamente, incorreu na conduta prevista no art. 31 da Lei de Contravenções Penais, pois deixou de observar a devida cautela na condução e guarda de seu cão da raça *Pit Bull*, tanto é que o animal chegou a agredir o cachorro da vizinha na via pública, do que se extrai a ocorrência de efetivo e elevado risco à segurança alheia, com alta probabilidade de dano as pessoas que transitam pelo local.

A respeito do tema, transcrevo o seguinte julgado:

Contravenção penal. Omissão de cautela na guarda de animal perigoso. Art 31 da lcp. Suficiência de provas. Sentença condenatória mantida. - Conjunto probatório que bem demonstrou a falta de cautela do acusado na guarda de animal perigoso (*Pit Bull*), uma vez que o cão circulava solto e desacompanhado pela via pública, colocando em risco a integridade física dos moradores da localidade. Conduta caracterizadora da contravenção penal prevista no art. 31 do DL 3.688/41. Impositiva a manutenção do édito condenatório. - Ausente qualquer circunstância judicial negativa, deve ser aplicada a pena mais benéfica, qual seja a multa alternativamente prevista no tipo penal. - Nos termos do art. 84, parágrafo único, da Lei 9.099/95, efetuado o pagamento da multa, não deve constar o registro no rol de culpados. Recurso improvido. Pena readequada, de ofício (TJRS - Recurso Crime nº 71.007.984.081, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin, j. em 8/10/2018).

Dessarte, não há dúvidas de que o apelante foi negligente na guarda de seu animal, tanto é que admitiu que o mesmo já atacou outros cachorros e que, às vezes, escapava pelo portão de sua casa.

Portanto, não havendo dúvidas sobre a existência e autoria do fato, impõe-se a manutenção da sentença condenatória, não havendo espaço para a absolvição pleiteada.

Em face do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso, nos termos do presente voto.

Custas, suspensas por estar o apelante assistido pela Defensoria Pública.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CORRÊA CAMARGO e FERNANDO CALDEIRA BRANT.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.



Apelação criminal - Nulidade do processo - Preliminar rejeitada - Roubo e extorsão qualificada - Palavra das vítimas em sintonia com as demais provas colhidas - Delitos caracterizados - Condenações mantidas - Penas-base - Manutenção - Reconhecimento do concurso formal ou continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão - Impossibilidade

- A validade das provas na fase do inquérito será analisada no julgamento do mérito do recurso, devendo ser rejeitada a preliminar suscitada pelo apelante.

- Encontrando a acusação apoio no conjunto probatório amealhado, que comprova a materialidade e a autoria delitivas, há de ser confirmada a sentença condenatória.

- As penas foram fixadas um pouco acima dos mínimos, cuja finalidade é repressão e prevenção do crime, diante da circunstância judicial negativa dos antecedentes dos acusados.

- Embora sejam delitos da mesma natureza, ofendendo o patrimônio da vítima, estes não podem ser tidos como da mesma espécie, visto que configuram delitos autônomos e independentes, possuindo, inclusive, os verbos núcleos dos tipos penais diferentes, uma vez que o delito de roubo se configura com a subtração da *res*, ao passo que a extorsão se procede mediante o constrangimento da vítima a entregar-lhe algo. Neste viés, impossível o reconhecimento da continuidade delitiva ou do concurso formal entre os crimes de roubo e extorsão.

- Negar provimento aos recursos.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0079.01.017667-9/001 - Comarca de Contagem - Apelantes: 1º) A.C.A.F. - 2º) N.R.V. - 3º) R.P.M. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Vítima: G.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 AOS RECURSOS.

Belo Horizonte, 27 de novembro de 2018 - *Antônio Carlos Cruvinel*. - Relator.

### **Voto**

DES. ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL - Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos.

Pela sentença de f. 373/405, foram condenados:

A) R.P.M. e A.C.A.F., como incurso nas sanções do art. 158, § 1º, (por duas vezes), c/c o art. 70; e art. 157, § 2º, I, II e V, ambos c/c os arts. 61, I, e 65, III, *d*, tudo do Código Penal, em concurso material, às penas de 13 (treze) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado e pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo legal;

B) N.R.V., como incurso nas sanções do art. 158, § 1º, (por duas vezes), c/c o artigo 70; e art. 157, § 2º, I, II e V, tudo do Código Penal, em concurso material, às penas de 13 (treze) anos, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado e pagamento de 43 (quarenta e três) dias-multa, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo, fixado o valor do dia-multa em seu mínimo legal.

Inconformados, insurgem-se os réus.

Às f. 462/464v, o primeiro apelante, A.C.A.F., afirma que, no tocante ao crime de extorsão, deve ser reconhecido um crime único.

Pugna pela fixação das penas-base de ambos os delitos nos mínimos; o aumento da pena intermediária do crime de roubo em 1/3, diante das majorantes do § 2º, I, II e V, do art. 157 do Código Penal; o reconhecimento do concurso formal entre os crimes de roubo e extorsão.

Nas razões de f. 438/446, o segundo apelante, N.R.V. requer a absolvição por ausência de provas, ou, quando não, a modificação do *quantum* de aumento das penas em razão das majorantes do crime de roubo para 1/3.

O terceiro apelante, R.P.M., às f. 419/436, afirma, em preliminar, que o processo é nulo, porque o procedimento de reconhecimento levado a cabo na fase de inquérito não observou o disposto nos arts. 226 e seguintes do Código de Processo Penal.

Relativamente ao mérito, busca a absolvição face à ausência de provas em seu desfavor, acrescentando que não foram produzidas provas em juízo consoante disposto no art. 155 do Código de Processo Penal.

Mantida a condenação, requer o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de extorsão e roubo majorado.

Todos os apelantes pedem a isenção do pagamento das custas processuais.

Contrarrazões às f. 468/473.

Manifesta-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 481/496, pelo desprovimento dos recursos.

Narra a denúncia que:

[...] no dia 29 de março de 2001, [...], Bairro Jardim Riacho, Contagem/MG, os denunciados, juntamente com um indivíduo até então identificado apenas por M., previamente ajustados, em unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram, para uso comum, coisas alheias móveis pertencentes à empresa Gramadus Ltda. e a alguns de seus funcionários. Consta ainda que os denunciados, na mesma data e local, constrangeram a vítima J.A.R., mediante grave ameaça exercida pelo emprego de arma de fogo, com o intuito de obterem vantagem econômica para si, a preencher um cheque no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais), bem como constrangeram um funcionário da empresa Gramadus Ltda, também mediante grave ameaça e com emprego de arma de fogo, a se deslocar até uma agência bancária, descontar o citado cheque e entregar a correspondente importância em dinheiro a eles. Segundo se apurou, no dia supracitado, o denunciado A.C. e o indivíduo até então identificado apenas por M. adentraram na empresa da vítima e, anunciando o

assalto, ambos com arma de fogo em punho, renderam os funcionários exigindo que uma das vítimas abrisse o cofre de onde subtraíram pequena quantidade de dinheiro. Ato contínuo, exigiram que os funcionários entregassem seus celulares e outros pertences, os quais também foram subtraídos. Em seguida, A.C. constrangeu o diretor da citada empresa, J.A.R., ameaçando-o de morte bem como ameaçando matar outros funcionários, a fazer um cheque no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais), sendo que a vítima, amedrontada, obedeceu aos criminosos e preencheu o cheque com o valor exigido. Com o cheque em mãos, o denunciado R. e M. constrangeram um outro funcionário da empresa Gramadus, G.M. a se deslocar com eles até a agência bancária, descontar o cheque e entregar-lhes a importância em dinheiro correspondente, empregando arma de fogo e ameaçando a todo tempo matar os outros funcionários da empresa que permaneceram como reféns, vigiados pelos denunciados A.C. e N. Para se deslocarem até a agência bancária, ainda subtraíram um veículo Vectra, placa GSO-7300, de propriedade da empresa Gramadus Ltda. Consta ainda que o denunciado N. concorreu para a prática dos crimes, seja vigiando os reféns, seja dando cobertura e permanecendo próximo à portaria da empresa, com o intuito de assegurar a execução e consumação dos delitos. Após receberem a importância em dinheiro do cheque descontado, o denunciado R. e M. liberaram o funcionário da empresa, telefonando em seguida para os denunciados A.C. e N. que, deixando os reféns, se evadiram da empresa com os objetos subtraídos [...].

#### Preliminar.

O terceiro apelante, R.P.M., afirma, em preliminar, que o processo é nulo, porque o procedimento de reconhecimento levado a cabo na fase de inquérito não observou o disposto nos arts. 226 e seguintes do Código de Processo Penal.

Dispõe o art. 226, II, do Código de Processo Penal, que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretende, será colocada, se possível, ao lado de outras [...]”.

Pode-se extrair da redação de tal inciso que se trata de uma recomendação, uma faculdade a ser observada, em cada caso.

Ademais, o auto de reconhecimento elaborado na fase inquisitorial é um procedimento informativo, sendo que a não observância de alguma formalidade é insuficiente para acarretar qualquer nulidade processual ou macular as provas obtidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Rejeita-se a preliminar.

Relativamente ao mérito, sob diferentes argumentos, buscam os apelantes as absolvições.

Em que pesem os argumentos apresentados pela combativa defesa de inexistência de provas para sustentar o édito condenatório, razão não lhes assiste.

A materialidade do delito vem comprovada pelo auto de apreensão (f. 33) e autos de avaliação (f. 57 e 80).

Constam do processo, das f. 11 a 13, os autos de reconhecimento, nos quais, I.S.S.A.R. e J.A.R. reconhecem A.C.A.F. e R.P.M., como sendo autores dos delitos.

Tocante à autoria, quando ainda crepitantes os fatos, os corréus R.P.M. e A.C.A.F. confessaram com riqueza de detalhes que:

R.P.M.: [...] encontra-se preso em cumprimento a mandado de prisão e esclarece o seguinte sobre os fatos que lhe são imputados; que confessa sua participação no roubo ocorrido na Empresa Gramadus Ltda. [...]; que [...] juntamente com A.C., N.R. e M. de tal tiveram a ideia de assaltarem a referida empre-

sa; que todos armados, com revólver cal. 38 e 32, chegaram na empresa em um veículo Marea, de placa MAP-3199, [...] que A.C. e M. entraram na empresa; que posteriormente o declarante e N. entraram na empresa, ficando na portaria; que passado pouco tempo A.C. foi até o declarante na portaria e passou um cheque no valor de R\$30.000,00 para ser descontado; que o declarante foi juntamente com M. e um funcionário da empresa para descontar o cheque até o Banco Real; que tiveram que retornar até a empresa, pois o cheque não estava assinado; que, após ser assinado, retornaram ao banco e descontaram o mesmo na boca do caixa; que esclarece que foi o funcionário quem conseguiu descontar o cheque da empresa; que o funcionário da empresa foi deixado próximo ao banco, enquanto o declarante e M. foram embora; que esclarece o declarante que, para ir até o banco, pegou um veículo que estava estacionado no pátio da empresa, sendo um veículo Vectra GSO-7300; que, logo depois de subtrair o dinheiro no banco, deixou o referido veículo na residência da pessoa de nome J., no Bairro 1º de maio, na Rua Jane Eyre; [...] que no mesmo dia, encontrou com seus comparsas no bairro Lindéia, onde o dinheiro foi dividido em partes iguais, ou seja, a quantia de R\$7.500,00 para cada um [...] que esclarece o declarante que, do referido assalto, levou aparelhos celular de funcionários da empresa; que, com relação aos celulares que pegou das vítimas, passou para a pessoa de R., sendo que o mesmo tem facilidade em habilitar celulares roubados... (f. 19/20).

A.C.A.F.: ...encontra-se recolhido na Casa de Detenção Antônio Dutra Ladeira e esclarece o seguinte sobre os fatos que lhe são imputados; que confessa sua participação no roubo ocorrido na empresa [...]; que não se recordando a data certa, juntamente com R., N.R. e M. de tal, onde tiveram a ideia de assaltar a referida empresa; que todos armados, com revólver cal. 38, chegaram no depósito em um veículo Marea [...]; que o declarante e M. entraram e renderam os funcionários, enquanto R. e N. ficaram dentro da empresa, próximo à portaria; que determinaram que uma funcionária, acreditando ser a gerente do referido estabelecimento abrisse o cofre; que, como não encontraram dinheiro, o declarante determinou que esta mesma funcionária fizesse uma previsão no valor de R\$30.000,00 no Banco Real; que foram ao banco com a funcionária e as pessoas de R. e M.; que ainda retornaram à empresa, pois o cheque não estava assinado; que, passado um tempo, R. ligou para o declarante dizendo que o dinheiro já havia sido retirado do banco; que então o declarante e N. deixaram os funcionários presos em uma sala e evadiram do local; que de lá foram para a residência de N. [...] onde dividiram o dinheiro em partes iguais, ou seja, a quantia de R\$7.500,00 para cada um; [...] que esclarece o declarante que, do referido assalto, levou aparelhos de celular de funcionários da empresa; que, com relação aos celulares que pegou das vítimas, esclarece que ficaram na residência de N. ... (f. 24/24v).

Em juízo, o réu R. retratou-se, o que é comum após orientação de advogado, dizendo que fora espancado. Contudo, não existe prova neste sentido.

A.C.A.F., em juízo, confirmou a sua participação no delito e tentou inocentar os demais comparsas, sendo certo que tal assertiva não passa de mera ilação numa tentativa de livrar os demais réus de uma possível condenação.

As confissões dos réus e o *modus operandi*, quantidade de agentes, características físicas, foram todos corroborados pelas demais provas testemunhais.

Em juízo, a vítima J.A.R., declarou que:

[...] participou de um auto de reconhecimento da Depol; que confirma o teor do auto de f. 12/12v, quando ali reconheceu o acusado A.C.; que, pelo auto de reconhecimento, teria sido A.C. que o agrediu com coronhadas; que, quando o informante chegou na sede da empresa, já deparou com outros funcionários rendidos; que, quando chegou no estacionamento da empresa, foi recebido por um dos agentes e notou

que algo de errado acontecia ali; que foi o informante que fez a abertura de um dos cofres, sendo que um outro cofre já havia sido aberto pela gerente da empresa; que o cofre que a gerente abriu estava com os vale-transportes; que não se lembra se todos agentes estariam armados; que à noite, ainda sentindo dores na cabeça, foi até o hospital para ser medicado; que o cheque foi preenchido pela gerente da empresa em outra sala; que o informante foi obrigado a assinar o cheque; que essa gerente ligou para a agência bancária para que o cheque fosse pago; que os funcionários também tiveram objetos subtraídos, tais como celulares, relógios; que o cheque foi feito nominalmente a um dos funcionários da empresa; que esse funcionário também acompanhou alguns dos agentes até a agência bancária, recebeu o cheque e repassou a importância para o agente; que, enquanto algum agente foi até a agência bancária, ficaram outros na empresa vigiando os reféns; que aquele agente que foi até o banco não voltou mais na empresa e fez contato com aqueles que ali estavam para que liberassem os reféns... (f. 253).

A vítima M.T.W., corroborando a dinâmica dos fatos que fora relatada anteriormente pelos corréus e pela vítima J., declarou que:

[...] estava no interior da empresa quando os agentes ali chegaram; que viu uma pessoa entrando na sala de cabeça baixa com um revólver na mão, mandando que o informante saísse e depois começou a ameaçar a todos; que um outro agente que estava ali também recolhia objetos dos funcionários da empresa; que viu o diretor da empresa J.A. ser atingido por uma coronhada; que um funcionário da empresa de nome G. foi levado por um dos agentes até a agência bancária para descontar um cheque que J.A. preencheu no valor de trinta mil reais; que viu três agentes entrando na empresa e dois estariam do lado de fora; que ficou rendido pelos agentes em torno de cinco horas; que os reféns ficaram rendidos dentro de uma sala [...] (f. 255).

No mesmo sentido a vítima I.S.S.A.R. declarou que:

[...] o informante e seu patrão estiveram na delegacia de furtos e roubos, sendo que se recorda de ter reconhecido dois dos assaltantes; que reconhece como suas as assinaturas apostas nos autos de reconhecimento acostados ao processo; que os autores do assalto não usavam máscara nem qualquer outra coisa para tampar o rosto; que não teve qualquer dúvida no reconhecimento dos dois assaltantes conforme autos; que, salvo engano, foram um total de oito assaltantes no crime em questão; que se recorda que um dos assaltantes reconhecido tinha uma tatuagem em um dos braços e uma queimadura tampando a tatuagem [...]; que o procedimento de reconhecimento na delegacia foi realizado com o informante e seu patrão atrás de um vidro e do outro lado quatro cidadãos dos quais o informante reconheceu dois, que também foram reconhecidos por seu patrão; que foram apresentados também anexos fotográficos, sendo que o informante não reconheceu nenhuma das pessoas que estavam nas fotografias; que o informante foi rendido pelos assaltantes no momento em que estava saindo de um dos dois portões da empresa para ir almoçar; que a pessoa que rendeu o informante era magro, tinha porte físico de aproximadamente 1,75m, usava óculos, de pele clara e cabelo encaracolado; que se recorda de que um dos assaltantes era de cor parda e com uma barriga que destacava, sendo este o que tinha tatuagem; que um dos outros tinha traços indígenas e um quarto que ainda se recorda, tinha pele bem escura e era forte; que era horário de almoço e a maioria dos empregados almoçava na própria empresa; que após o informante ser rendido, os assaltantes conduziram o informante até o interior da empresa, onde renderam os outros empregados [...] (f. 287/288).

O Policial Civil V.T.G. esclareceu que:

[...] confirma o teor e assinatura da comunicação de serviço de f. 08/09; que se lembra de ter apurado mais de oito assaltos que os acusados participaram; que em todos os assaltos havia participação de R. e A.C. e N. que participava de alguns e outros não; que reconhece os três acusados como autores de vários assaltos na comarca e fora dela; que, dado o tempo passado e tantos os fatos praticados pelos réus, não



se lembra de detalhes quanto à presente ação penal, mas confirma o que teria ocorrido em relação ao presente processo conforme a comunicação de serviço de f. 08/09 [...]; que os acusados já são conhecidos da delegacia de furtos e roubos por vários roubos perpetrados; que todos os roubos anteriores eram praticados com o mesmo *modus operandi* daquele tratado no presente auto... (f. 256).

Os três relatos acima transcritos foram dados em juízo, devendo ser observado que, considerando o prazo decorrido entre a data do fato e a data da instrução, é mais do que aceitável não se lembrar com detalhes sobre o ocorrido, sendo importante observar que todos os depoimentos e declarações prestados na fase inquisitiva, assim como o reconhecimento, foram confirmados em juízo.

Com efeito, os crimes contra o patrimônio em sua maioria são cometidos na clandestinidade, sendo certo que a palavra da vítima que reconhece o seu algoz forma alicerce suficiente para sustentar um decreto condenatório, desde que esteja em consonância com os demais elementos probatórios constantes dos autos, como ocorre *in casu*.

As vítimas foram claras ao reconhecer os apelantes como autores do delito, não pairando dúvidas sobre a idoneidade da sua declaração.

Nesse sentido eis a jurisprudência:

Penal. Apelação criminal. Furto. Absolvição. Negativa de autoria e ausência de prova de materialidade. Palavra da vítima e depoimento dos policiais. Validade. Perseguição ocorrida certo tempo depois do crime. Tempo suficiente para o agente se desfazer da coisa. Impossibilidade. Negado provimento ao recurso. 1. É impossível a absolvição quando as provas demonstram a prática criminosa. 2. Por ser de grande eficácia todo o conjunto probatório da existência do crime e da autoria, justifica-se a instauração da ação penal, mesmo quando ausente o auto de apreensão, que poderá ser suprido por outros meios de provas, principalmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. 3. A palavra da vítima assume grande importância quando firme e coerente, sendo suficiente para ensejar o decreto condenatório, salvo se há motivos para que ela minta, o que não ficou comprovado no caso em apreço.[...] 5. (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.07.579922-1/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Jane Silva, j. em 24/11/2009, p. em 11/2/2010).

Outrossim, sabe-se que, na extorsão, a ação incriminada é constranger alguém a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, mediante violência ou grave ameaça.

Segundo Luiz Regis Prado,

a conduta típica consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, a fim de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica (tipo simples, anormal e incongruente). O verbo constranger deve ser entendido como coação, obrigação determinada pelo sujeito ativo, mediante violência ou grave ameaça (*Curso de direito penal brasileiro*. Parte Especial, 2. ed., 2002, v. 2, p. 410).

Pela prova acima relatada, conclui-se com facilidade que restou devidamente comprovada a extorsão em desfavor das vítimas G.M. e J.A.R.

Sobreleva ainda ressaltar que toda a prova fora confirmada em juízo, restando devidamente observado o contido no art. 155 do Código de Processo Penal.

Pedidos alternativos.

Os réus buscam alternativamente: a fixação das penas-base de ambos os delitos nos mínimos; o aumento da pena intermediária do crime de roubo em 1/3, diante das majorantes do § 2º, I, II e V, do art. 157 do Código Penal; no tocante ao crime de extorsão, pede que seja reconhecido um crime único; o reconhecimento do concurso formal entre os crimes de roubo e extorsão ou o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de extorsão e roubo majorado.

Todos os apelantes pedem a isenção do pagamento das custas processuais.

As penas-base dos crimes de roubo e extorsão foram fixadas um pouco acima dos mínimos (1/8), considerando os maus-antecedentes dos apelantes, que possuem sentença condenatória com trânsito em julgado posterior ao cometimento do crime em tela, e assim serão mantidas.

As penas-base foram criteriosa e fundamentadamente fixadas em observância à melhor prevenção e repressão do delito, bem como reeducação do infrator, atenta ao fim que se destina.

Igualmente será mantida a fração de 3/8 de aumento das penas intermediárias para o crime de roubo, haja vista a existência de três majorantes - concurso de pessoas, emprego de arma e restrição da liberdade. O concurso de pessoas e o emprego de arma aumenta sobremaneira a possibilidade de sucesso da empreitada criminosa, e a restrição da liberdade causa sérios traumas às vítimas que ficam sob a mira de assaltantes.

A fundamentação para a escolha da fração encontra-se às f. 389 da sentença proferida em primeiro grau de jurisdição.

No tocante ao crime de extorsão, pede que seja reconhecido um crime único.

Não é possível o reconhecimento de crime único, haja vista que foram praticados dois crimes.

Pelo que consta dos autos, após praticarem o roubo, os apelantes ameaçaram de morte a vítima J.A.R., constringendo-o a preencher um cheque no valor de R\$30.000,00; após estarem com o cheque em mãos, os apelantes constrangeram a vítima G.M. a ir até uma agência bancária para descontar o cheque e entregar-lhes a quantia, só liberando-o após a entrega do dinheiro.

Os réus, mediante uma única ação desdobrada em dois momentos diferentes, praticaram extorsão em desfavor das vítimas J.A. e G.M..

Também é incabível o reconhecimento do concurso formal ou da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão.

Ora, embora sejam delitos da mesma natureza, ofendendo o patrimônio da vítima, estes não podem ser tidos como da mesma espécie, visto que configuram delitos autônomos e independentes, possuindo, inclusive, os verbos núcleos dos tipos penais diferentes, vez que o delito de roubo se configura com a subtração da *res*, ao passo que a extorsão se procede mediante o constrangimento da vítima a entregar-lhe algo.

Com efeito, ainda que os delitos tenham ocorrido sob o mesmo contexto fático, os agentes que cometeram os crimes por meio de várias condutas.

*Mutatis mutandis*, eis a jurisprudência:

A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é firme em assinalar que se configuram os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair, mediante empre-

go de violência ou grave ameaça, bens da vítima, a constrange a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente (STJ - AgRg no AREsp 323.029/DF, j. em 1º/9/2016).

Roubo e extorsão qualificados. Arts. 157, § 2º, I, II e V; e 158, § 1º, do Código Penal. Concurso formal. Reconhecimento pretendido. Inadmissibilidade. Subtração violenta de bens. Posterior constrangimento da vítima a fornecer a senha de cartão bancário. Manutenção do ofendido, por várias horas, em poder dos agentes. Pluralidade de condutas e autonomia de desígnios. Inexistência de contexto fático único. Ordem denegada. 1. Tratando-se de duas condutas distintas, praticadas com desígnios autônomos, deve ser reconhecido o concurso material entre roubo qualificado (art. 157, § 2º, I, II e V, CP) e extorsão qualificada (art. 158, § 1º, CP). 2. Ordem de *habeas corpus* denegada (STF - HC 121.395/DF, j. em 21/10/2014).

Nos termos da jurisprudência desta Corte, malgrado os crimes de roubo e extorsão sejam do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, tornando despciendo o exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a incidência do art. 71 do Código Penal (STJ - HC 387.171/SP, j. em 20/6/2017).

Finalmente, é de se observar que os apelantes já foram beneficiados com a isenção do pagamento das custas processuais, restando prejudicado o pedido neste sentido.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos.

Custas, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES PAULO CÉZAR DIAS e FORTUNA GRION.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

• • •

Apelação - Júri - Recursos defensivo e ministerial - Homicídio qualificado - Legítima defesa da honra - Privilégio - Decisão contrária à prova dos autos - Inocorrência - Soberania do veredicto do tribunal popular do júri - Pena-base - Elevação - Necessidade

- Se o Conselho de Sentença apenas optou por uma das versões apresentadas, com respaldo na prova produzida, é necessário que tal decisão seja respeitada, diante do princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, da CF, não podendo a Corte Revisora negar sua vigência (Súmula nº 28 do TJMG).

- É de rigor a manutenção da condenação do apelante, se não restaram comprovados, *in casu*, os requisitos da legítima defesa da honra, não estando protegido por tal excludente o marido que mata a esposa sob alegação de infidelidade.

- Se há nos autos versão que indica que o acusado não agiu sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, não pode ser tida como manifestamente contrária à prova a decisão dos jurados que não reconheceu o privilégio previsto no art. 121, § 1º, do CP.

- É de ser elevada a sanção básica fixada na sentença, se o *quantum* eleito se mostra insuficiente para fins de se alcançar a tríplice finalidade da pena.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0035.15.018773-6/001 - Comarca de Araguari - Apelantes: 1º) M.R.L. - 2º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelados: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, M.R.L. - Vítima: J.C. - 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 NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.

Belo Horizonte, 12 de dezembro de 2018 - *Agostinho Gomes de Azevedo* - Relator.

### Voto

DES. AGOSTINHO GOMES DE AZEVEDO - Trata-se de Recursos de Apelação aviados por M.R.L. e pelo Ministério Público, em face da decisão do Conselho de Sentença que condenou o acusado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II, IV e VI, do Código Penal, à pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime fechado.

Quanto aos fatos, narra a denúncia que:

[...] que no dia 7/10/2015, por volta das 16:30h, na Rua [...], Novo Horizonte, nesta cidade, o denunciado matou a vítima J., por motivo fútil, consistente em mera discussão diante da ruptura do relacionamento, usando uma arma branca (faca) para ceifar a vida da vítima, na porta da escola dos filhos do ex-casal.

Segundo consta, a vítima e o denunciado mantinham um relacionamento há nove anos no município de Cumari/GO, e, nos últimos tempos, estavam se desentendendo, com muitas brigas, e a vítima comunicou ao familiar, na pessoa de seu tio, de nome E., que, na data de 1º/10/2015 estaria terminando o relacionamento com o denunciado e solicitou-lhe que fosse buscá-la, juntamente com os três filhos do casal, vindo a residir na cidade de Araguari-MG.

Consta ainda que, um dia antes do crime (6/10/2015), o denunciado já havia comparecido até a casa da vítima em Araguari-MG ameaçando-a de morte, ante seu inconformismo com o término do relacionamento.

Após, no dia 7/10/2015, ainda insatisfeito com o fim do relacionamento, o denunciado foi ao encalço da vítima, a qual se encontrava na porta da escola Papa João XXIII, na companhia do menor H. (13 anos de idade), seu sobrinho, aguardando a saída dos filhos do casal, ocasião em que o réu se desentendeu com a vítima, deu-lhe três tapas e, em seguida, retirou uma faca que estava escondida dentro de um saco de pão e desferiu cerca de 6 (seis) facadas na vítima, evadindo-se do local em seu veículo Ford Escort de cor vermelha, incidindo a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima ao ser surpreendida com o uso do instrumento cortante (faca).

Ato contínuo, foi acionada a PMMG, e a vítima foi levada para o Pronto Socorro, porém já havia ocorrido o óbito.

A PMMG, em rastreamentos na cidade, encontrou o veículo do denunciado estacionado no pátio do terminal rodoviário de Araguari, sendo localizado por telefone celular e preso em flagrante delito próximo do Posto Sogrão, ocasião em que o réu informou que a faca usada no crime estava localizada na Rua Guanabara nº 395, sendo apreendida, tendo confessado a autoria delitiva.

No caso em tela também aplica-se a qualificadora prevista no inciso VI, § 2º-A, I, tendo em vista que o crime ocorreu em razão das discordâncias do réu na ruptura do relacionamento e em face de a vítima ser mulher, no contexto da violência no âmbito doméstico.

O ACD de f. 60/61, o mapa cadavérico de f. 62, laudo de levantamento do local (f. 63/67), atestam que houve a ofensa à integridade física da vítima, causada por instrumento pérfuro-cortante - faca (arma branca).

Assim, o crime ocorreu consistente em mera discussão diante do fim do relacionamento, incidindo a qualificadora do motivo fútil (art. 121, § 2º, inciso II, do CP).

Tendo em vista que o denunciado utilizou de uma faca que estava escondida dentro de um saco para matar a vítima, dificultando a sua reação, incide a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da ofendida (art. 121, § 2º, inciso IV).

E, por fim, tendo em vista que o crime ocorreu em razão das discordâncias do réu na ruptura do relacionamento e em face de a vítima ser mulher, no contexto da violência no âmbito doméstico, incide a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, § 2º-A, I, do CP (f. 03d/05d).

A denúncia foi recebida em 22 de fevereiro de 2016 (f. 72).

A sentença de pronúncia foi publicada no dia 30 de junho de 2016 (f. 163-v).

O Conselho de Sentença, por maioria de votos, reconheceu a materialidade e a autoria delitivas, nos termos da denúncia (f. 424/425).

Em seguida, o Juiz-Presidente proferiu a sentença condenatória (f. 426/431).

Inconformados, apelaram o Ministério Público (f. 415-v) e a Defesa (f. 437).

O *parquet*, em suas razões recursais (f. 439/443-v), pretende, em síntese, a elevação da pena fixada em desfavor do acusado.

A Defesa, por sua vez, alega que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos, tornando imperiosa sua cassação, eis que o acusado agiu amparado pela excludente da legítima defesa da honra, bem como sob o domínio de violenta emoção. Alternativamente, requereu a redução da pena para o mínimo legal. Por fim, pugnou pela fixação de honorários advocatícios (f. 459/469).

Contrarrazões às f. 473/479-v e 485/490.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do apelo ministerial e pelo não provimento do recurso defensivo (f. 495/508).

É o relatório.

Conheço dos recursos, eis que presentes os seus pressupostos de admissibilidade.

Não tendo sido arguidas preliminares, nem vislumbrando vício na prestação jurisdicional, passo ao exame do mérito dos apelos, conjuntamente, tendo em vista as teses alegadas.

Cumprido ressaltar que o apelante não negou o cometimento do crime, confessando-o tanto na fase policial (f. 07/08), quanto na de pronúncia (f. 109/110) e em plenário (f. 421/421-v), o que restou corroborado pela prova testemunhal colhida.

Inconformada, a Defesa interpõe o presente recurso, alegando terem os jurados decidido de forma manifestamente contrária à prova dos autos, eis que o acusado agiu amparado pela excludente da legítima defesa da honra, bem como por ter o acusado agido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

Inicialmente, faz-se preciso delinear o que vem a ser “decisão contrária à prova dos autos”, que ora faço nos estreitos limites dos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto:

[...] Assim se entende a decisão totalmente divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos, ‘é aquela que não tem apoio em prova nenhuma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos, é aquela que não tem a suportá-la, ou justificá-la, um único dado indicativo do acerto da conclusão adotada’ (RT 780-653). Imaginemos o exemplo no qual o réu, ouvido durante sua prisão em flagrante, confesse que atirou na vítima, matando-a, mas assim agiu em legítima defesa. Interrogado pelo juiz togado, na primeira fase do procedimento do júri, mantenha a mesma versão. Ouvido em plenário, já perante o Conselho de Sentença, confirme os pronunciamentos anteriores, ou seja, que matou em legítima defesa. Se, apesar disso, os jurados, na sala secreta, votando os quesitos, negam tenha sido o réu o autor dos disparos que mataram a vítima, absolvendo-o, estarão, sem dúvida, julgando de forma manifestamente contrária à prova dos autos, a autorizar a oferta de apelação pela acusação, a fim de que novo julgamento seja realizado.

Se, porém, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis dentre as apresentadas, a decisão é mantida, em nome da soberania dos veredictos e levando-se em conta, em acréscimo, que os jurados julgam segundo a sua íntima convicção, o que implica dizer, sem a necessidade de fundamentar seus votos (RSTJ 47-433; RT 774-564. No STF: RTJ 175-230). Somente - repita-se - aquela decisão que não encontra qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo legal [...] (*Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008, p. 250).

Como se vê, como arrimo no art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição da República, os veredictos do Tribunal Popular do Júri, de modo geral, são acobertados pelo manto da soberania, que deve ser, via de regra, preservada, admitindo-se seu afastamento para anular o *decisum* proferido, quando evidenciado o total descompasso entre a prova constante dos autos e a decisão proferida pelo Conselho de Sentença.

Segundo o verbete da Súmula nº 28 deste Egrégio Tribunal de Justiça, somente se deve entender que a decisão proferida no Plenário do Júri foi contrária à prova dos autos, quando “a decisão dos jurados for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório”, o que, *in casu*, não ocorre.

Os jurados, ao responderem aos quesitos formulados (f. 424/425), reconheceram a autoria e materialidade do delito, acolhendo a tese condenatória sustentada pela acusação ao longo da instrução criminal.

A controvérsia resume-se, portanto, à alegação defensiva de que o acusado agiu amparado pela excludente da legítima defesa da honra.

Inicialmente, registro que, nos termos do art. 25 do Código Penal, configura-se legítima defesa a conduta daquele que, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Portanto, para que se verifique a ocorrência da legítima defesa, é necessário que o agente, ao repelir a injusta agressão, atual ou iminente, utilize dos meios disponíveis, de forma moderada e sem excessos, situação esta que não restou evidente no caso em análise, principalmente em razão de a vítima não estar portando qualquer arma no momento dos fatos.

Sobre o tema, assim se manifesta Guilherme de Souza Nucci:

A escolha do meio defensivo e o seu uso importarão na eleição daquilo que constitua a menor carga ofensiva possível, pois a legítima defesa foi criada para legalizar a defesa de um direito, e não para a punição do agressor (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 10 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010).

Ademais, a alegada legítima defesa da honra também não socorre o apelante, pois, em que pese ter a Defesa afirmado que M. matou a vítima por tê-la visto com outro homem, se sentindo humilhado e perdendo o controle sobre si próprio, tal excludente de modo algum se encontra caracterizada.

De acordo com os entendimentos doutrinário e jurisprudencial, a honra é atributo personalíssimo, não se deslocando da pessoa de seu titular para a de quem, de forma regular ou não, vive em sua companhia.

Dessa forma, a mulher que trai o marido ou amásio não estaria desonrando este, mas a si própria, de tal sorte que nosso ordenamento jurídico não autoriza pena de morte adimplida por cônjuge que se diz traído, ainda que o infiel seja surpreendido no momento da traição.



Sobre o tema, confira-se o ensinamento da mais abalizada doutrina:

137-A. Legítima defesa da honra no cenário do adultério: continua, no entanto, discutível a sua utilização no contexto do adultério. Neste caso, o grande dilema é descortinar qual é a honra atingida: do cônjuge inocente ou do adúltero? Pregando a impossibilidade, argumentam Frederico Marques e Magalhães Noronha que a honra é individual e não pode ser “partilhada” entre os cônjuges, cada qual possuindo a sua. Além disso, a honra de quem foi infiel é que foi atingida, pois foi a parte que infringiu os deveres do casamento. Em terceiro plano, deve-se considerar que não haveria mais atualidade na agressão, uma vez que já consumada com o simples início da relação adúltera. Finalmente, se o cônjuge inocente age para salvar sua honradez, em verdade provoca, com a violência empregada, um público conhecimento do acontecido. Assim, acórdão do STJ: “Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade age em momento de transtorno mental...” (REsp 1.517-PR, Rel. José Cândido, 11/3/1991). Por outro lado, é preciso verificar que a sociedade atual não coloca a questão da forma como, idealmente, deveria colocar. Vê-se o cônjuge inocente e enganado como o maculado, o frouxo, aquele que teve a sua reputação manchada, mormente se nada faz no exato momento em que constata o flagrante adultério. Admissível, pois, em nosso entender, que possa agir para preservar os laços familiares ou mesmo a sua honra objetiva, usando, entretanto, violência moderada. Exemplo: pode expulsar o amante da esposa de casa, mesmo que, para isso, deva empregar força física. Não deve responder por lesões corporais. Nesse prisma, já teve oportunidade de se pronunciar Luiz Vicente Cernicchiaro: “O casamento acarreta obrigações recíprocas. Uma delas, a fidelidade do ponto de vista conjugal. Daí a conduta de uma pessoa casada não ser exclusivamente de interesse seu, mas também do outro cônjuge, dada a obrigação recíproca da fidelidade. Se fizermos investigação histórica quanto a esse problema tão polêmico, suscitado neste recurso, ver-se-á, no correr do tempo, que a sociedade brasileira vem interpretando-o de modo diverso”. O que certamente não se deve tolerar jamais é a prática do homicídio contra o cônjuge adúltero como forma de “reparar” a honra ofendida, pois há evidente desproporcionalidade entre a injusta agressão e a reação. Encontra-se importante passagem em acórdão citado por Marcello Jardim Linhares, apregoando ser inadmissível que se “possa ‘lavar’ a alvura da honra maculada, tingindo-a no sangue de uma vida, que nem por mal vivida é vida que nos pertença. Não se pode tolerar que o homicídio por adultério passe a ser, contra a tradição civilizadora do país, ‘contra toda a doçura de nossos foros jurídicos’, o único delito punido com pena de morte. E morte infligida não pelo Estado, através das garantias e consectários do processo judicial, mas morte imposta pelo ofendido, sem forma nem figura de juízo, num pretório de paixão, em que falam, apenas, as vozes cegas da cólera e da vingança” (Legítima defesa, p. 222-223). Entretanto, convém mencionar a posição pessoal de Marcello Jardim Linhares, taxativa no sentido de se acolher a legítima defesa da honra no contexto do adultério, inclusive, se necessário, com a prática de homicídio contra o cônjuge traidor: “Não nos parece censurável conceder-se a legítima defesa ao marido que, surpreendendo a esposa em flagrante adultério, dentro do lar conjugal, fere ou mata os amantes, ou qualquer deles”. Justifica sua linha de pensamento, alegando que há profunda influência do ambiente e da herança na formação da alma das raças humanas, motivo pelo qual seria preciso considerar a essência da concepção do brasileiro médio acerca da honra conjugal, como valor absoluto, ressaltando que não se legisla somente para o intelectual, ou para o homem que vive em uma metrópole, mais tolerante quanto aos costumes, mas também para o espírito conservador do homem médio. Destaca a pressão do meio contra o cônjuge traído, narrando que este se torna ridículo aos olhos da sociedade que o cerca, se nenhuma providência tomar ao deparar-se com adultério flagrante. “O homem de caráter para o brasileiro não pode ser o tipo conjuntivo, manso e resignado, falho de emotividade, amorfo ou apático da classificação de Heymans, ante o mundo circundante, que acaso aceite compassivamente a cena de um flagrante adultério dentro de seu próprio lar [...] Não é esse o tipo médio do brasileiro. O caráter que prevalece dentro de nossa comunidade, compatível com a dignidade da pessoa humana, é o que resguarda com a pronta reação o plano de valores espirituais e morais que esse universalismo criou.” E termina sustentando que à mulher traída idêntico direito assistiria (Legítima defesa, p. 232-249). Ousamos discordar dessa posição, uma vez que o direito também

tem, inegavelmente, a missão de educar a sociedade, incentivando, por meio da edição de normas, pensamentos e posturas mais nobres - e outra não é a explicação para combatermos a tortura, as penas degradantes e cruéis e caminhos menos elevados para a dignificação da vida em sociedade. Dessa forma, ainda que o brasileiro médio possua a concepção de que a “honra se lava com sangue” - e tal postura é exercitada não somente no contexto do flagrante adultério -, torna-se indispensável que o legislador, sensível à importância do valor da vida, jamais deixe de se voltar ao direito ideal e não somente ao pensamento coletivo real, por vezes envolto de banalidade, agressividade, egoísmo e mesquinhas de toda ordem. Não se descarta, em aspecto relevante para a honra objetiva do cônjuge traído, da possibilidade de haver uma reação momentânea, quando se depara com uma ofensa à sua imagem, mormente no delicado contexto do adultério. Toda a energia e paixão geradas em seu espírito não podem motivar, com o beneplácito da lei, um julgamento sumário, feito em regime puramente emocional, sem qualquer chance de defesa, ceifando a vida do cônjuge traidor e mesmo do amante. Por vezes, é possível encontrar uma razão mais do que plausível para ter ocorrido a traição - uma mulher maltratada pelo marido sistematicamente, que encontra amparo emocional e psicológico em seu amante; uma mulher farta das traições do próprio marido, que resolve levar vida sexual desgarrada dos deveres impostos pelo casamento; um marido massacrado por exigências injustas e frequentes da esposa tirana, entre tantos outros aspectos -, o que convida à meditação sobre o caráter da legítima defesa da honra. Desnecessária, certamente, a solução fatal, impondo pena de morte a quem comete o deslize. Repita-se que o mais condizente, nessa situação, é aceitar uma reação moderada, expulsando de casa o ofensor, destruindo algum bem do traidor ou mesmo do amante, enfim, demonstrando seu inconformismo, mas sempre com o controle que se espera do ser humano preparado a viver em sociedade. A honra sexual não pode tornar-se o grande apanágio a justificar a inversão de valores e a submissão da vida à reputação, mesmo porque inúmeros mecanismos existem para reparar a situação. Atualmente, tem-se até mesmo admitido a indenização por dano moral a quem se julga traído pelo cônjuge. A evolução do pensamento humano é esperada e deve ser fomentada pelo direito, sem jamais se esquecer o legislador da realidade. O homicídio, caso aceito pelo direito como solução legítima para reparar a honra ferida, seria o atestado nítido de involução, de regressão aos costumes mais bárbaros, passo indesejável quando se pretende construir, cada vez mais, uma sociedade amparada pelo respeito aos valores e direitos fundamentais do ser humano. Na jurisprudência, negando a legítima defesa da honra nesse contexto: TJAC: Ap. 98.000951-0, Rio Branco, C. Crim., Rel. Francisco Praça, 20/6/2001, m. v.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*, 17. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 182-183).

No mesmo sentido é o entendimento jurisprudencial:

Júri. Homicídio. Legítima defesa da honra. Reconhecimento pelos jurados. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Novo julgamento ordenado. - Não está protegido pela excludente da legítima defesa da honra o marido que, escudado em eventual infidelidade da esposa, atira contra ela, matando-a. Em tais condições, é contrária à prova dos autos a decisão que reconhece a legítima defesa da honra, devendo o acusado ser submetido a novo julgamento popular (TJMG - Ap. Criminal nº 1.0280.07.021318-4/001, Rel.<sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Beatriz Pinheiro Caires, j. em 29/4/2010, p. em 21/5/2010).

Júri. Duplo homicídio praticado pelo marido que surpreende sua esposa em flagrante adultério. Hipótese em que não se configura legítima defesa da honra. Decisão que se anula por manifesta contrariedade à prova dos autos (art. 593, § 3º, do CPP): “Não há ofensa à honra do marido pelo adultério da esposa, desde que não existe essa honra conjugal. Ela é pessoal, própria de cada um dos cônjuges. O marido, que mata sua mulher para conservar um falso crédito, na verdade age em momento de transtorno mental transitório, de acordo com a lição de Jimenez de Asúa (*El Criminalista*. B. Aires: Ed. Zavalla, 1960, t. I, p. 34), desde que não se comprove ato de deliberada vingança. O adultério não coloca o marido ofendido em estado de legítima defesa, pela sua incompatibilidade com os requisitos do art. 25 do Código Penal. A prova dos autos conduz à autoria e à materialidade do duplo homicídio (mulher e amante), não à pretendida legitimidade da ação delituosa do marido. A lei civil aponta os caminhos da separação e do divórcio. Nada justifica matar a mulher que, ao adular, não preservou a própria honra. Nesta fase do processo,

não há falar em ofensa à soberania do Júri, desde que os seus veredictos só se tornam invioláveis, quando não há mais possibilidade de apelação. Não é o caso dos autos, submetidos, ainda, à regra do art. 593, § 3º, do CPP (STJ - RE - Rel. Des. José Cândido, *RSTJ* 20/175).

Júri. Homicídio qualificado. Absolvição. Legítima defesa física e da honra. Requisitos não satisfeitos. Imoderação no uso dos meios. Excesso doloso. Caracterização. Decisão contrária à prova dos autos. Cassação do julgamento. - A soberania do Tribunal do Júri esbarra na plausibilidade do conteúdo decisório, o que significa dizer que nem toda decisão proferida pelo Conselho de Sentença pode ser admitida validamente. O veredicto do Tribunal Popular deve ser acatado apenas quando respaldado em uma versão que reflita, em si, uma interpretação plausível dos fatos a partir de critérios racionais. - Ainda que se aceite, privilegiando a versão do réu, que a vítima ofendeu-lhe a honra ao lhe trair com sua esposa, admitir a reação violenta do agente, que lhe desferiu inúmeros golpes, como uma resposta válida a essa conduta (legítima defesa da honra), seria compactuar com a involução dos costumes, em descrédito à pretensão, atualmente consolidada, da construção de uma sociedade amparada pelo respeito aos valores e direitos fundamentais do ser humano. - Se a versão acolhida pelos jurados (legítima defesa) desconsiderara a comprovada imoderação no uso dos meios empregados pelo agente para repelir a injusta agressão, a decisão absolutória deve ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos (TJMG - Ap. Criminal nº 1.0069.12.000269-1/001, Rel. Des. Júlio Cezar Guttierrez, j. em 3/9/2014, p. em 9/9/2014).

Ressalto que ainda que, se admitisse a traição como uma agressão à honra da pessoa traída, o que, frise-se, já se encontra superado pela jurisprudência, para a caracterização da referida excludente seria necessário que a agressão fosse atual e que o agente a repelisse usando moderadamente dos meios necessários, o que, conforme dito anteriormente, não ocorreu *in casu*.

E mais, aceitar a reação violenta do acusado como uma resposta válida a essa conduta seria condescender com o desrespeito aos valores e direitos fundamentais do ser humano.

Da mesma forma, não merece guarida a alegação da Defesa no sentido de que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos, por não ter sido acolhida a causa de diminuição de pena prevista no art. 121, § 1º, do Código Penal.

Isso porque não há provas de que o apelante tenha agido dominado por uma emoção violenta, realmente forte, profunda, incontrolável, a ponto de praticar a conduta criminosa, ou mesmo que o crime tenha sido praticado “logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

Acerca do requisito “sob o domínio de violenta emoção”, ensina Mirabete:

O homicídio emocional exige portanto: (a) a existência de uma emoção absorvente; (b) a provocação injusta do ofendido; (c) a reação imediata do agente. Assim, deve a emoção ser violenta, intensa, absorvente, atuando o agente em choque emocional, não bastando estar o agente sob sua influência, como previsto no art. 65, III, *c* (*Código Penal interpretado*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 745).

Pelo contrário, há vertente de prova nos autos demonstrando que M. praticou o crime apenas por não se conformar com a separação, de tal sorte que a tese de homicídio privilegiado não se apresenta verossímil, razão pela qual tenho que a decisão dos jurados, que deixou de reconhecer a referida causa especial de diminuição de pena, merece prevalecer.

Assim, em que pese o inconformismo Defensivo, não me resta dúvida de que o veredicto do Tribunal Popular do Júri deve subsistir incólume, não se podendo falar em decisão contrária à prova dos autos, sob pena de estarmos incursionando em competência alheia, assegurada constitucionalmente.

Encontrando-se a decisão combatida embasada em subsídios constantes dos autos, prestigiada deve ser a soberania dos veredictos do Júri, consagrada no art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal.

Sobre o tema, colaciono o seguinte aresto:

Júri. Homicídio. Absolvição em plenário. Decisão popular que se taxa de manifestamente contrária à evidência dos autos. Fundamento em testemunha isolada. Condição vacilante. Opção popular legítima. Aplicação da Súmula 28 do TJMG. Não pode o Tribunal *ad quem* substituir-se ao Tribunal do Júri, para dizer se esta ou aquela prova produzida é a melhor opção de julgamento para o caso, mormente se a pretensão de nulidade está baseada na versão isolada de uma das testemunhas que apresenta um contexto fático colidente com outras provas produzidas, formando um nebuloso e vacilante contexto que, por si só, seria incapaz de levar à conclusão de que o veredicto produzido é manifestamente inidôneo, escabroso ou contrário às evidências colhidas, aplicando-se a Súmula Criminal 28 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Recurso a que se nega provimento (TJMG, 1ª Câm. Crim., Ap. nº 1.0433.97.004360-3.001, Rel. Des. Judimar Biber, j. em 22/1/2008; *DJe* de 29/1/2008).

É inaceitável, aqui, ouvir que o Conselho de Sentença deveria, obrigatoriamente, ter acolhido a tese defensiva. Resta claro que os jurados nada mais fizeram do que optar por uma das versões que lhes foi apresentada em Plenário de Julgamento, e com inteiro respaldo no arcabouço probatório, não havendo, mais uma vez, “manifesta contrariedade à prova dos autos”.

Destarte, a manutenção do *decisum* popular, que condenou o apelante pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, II, IV e VI, do Código Penal), é medida de rigor, não assistindo razão à Defesa ao pretender desconstituí-lo.

Por outro lado, no que se refere à dosimetria da pena, contra a qual Ministério Público e Defesa se insurgiram, tenho que a sentença merece reparo.

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, bem como os critérios da suficiência e necessidade, a fim de alcançar a tríplice finalidade da reprimenda.

A propósito, confira-se a jurisprudência pátria:

Ao proceder à individualização da pena, o Juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva - culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente - e de natureza objetiva - motivos, circunstâncias e conseqüências do crime -, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade (RT 732/605-6).

Registro, inicialmente, que o douto Sentenciante fixou a pena-base do acusado em 13 (treze) anos de reclusão, considerando em desfavor dele as circunstâncias e as conseqüências do crime.

De fato, tais circunstâncias judiciais são negativas, senão vejamos.

As circunstâncias do crime devem ser consideradas em desfavor do acusado, eis que o delito foi praticado em via pública, nas proximidades de uma escola e no horário de saída dos alunos, tendo o MM. Magistrado *a quo*, ainda, utilizado o recurso que dificultou a defesa da vítima para desabonar essa circunstância judicial.

Da mesma forma, as consequências do delito também devem ser valoradas de forma negativa, já que a vítima, de apenas 23 (vinte e três) anos de idade, deixou 03 (três) filhos menores, os quais vão ficar permanentemente privados da companhia da mãe.

Desse modo, o douto Magistrado primevo analisou corretamente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Todavia, a meu ver, a pena-base por ele fixada se deu em patamar insuficiente para os fins de se alcançar a tríplice finalidade da pena. Assim, elevo a reprimenda para 15 (quinze) anos de reclusão.

Na segunda fase, deve ser mantido o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a qual deve ser compensada com a qualificadora do feminicídio, transmudada na agravante prevista no art. 61, II, *f*, do CP, não merecendo guarida o pleito ministerial de aplicação das qualificadoras remanescentes como agravantes, uma vez que o motivo fútil foi utilizado para qualificar o crime, enquanto que o recurso que dificultou a defesa da vítima foi considerado na primeira fase da dosimetria.

Dessa forma, concretizo a pena do acusado, definitivamente, em 15 (quinze) anos de reclusão, à míngua de minorantes e majorantes.

Mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da pena, em razão do *quantum* da reprimenda, o que, aliado à natureza do delito (praticado com violência à pessoa), também impede a substituição por restritivas de direitos.

Mediante tais considerações, nego provimento ao recurso defensivo e dou parcial provimento ao apelo ministerial, a fim de aumentar a pena do acusado para 15 (quinze) anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença.

Na oportunidade, arbitro os honorários advocatícios em favor do nobre causídico, Dr. Carlos Alberto dos Santos, OAB/MG nº 63.079, em R\$316,98 (trezentos e dezesseis reais e noventa e oito centavos), pela atuação nesta instância recursal.

Custas na forma da sentença.

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES SÁLVIO CHAVES e PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL.



Apelação criminal - Falsidade ideológica - Art. 299 do Código Penal - Autoria e materialidade incontroversas - Compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência - Possibilidade - Precedentes do STJ - Redução da pena-base - Necessidade - Aumento exacerbado - Fixação de regime fechado - Cabimento - Réu reincidente e portador de maus antecedentes - Recursos providos em parte - De ofício: início imediato da execução da pena diante da confirmação da sentença condenatória pelo órgão colegiado - Possibilidade - Desnecessidade de trânsito em julgado da condenação - Decisão do STF pelo julgamento do ARE 964246

- Consoante entendimento sustentado pelos Tribunais Superiores, a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, devem ser compensadas.

- Se a pena foi fixada de forma exacerbada, desproporcional ao caso concreto, o seu redimensionamento é medida que se impõe.

- Apesar de a pena ser inferior a quatro anos de reclusão, é admissível a fixação de regime fechado para o acusado reincidente e portador de maus antecedentes.

- Conforme determinação do Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do ARE nº 964246, há de 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 confirmada pelo órgão colegiado, sendo prescindível o trânsito em julgado da aludida decisão.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0672.13.043375-4/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelantes: 1º) Ministério Público do Estado de Minas Gerais - 2º) T.P.P. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, T.P.P. - Corréu: M.S.D.J. - 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 AOS RECURSOS. DE OFÍCIO, DETERMINARAM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2018. - *Jaubert Carneiro Jaques* - Relator.

### Notas taquigráficas



DES. JAUBERT CARNEIRO JAQUES - Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais e por T.P.P. contra a r. sentença de f. 173/175, que condenou T. como incurso nas sanções do art. 299 do Código Penal à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão em regime semiaberto, mais 25 (vinte e cinco) dias-multa, na razão unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. Além disso, o réu T. foi absolvido da prática do delito tipificado no art. 304 do Código Penal e o processo foi desmembrado em relação ao denunciado M.S.D.J., por ele ter, em tese, direito aos benefícios da suspensão condicional do processo.

Extraí-se dos autos (denúncia de f. 02d/03d) que, no dia 22/10/2013, aproximadamente às 7h30min, na Ciretran de Sete Lagoas, localizada na Rua Rui Barbosa, nº 157, bairro Mangabeiras, T.P.P. e M.S.D.J. apresentaram-se como sendo A.C.F. e R.L.L., com o intuito de realizar exame de reciclagem de condutores infratores e obter a aprovação no exame para A. e R.

O policial civil Waldeir Pimenta Velloso, secretário da banca examinadora do exame, em consulta ao sistema do Detran, constatou a inautenticidade dos documentos apresentados pelos denunciados.

Desta forma, T.P.P. e M.S.D.J. foram denunciados pela prática dos delitos tipificados nos arts. 299 e 304, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A denúncia foi recebida em 18/11/2013 (f. 49/50), e o processo seguiu os trâmites legais, culminando com a sentença de f. 173/175, da qual o Ministério Público foi intimado em 5/12/2017 (f. 179v) e o réu foi intimado no dia 14/12/2017 (f. 183), ocasião em que manifestou o desejo de recorrer (f. 184).

O Ministério Público interpôs recurso de apelação de f. 180, alegando, em suas razões recursais de f. 191/193, que a agravante de reincidência prepondera sobre a atenuante de confissão espontânea, devendo ser aumentada a reprimenda na segunda fase. Além disso, assevera que o regime para cumprimento inicial de pena deve ser o fechado, diante das circunstâncias do caso.

A Defesa do acusado T.P.P. apresentou as contrarrazões recursais de f. 198/202, pugnou pelo conhecimento e não provimento do recurso ministerial.

Por sua vez, a Defesa, nas razões recursais de f. 194/197, aduz que a pena deve ser reduzida para o mínimo legal diante da confissão espontânea, superando o enunciado da Súmula nº 231 do STJ.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 203/204v, pugnano pelo conhecimento e não provimento do recurso defensivo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do Procurador Cláudio Emanuel da Cunha, exarou parecer de f. 213/221, opinando pelo não provimento do recurso defensivo e pelo provimento do recurso ministerial.

É o relatório.

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

Não havendo preliminares suscitadas ou nulidades que devam ser declaradas de ofício, passo ao exame do mérito.

A materialidade do delito encontra-se sobejamente demonstrada no Auto de Prisão em Flagrante Delito (f. 02/06), no Boletim de Ocorrência (f. 08/10), no Auto de Apreensão de f. 15 e no Laudo de f. 39/40.



Neste viés, cumpre consignar que a Defesa não se insurgiu contra a condenação pelo crime tipificado no art. 299 do Código Penal, que teve sua autoria comprovada pelos depoimentos das testemunhas e confissão dos acusados na audiência de instrução e julgamento de f. 114/121.

1- Da reprimenda.

Em verdade, tanto o Ministério Público, como a Defesa se insurgem quanto à reprimenda, motivo pelo qual analiso os dois recursos em conjunto.

Na primeira fase da dosimetria, a magistrada *a quo* considerou como negativas as circunstâncias judiciais dos antecedentes, aumentando a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Quanto aos antecedentes, de fato o acusado possui duas condenações com trânsito em julgado, CAC de f. 73/75, sendo que a condenação por receptação deve ser considerada para valorar negativamente os antecedentes e a condenação por uso de documento falso para fins de reincidência.

Assim, existindo uma única circunstância desfavorável, a fração de aumento deve ser apenas de 1/8 (um oitavo), razão pela qual reduzo a pena para 01 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa, estes no patamar de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo da época dos fatos.

Na segunda fase, a Defesa requer a redução da pena aquém do mínimo legal e o Ministério Público o aumento da pena por considerar que a agravante de reincidência é preponderante.

Nesse ponto, entendemos que razão não assiste aos apelantes.

Pautando-me no entendimento majoritário dos Tribunais Superiores, tenho decidido que, havendo a presença simultânea da agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea, ambas devem necessariamente ser compensadas.

Saliente-se que, após o julgamento do REsp nº 1.154.752/RS, o Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de ser possível a compensação entre as citadas circunstâncias por serem igualmente preponderantes, consoante dispõe o art. 67 do Código Penal. Vejamos a ementa da jurisprudência que decidiu a questão, *in verbis*:

Embargos de divergência em recurso especial. Penal. Notório dissídio jurisprudencial. Mitigação dos requisitos formais de admissibilidade. Roubo. Cálculo da pena. Compensação da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. 1 - Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes. 2 - É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal. 3 - Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. (STJ, REsp 1154752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, j. em 23/5/2012, DJe de 4/9/2012).

Nesse diapasão, cito o julgado proferido pela exímia Ministra Laurita Vaz:

*Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Alegação de nulidade. Oitiva do réu antes das testemunhas. Legalidade. Rito especial previsto na Lei nº 11.343/06. Ausência de ilegalidade. Confissão espontânea. Reconhecimento. Concurso entre reincidência e confissão espontânea. Compensação. Possibilidade. Matéria paci-

ficada nesta corte por ocasião do julgamento do ERESP nº 1.154.752/RS. Réu reincidente. *Habeas corpus* denegado. Ordem de *Habeas corpus* concedida, de ofício. 1. Para o julgamento dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/06 há rito próprio, no qual o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento (art. 57). Desse modo, a previsão de que a oitiva do réu ocorra após a inquirição das testemunhas, conforme disciplina o art. 400 do Código de Processo Penal, não se aplica ao caso, em razão da regra da especialidade (art. 394, § 2º, segunda parte, do Código de Processo Penal). 2. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp nº 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias. 3. *Writ* denegado. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para, no tocante à dosimetria da pena, reduzir a reprimenda da paciente para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantido o regime inicial fechado. (STJ, HC 260795/DF, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 19/2/2013, DJe de 28/02/2013).

Desse modo, objetivando fazer vigorar a necessária segurança jurídica própria dos julgamentos colegiados, adoto o entendimento já pacificado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de reconhecer a necessidade de compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Portanto, na segunda fase de dosimetria da pena, mantenho a compensação entre a agravante de reincidência e a atenuante de confissão espontânea e, ausentes causas de aumento ou diminuição de pena, fixo a pena definitiva em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa, estes à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Em relação ao regime, razão assiste ao *Parquet*. Isso porque o réu é reincidente e portador de maus antecedentes, havendo, ainda, uma condenação sem trânsito em julgado, pelo crime de falsa identidade, de forma que o regime fechado é mais adequado ao caso para cumprir as funções de prevenção e repressão da pena.

Ausentes os requisitos dos arts. 44 e 77, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a suspensão condicional da pena.

2 - Da execução provisória da pena.

Neste ponto, merecem ser tecidas algumas considerações 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*.

Desta forma, curvando-me à hodierna orientação jurisprudencial emanada pelo STF, exauridos os recursos a serem interpostos nesta instância (embargos declaratórios e infringentes), determino o imediato início de cumprimento da pena privativa de liberdade do acusado, devendo, para tanto, ser expedida a pretensa guia de execução e mandado de prisão com prazo de validade de 4 (quatro) anos, com base no disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal.

3- Conclusão.

Do exposto, dou parcial provimento aos recursos para fixar a pena do acusado em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão em regime fechado, mais 11 (onze) dias-multa, estes à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, nos termos do presente voto.

De ofício, exauridos os recursos ainda cabíveis em segunda instância, determino o pronto cumprimento pelo réu da pena privativa de liberdade, com a expedição da respectiva guia de execução e mandado de prisão com prazo de validade de 4 (quatro) anos, com base no disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal.

Custas isentas no termo da sentença (f. 175).

É como voto.

Votaram de acordo com o Relator as DESEMBARGADORAS DENISE PINHO DA COSTA VAL e MÁRCIA MILANEZ.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS. DE OFÍCIO, DETERMINARAM A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

• • •

Agravo em execução - Falta de natureza grave - Prática de novo crime doloso - Regressão do regime prisional por salto - Viabilidade - Ausência de autodisciplina e de senso de responsabilidade - Unificação das penas - Conversão da medida restritiva de direitos em sanção privativa de liberdade - Prestação pecuniária - Possibilidade de cumprimento simultâneo

- Praticado novo crime doloso, no curso da execução, é possível modificar a situação prisional do reeducando, diante da prática de falta disciplinar de natureza grave, não havendo vedação à regressão do regime prisional por salto (art. 118, *caput*, e I, LEP).

- Demonstrada ausência de autodisciplina e de senso de responsabilidade, usualmente inerentes a outras formas de cumprimento da pena, necessário eleger o regime prisional fechado, para evitar a prática de novos crimes pelo condenado.

- Por ocasião da unificação de condenações diversas, se constatada a viabilidade de cumprimento da medida restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, não se procede à sua reconversão (art. 44, § 5º, CP).

- Recurso provido em parte, para anular a reconversão da prestação pecuniária, em pena privativa de liberdade.

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº 1.0647.07.073529-3/001 - Comarca de São Sebastião do Paraíso - Agravante: S.M.S. - Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.<sup>a</sup> 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 13 de dezembro de 2018. - *Beatriz Pinheiro Caires* - Relatora.

### Voto

DES.<sup>a</sup> BEATRIZ PINHEIRO CAIRES - Trata a espécie de agravo em execução, interposto em favor de S.M.S., contra a respeitável decisão de f. 35 e 35/v., de lavra da il. Juíza de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de São Sebastião do Paraíso, que lhe imputou a prática de falta de natureza grave, consistente na prática de novo crime doloso, e regrediu o seu regime prisional do aberto para o fechado, bem como reconverteu sua pena restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária, em sanção corporal.

Nas razões de seu inconformismo (f. 42/46), sustenta o agravante ser inadmissível a regressão de regime prisional por salto, pois é necessário observar gradação, quanto às penalidades decorrentes de infrações

disciplinares. Sustenta, ainda, não lhe ter sido conferida oportunidade para justificar o não pagamento da prestação pecuniária, pugnando pela reforma integral do julgado recorrido.

Contrariado o recurso (f. 48/49), e mantida a decisão por meio do despacho de f. 51/v., subiram os autos e, nesta instância, opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de se dar parcial provimento ao recurso, em parecer subscrito pelo Dr. Ronald Albergaria.

É, em síntese, o relatório.

Conheço do recurso, pois presentes os requisitos legais de sua admissibilidade e processamento.

Depreende-se do exame dos autos que o agravante, que se encontrava cumprindo pena em regime prisional aberto, por condenação anterior, foi preso em flagrante pela prática de novos delitos dolosos, pois trazia em seu poder substâncias de natureza entorpecente, além de ter sido apreendida arma de fogo em sua residência, de acordo com o APDF de f. 12/19, admitindo o sentenciado, em audiência de justificação (f. 23), ser o proprietário dos objetos apreendidos.

Em virtude da prática de condutas que se amoldam a crimes dolosos, praticados no curso da execução, o reeducando teve o regime prisional regredido, do aberto para o fechado, e reconvertida a prestação pecuniária, decorrente de outra ação penal, em sanção corporal.

Quanto ao pedido de reforma da decisão, para limitar a regressão do regime prisional do agravante para o semiaberto, constato que o pleito defensivo não deve ser acolhido, uma vez que nosso ordenamento jurídico autoriza seja eleita diretamente modalidade mais gravosa de cumprimento de pena, pois, segundo determina a Lei de Execução Penal, em seu art. 118, inciso I, “a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado praticar fato definido como crime doloso”.

Nestes termos, o reeducando pode ser transferido para qualquer regime prisional, a depender dos critérios eleitos pelo Juízo da Execução, que, analisando o caso concreto, sob o escopo da reprovabilidade da conduta faltosa, determinará o regime que guardar maior compatibilidade com a natureza da falta grave cometida, ainda que diferente daquele estabelecido por ocasião da condenação criminal.

A este respeito, confira-se a orientação do c. STJ:

Agravo regimental. Embargos declaratórios. Recurso especial. Execução penal. Art. 118, I, da LEP. Falta grave. Cometimento de novo crime. Regressão por salto (aberto para o fechado). Possibilidade. Acórdão em conformidade com a jurisprudência desta corte. 1 - A prática de falta grave, decorrente ou não de nova condenação, justifica a regressão do regime de cumprimento de pena do reeducando, ainda que estabelecido de forma mais gravosa do que a estabelecida na sentença condenatória, sendo admitida a regressão por salto. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido (STJ, 6ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1703504/RO, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. em 22/5/2018, p. em 4/6/2018).

*In casu*, considerando que o reeducando praticou novos delitos que envolvem apreensão de substâncias entorpecentes e de arma de fogo, entendo que há evidências concretas de que houve violação substancial aos requisitos de autodisciplina e de senso de responsabilidade, inerentes a regimes prisionais mais brandos, de tal sorte a justificar-se institucionalização completa, em meio fechado.

Destarte, há evidências relevantes de que a menor fiscalização do cumprimento da pena, constatada no regime semiaberto, tendo em vista a possibilidade de liberação do reeducando em parte do dia, representaria nova oportunidade para delinquir, o que justifica a adoção do meio fechado.

Sob outro enfoque, no que diz respeito à reconversão da pena restritiva de direito em sanção corporal, entendo que a pretensão recursal merece guarida, pois, além de não ter sido observado o procedimento adequado, é possível ao interessado cumprir simultaneamente a sanção de natureza pecuniária, que foi determinada em outro processo, ainda que esteja preso.

Com efeito, conforme bem enfatizou o douto Procurador de Justiça oficiante, a reconversão se operou, no caso, sem exercício do contraditório, não sendo possível ao interessado justificar a falta de pagamento da quantia estabelecida, uma vez que inquirido somente quanto à falta grave decorrente da prática de novo crime, de acordo com o Termo de Audiência de f. 23.

A respeito do tema, converge a jurisprudência:

É defeso ao Juiz da Vara das Execuções Criminais converter penas, afetando o título executório penal obtido no Juízo de Conhecimento, sem prévia manifestação de ambas as partes, sob pena de nulidade do decisório por inobservância do princípio do contraditório (RJDTACrim 24/10).

Além disso, por se tratar de sanção de natureza pecuniária, entendo que ao condenado é possível cumpri-la, ainda que esteja em regime prisional fechado, em pena imposta no curso de ação penal diversa, o que torna despicando reconverter, de imediato, a pena substitutiva anterior, nos termos preconizados pelo art. 44, § 5º, CP.

Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso, para anular a reconversão da pena restritiva de direito, consistente na prestação pecuniária, em sanção corporal; mantendo, todavia, o reconhecimento da infração disciplinar de natureza grave, e consequente regressão do regime prisional do reeducando para o fechado.

Sem custas.

Votaram de acordo com a Relatora o JUIZ DE DIREITO convocado GLAUCO FERNANDES E O DESEMBARGADOR MATHEUS CHAVES JARDIM.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

## Apelação criminal - Crime contra a propriedade intelectual - Materialidade e autoria inequívocas - Condenação mantida - Recurso desprovido

- Conforme decidido no ilustrado Tribunal Superior, não apenas a perícia por amostragem é plenamente possível, como se admite, inclusive, que esta se proceda mediante simples análise visual sobre o receptáculo da obra fraudada, sem necessidade de identificação de cada um dos lesados.

- Restando comprovado que o agente, com o intuito de lucro direto, vendia e tinha em depósito grande quantidade de CD's e DVD's contendo reproduções com violação de direito autoral, a manutenção de sua condenação, nas disposições do art. 184, § 2º, do CP, é medida de rigor.

Recurso desprovido.

V.v. - Deve-se exigir, para a comprovação da materialidade do delito de violação de direito autoral, que não só a superfície externa da mídia seja examinada, mas também - e principalmente - o seu conteúdo, de modo a permitir que haja um confronto comparativo do material supostamente falsificado com uma mídia original - o paradigma - para fins, não só de confecção do exame pericial oficial, mas ainda para permitir uma futura e eventual realização de contraprova a critério da defesa.

Recurso provido (Des. Corrêa Camargo).

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0183.05.083565-5/001 - Comarca de Conselheiro Lafaiete - Apelante: M.M.N.- 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, por maioria, vencido o Relator, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 28 de novembro de 2018. - *Corrêa Camargo* - Relator. - *Eduardo Brum* - Relator para o acórdão.

### Notas taquigráficas

DES. CORRÊA CAMARGO - Trata-se de apelação criminal, interposta por M.M.N., já que irresignado com a r. sentença de f. 220/223, que julgou procedente a pretensão exordial e o condenou como incurso nas sanções do art. 184, § 2º, do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, sendo substituída a sanção corporal por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária.



O apelante, em suas razões recursais, acostadas, às f. 246-253-v., requereu a reforma da r. sentença, para o fim de se ver absolvido da prática do crime que lhe foi imputado, seja pela ausência de materialidade delitiva, seja pela aplicação do princípio da adequação social, seja ainda pelo reconhecimento da atipicidade de sua conduta, reputando-a, para tanto, como insignificante. Ao final, pleiteou a isenção do pagamento das custas processuais.

Contrarrazões às f. 256/257, pelo não provimento do recurso aviado.

Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça apresentou parecer às f. 263/266.

É o relatório.

Passa-se à decisão:

O recurso é próprio e tempestivo, motivo pelo qual dele conheço.

Narra a denúncia que, no dia 4/2/2002, por volta de 16h45min, na Rua [...], no Município de Conselheiro Lafaiete/MG, o denunciado estaria expondo à venda 874 (oitocentos e setenta e quatro) mídias de CD's falsificados, acondicionados em 926 (novecentos e vinte e seis) estojos protetores individuais, com o intuito de auferir lucro. Diante disso, imputou o i. RMP ao acusado prática de infração penal descrita no art. 184, § 2º, do Código Penal.

Como relatado, o acusado restou condenado pela prática do delito que lhe foi imputado, recorrendo da r. sentença, mediante a interposição do presente recurso.

Verifica-se que razão assiste ao apelante, sendo de rigor a sua absolvição.

Percebe-se que a materialidade do delito não se encontra devidamente comprovada, mormente por se tratar de crime contra a propriedade imaterial, que exige rigorosa prova material técnica para a sua configuração, conforme se infere dos arts. 524 e seguintes do CPP.

Transcrevem-se os dispositivos:

Art. 524 - No processo e julgamento dos crimes contra a propriedade imaterial, observar-se-á o disposto nos Capítulos I e III do Título I deste Livro, com as modificações constantes dos artigos seguintes.

Art. 525. No caso de haver o crime deixado vestígio, a queixa ou a denúncia não será recebida se não for instruída com o exame pericial dos objetos que constituam o corpo de delito.

[...]

Art. 530-B. Nos casos das infrações previstas nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 184 do Código Penal, a autoridade policial procederá à apreensão dos bens ilicitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, desde que estes se destinem precipuamente à prática do ilícito.

Art. 530-C. Na ocasião da apreensão, será lavrado termo, assinado por 2 (duas) ou mais testemunhas, com a descrição de todos os bens apreendidos e informações sobre suas origens, o qual deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

Art. 530-D. Subsequente à apreensão, será realizada, por perito oficial, ou, na falta deste, por pessoa tecnicamente habilitada, perícia sobre todos os bens apreendidos e elaborado o laudo que deverá integrar o inquérito policial ou o processo.

Ademais, deve ser reformada a decisão de primeiro grau pela ineficiência do exame pericial dos materiais apreendidos, uma vez que, dos 874 (oitocentos e setenta e quatro) CD's apreendidos, somente 21 (vinte e uma) mídias passaram pelo exame técnico, não permitindo, assim, a necessária comprovação da materialidade delitiva, essencial à eventual condenação a ser imposta ao acusado.

Percebe-se que o exame procedido na fase inquisitorial atesta simplesmente a falsidade dos materiais periciados externamente, ou seja, a ausência dos itens de autenticidade estabelecidos e informados pela entidade protetora dos direitos autorais das obras.

Nessa senda, o que se infere do referido laudo é que os peritos procederam por amostragem a um exame simplesmente visual do material, atestando que, externamente, as mídias não possuíam a mesma aparência das originais.

No entanto, não se vislumbra do laudo pericial qualquer referência quanto a haver sido examinado o conteúdo dos DVD's e CD's expostos à venda, não restando, portanto, devidamente comprovada a real violação de direitos do autor.

Sobre o assunto, colaciona-se o entendimento jurisprudencial:

Apelação criminal. Crime contra a propriedade intelectual. Prova material insuficiente. Absolvição imposta. Recurso provido. - O crime do art. 184, § 2º, do CP está sujeito a procedimento especial, que exige rigorosa prova técnica da materialidade do crime (art. 530-B, 530-C e 530-D do CPP). Logo, se o auto de apreensão e o laudo pericial não descrevem os CDs e DVDs em sua totalidade e com explicitação das características das obras e das vítimas da contrafação, a prova material é absolutamente insuficiente para a condenação, impondo-se a absolvição fulcrada no art. 386, VII, do CPP. - Recurso provido. V.v. - A descrição individualizada de um único CD ou DVD apreendido, tido como falsificado, basta para a comprovação da materialidade do delito de violação de direito autoral, cuja elementar do tipo exige simples original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor (Apelação Criminal 1.0687.10.005081-8/001, Rel. Des. Eduardo Brum, 4ª Câmara Criminal, j. em 27/11/2013, p. em 3/12/2013).

Sendo assim, necessário para a comprovação da materialidade do delito em testilha que não só a superfície externa da mídia seja examinada, mas também - e principalmente - o seu conteúdo, de modo a permitir que haja um confronto comparativo do material supostamente falsificado com uma mídia original - o paradigma -, para fins não só de confecção do exame pericial oficial, mas ainda para permitir uma futura e eventual realização de contraprova a critério da defesa, em respeito ao princípio da ampla defesa.

Diante de tais considerações, dou provimento ao recurso, para absolver o acusado M.M.N. da conduta cuja prática lhe foi imputada, nos termos do art. 386, II, do CPP.

Custas, *ex lege*.

É como voto.

DES. EDUARDO BRUM - Peço vênia para divergir do em. Des. Relator, uma vez que, a meu ver, a materialidade do delito restou devidamente comprovada nos autos.

Isso porque, conforme já pacificado no augusto Superior Tribunal de Justiça, a perícia por amostragem é plenamente possível, admitindo-se que se proceda mediante simples análise visual sobre o receptáculo da obra fraudada, sem necessidade de identificação de cada um dos lesados.

A propósito:

Penal. Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Não cabimento. Violação de direito autoral. Art. 184, § 2º, do Código Penal. Princípios da insignificância e da adequação social. Inaplicabilidade. Tese firmada em recurso repetitivo. Súmula nº 502/STJ. Auto de apreensão. Ausência de assinatura de duas testemunhas e de indicação individualizada das mídias e suas origens. Mera irregularidade. Materialidade delitiva. Perícia por amostragem. Análise dos aspectos externos do produto. Possibilidade. Recurso repetitivo e Súmula nº 574/STJ. *Habeas corpus* não conhecido. - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. - Na linha da jurisprudência sedimentada desta Corte Superior, considera-se 'típica, formal e materialmente a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CD'S e DVD'S 'piratas' (REsp nº 1.193.196/MG, Terceira Seção, Rel.ª Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/12/2012). - Consoante dispõe o Enunciado nº 502 da Súmula do STJ, 'presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas'. - Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a ausência de assinatura de duas testemunhas não acarreta a nulidade *ex officio* do laudo de apreensão, tratando-se de mera irregularidade, que pode ser sanada com o laudo pericial que atesta a falsificação das mídias. De igual modo, mostra-se desarrazoado a descrição individualizada de todos os produtos apreendidos, bastando a indicação numérica dos bens (precedentes). - A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o REsp nº 1.485.832/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou orientação no sentido de que a comprovação da materialidade delitiva nos crimes de violação de autoral pode ser feita por meio amostragem, com base nos aspectos externos do produto, sendo desnecessária a análise do conteúdo de todas as mídias apreendidas e a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente (Súmula nº 574/STJ). *Habeas corpus* não conhecido (HC 359.040/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 14/2/2017, DJe de 23/2/2017).

Penal e processo penal. Agravo regimental no recurso especial. Violação de direito autoral. Materialidade comprovada. Perícia realizada nos elementos externos. Possibilidade. Acórdão recorrido contrário ao entendimento dominante do STJ. Princípio da adequação social. Não aplicação. Agravo regimental a que se nega provimento. - 'É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente' (REsp 1.456.239/MG, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 12/8/2015, DJe de 21/8/2015) - A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no art. 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CDs e DVDs 'piratas' (HC 208.015/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. em 17/11/2015, DJe de 10/12/2015). - Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.624.133/SP, Rel.ª Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 18/10/2016, DJe de 8/11/2016).

Recurso especial. Processamento sob o rito do art. 543-c do Código de Processo Civil. Recurso representativo da controvérsia. Violação de direito autoral. Perícia sobre todos os bens apreendidos.

Desnecessidade. Análise dos aspectos externos do material apreendido. Suficiência. Identificação dos titulares dos direitos autorais violados. Prescindibilidade. Recurso provido. - Recurso especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução nº 8/2008 do STJ. - Tese: É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente.- Não se exige, para a configuração do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, que todos os bens sejam periciados, mesmo porque, para a caracterização do mencionado crime, basta a apreensão de um único objeto. - A constatação pericial sobre os aspectos externos dos objetos apreendidos já é suficiente para revelar que o produto é falso. - A violação de direito autoral extrapola a individualidade do titular do direito, pois reduz a oferta de empregos formais, causa prejuízo aos consumidores e aos proprietários legítimos, fortalece o poder paralelo e a prática de atividades criminosas, de modo que não é necessária, para a caracterização do delito em questão, a identificação do detentor do direito autoral violado, bastando que seja comprovada a falsificação do material apreendido. - Recurso especial representativo da controvérsia provido para reconhecer a apontada violação legal e, conseqüentemente, cassar o acórdão recorrido, reconhecer a materialidade do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal e determinar que o Juiz de primeiro grau prossiga no julgamento do feito (Processo nº 0024.12.029829-4) (REsp 1.485.832/MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 12/8/2015, *DJe* de 21/8/2015).

Aliás, referido entendimento restou sumulado pelo augusto STJ, nos termos do enunciado da súmula 574 que assim dispõe:

Para a configuração do delito de violação de direito autoral e a comprovação de sua materialidade, é suficiente a perícia realizada por amostragem do produto apreendido, nos aspectos externos do material, e é desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou daqueles que os representem.

Portanto, de acordo com a jurisprudência do STJ, é dispensável o excessivo formalismo no tocante à constatação da materialidade do crime de violação de direito autoral. Não obstante a redação do art. 530-D do CPP disponha que a perícia deva ser realizada sobre todos os bens apreendidos, essa exigência não se presta para fins de comprovação da materialidade delitiva, até porque basta um único objeto para que, realizada a perícia e concluído sobre a sua falsidade, esteja configurado o delito previsto no art. 184 do CP. Na verdade, essa exigência se presta para fins de dosimetria da pena, mais especificamente para a exasperação da reprimenda-base, conforme decidido no *HC* 213.758/SP. Da mesma forma, se tem decidido que a identificação das supostas vítimas é desnecessária, haja vista que a ação penal para apuração desse delito é pública incondicionada (*HC* 233.230/MG).

Referido entendimento é louvável, pois, mitigando o rigor da Lei Processual Penal, amplia-se o leque de proteção da classe artística e estimula-se a produção de bens culturais.

Entendo, dessarte, que a prova da materialidade foi obtida satisfatoriamente com a confecção do laudo pericial de f. 15/19. Do mesmo modo, não restaram dúvidas quanto à autoria do delito, tendo o réu admitido, em seu interrogatório extrajudicial que tinha colocado à venda as mídias contrafeitas (f. 27), que “os CDs realmente eram piratas”, o que restou corroborado pelo depoimento judicial da policial militar M.C.S. (f. 180).

Quanto à tese defensiva acerca da aplicação do princípio da adequação social, melhor sorte não lhe assiste, *data venia*.

Sobre o tema, valho-me da doutrina de Rogério Greco:

[...] embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe aqui a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o caput do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (*Curso de direito penal*. Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 58).

Ademais, de acordo com Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina:

Não se pode conceber como tolerável (do ponto de vista jurídico) a venda de CDs piratas. Não se trata de um fato juridicamente aprovado. Há uma série enorme de medidas judiciais decretadas contra os CDs piratas. Isso comprova que a comercialização de CDs piratas está longe de ser assunto de tranquila aceitação. Note-se que nos exemplos de aceitação social citados não temos vítimas reclamando no Judiciário ou na polícia. Não é essa a situação dos CDs piratas. Do mesmo modo não se pode aceitar como conduta social tranquila e indiscutível a atuação de ‘camelôs’. Não se trata de uma atividade absolutamente indiscutível. Se compararmos os exemplos dados (perfuração da orelha de uma criança, pequenas lesões nas relações sexuais, etc.) com a atividade dos ‘camelôs’ ou com a venda de CDs piratas veremos a distância que existe entre eles” (*Direito penal: parte geral*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 359-360).

Portanto, não seria possível invocar os princípios da intervenção mínima, e da adequação social, ou mesmo o da insignificância, na hipótese em comento, sob pena de se negar vigência à lei federal válida, votada democraticamente no Congresso Nacional em obediência à Constituição da República. Essa tese, aliás, já foi rechaçada pelo augusto STJ no julgamento do recurso representativo da controvérsia Resp nº 1.193.196/MG, que deu origem à Súmula nº 502/STJ, “presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

Assim, rejeito a tese de aplicação dos princípios da adequação social e da intervenção mínima.

Dessa forma, impositiva a manutenção da condenação de M.M.N. nas disposições do art. 184, § 2º, do CP.

Quanto às reprimendas, verifico que elas foram devidamente concretizadas em seus respectivos mínimos (dois anos de reclusão e dez dias-multa), não havendo qualquer retificação a ser feita neste ponto.

Mantenho, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Com tais considerações, redobrada vênua, nego provimento ao recurso, mantendo a r. sentença combatida.

Estando o recorrente assistido pela proficiente Defensoria Pública, defiro-lhe a assistência judiciária gratuita, nos termos do art. 98 do CPC.

DES. FERNANDO CALDEIRA BRANT - Também nego provimento, acompanhando a divergência.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR.

• • •

Apelação criminal - Crime contra a ordem tributária - Fraude à administração e fiscalização tributária - Omissão ao fisco de realização de operações tributáveis - Dolo não comprovado - Responsabilidade penal objetiva - Impossibilidade - Violação do princípio da culpabilidade - Absolvição decretada

- A comprovação do dolo na ação do agente é fundamental para a manutenção de sua condenação, mesmo que este figure, no contrato social, como sócio majoritário. Caso contrário, violar-se-ia o princípio da culpabilidade, condenando o denunciado com base na responsabilidade penal objetiva.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.15.090045-4/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: J.V.F. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. PAULO CÉZAR DIAS**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2018. - *Paulo César Dias* - Relator.

### Voto

DES. PAULO CÉZAR DIAS - O Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em desfavor de J.V.F., já qualificado nos autos, dando-o como incurso nas iras do art. 1º, incisos II e V, da Lei 8.137/90.

Após a devida instrução processual, a MM. Juíza *a quo* julgou procedente a denúncia, condenando o réu a uma pena de 03 (três) anos e 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, no regime aberto, e 198 (cento e noventa e oito) dias-multa, fixada no valor de 20 (vinte) BTN's (Bônus do Tesouro Nacional). A pena corporal foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Inconformada, a defesa recorreu. Nas razões recursais de f. 125/130v clama pela absolvição do apelante por falta de provas e, subsidiariamente, pelo reconhecimento de crime único e redução da pena pecuniária.

Contrarrazões ministeriais nas (f.) 132/137, onde se requer o não provimento do apelo.

Em parecer de f. 41/43, a douta Procuradoria de Justiça se manifesta pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo.

É o relatório.

Decido.

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

Cinge-se a imputação fática, *in verbis*:



[...] no período de julho de 2007 a dezembro de 2011, o denunciado, enquanto sócio administrador da empresa Templo Indiano Confecções Importação e Exportação Ltda., estabelecida na Avenida Afonso Pena, nº 1.118, 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\$397.299,44 (trezentos e noventa e sete mil, duzentos e noventa e nove reais e quarenta e quatro centavos), em relação ao PTA nº 05.000228985.31; e de R\$199.651,75 (cento e noventa e nove mil, seiscentos e cinquenta e um reais e setenta e cinco centavos), em relação ao PTA nº 01.000202789.32, incluídos os acessórios, conforme valores destacados nos demonstrativos de f. 61 e 62, cujos lançamentos definitivos de créditos tributários ocorreram em 24/6/2014 e 22/4/2014, respectivamente [...]

Segundo apurado, para a obtenção de 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, relativas a vendas efetuadas com cartão de crédito/débito, provocando redução da carga tributária devida em cada operação [...] – (f. 1D).

A materialidade delitiva restou devidamente comprovada pela representação fiscal (f. 05/07), Termo de Autodenúncia (f. 08/12), Certidão da Dívida Ativa (f. 34/39 e 57) e Auto de Infração (f. 45/46).

A autoria também restou sobejamente demonstrada, sobretudo pelo Termo de Autodenúncia.

Todavia, entendo que o julgador monocrático, ao condenar o apelante, não deu o desate adequado ao caso, uma vez que a ocorrência do fato típico não ficou devidamente comprovada de acordo com as provas carreadas nos autos, por falta da demonstração do dolo na conduta do agente.

De fato, do contrato social acostado nas f. 13/15, verifica-se que o apelante figura como sócio majoritário da empresa, detendo 99% das cotas, enquanto a sócia M.J.M.G. figura como detentora de 1% das cotas. Destaca-se, ainda, que o recorrente figura como sócio administrador da sociedade.

Entretanto, a doutrina e jurisprudência dominantes preconizam que, no delito em tela, não se pode presumir a responsabilidade do agente apenas porque este figura como sócio majoritário e/ou administrador da empresa, sob pena de se regredir à responsabilidade penal objetiva.

Ocorre que, para a configuração do referido crime tributário, faz-se necessária a presença do elemento subjetivo do tipo, qual seja o dolo. Vale dizer, o delito só existe quando o agente tem a intenção de fraudar a ordem tributária, seja pela redução, seja pela supressão dos devidos tributos.

Assim sendo, imprescindível que se comprove o dolo na conduta do acusado, a fim de imputar-lhe a responsabilidade penal.

A propósito:

Crime contra ordem tributária. Sonegação de ICMS. Dolo incomprovado. Absolvição decretada. *In dubio pro reo*. Restando incomprovado o dolo específico exigido pelo tipo, impõe-se a decretação da absolvição do denunciado, pois o órgão de execução não logrou êxito em comprovar o dolo específico do sócio-administrador da empresa em fraudar o fisco, repelindo o nosso direito a responsabilidade objetiva. Recurso provido (Apelação Criminal nº 1.0024.08.140881-7/001, Rel. Des. Antônio Armando dos Anjos, j. em 19/7/2011, p. em 31/8/2011).

*In casu*, ao se confrontar as provas apresentadas, o dolo na conduta do apelante não se revela incontroverso.



Ao ser ouvido na fase judicial, o increpado afirmou que, não obstante figure no contrato social da empresa como administrador, na verdade, atuava apenas como vendedor e *designer* das estamparias das peças que eram vendidas na loja, tendo tomado conhecimento das irregularidades cometidas apenas após buscar entender o processo e as disposições tributárias, momento em que imediatamente procedeu à autodenúncia e requereu o parcelamento da dívida. Afirmou, ainda, que possuía um contador para auxiliá-lo nas questões administrativas da sociedade, visto que não tinha conhecimento sobre o assunto.

Corroborando a hipótese de ausência de dolo na conduta do recorrente, temos o fato de que este informou que, após requisitar o parcelamento da dívida, só não efetuou o pagamento estipulado em razão do falecimento da sócia minoritária (ex-sogra), período de luto e posterior processo de falência da sociedade empresária.

Destarte, ficou devidamente evidenciado pelo interrogatório do acusado que ele não tinha dolo de fraudar o fisco nem mesmo de aumentar, de forma injustificada e ilegal, os próprios lucros, à custa do erário, o que desafia uma decisão absolutória.

Oportuno trazer à baila entendimento exarado por esse eg. Tribunal:

Apelação criminal. Crime tributário. Autodenúncia. Exclusão da responsabilidade penal mediante o pagamento do tributo. Inadimplência. Óbice para a concessão da benesse. Inexigibilidade de conduta diversa. Não comprovação. Dolo não comprovado. Absolvição que se impõe (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.14.134452-3/001, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, j. em 19/9/2017, p. em 29/9/2017).

Portanto, como se vê, a prova produzida em juízo não oferece segurança para se apurar se houve ou não a vontade livre e consciente do apelante de fraudar o fisco.

Destarte, à luz do princípio do *in dubio pro reo*, mostra-se necessária a absolvição do recorrente, pois, além de escassas, as provas coligidas não foram suficientes a demonstrar o dolo específico de sua conduta.

Assim, por todo o exposto, dou provimento ao recurso, para absolver o apelante do delito previsto no art. 1º, incisos II e V, da Lei 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES FORTUNA GRION e OCTAVIO AUGUSTO DE NIGRIS BOCCALINI.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

• • •

Apelação criminal - Crimes contra o meio ambiente - Poluição atmosférica - Art - 54, § 2º, II, da Lei nº 9.605/98 - Crime material e de dano - Danos diretos à saúde não comprovados - Conduta atípica - Absolvição necessária - Poluição sonora - Art - 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98 - Conduta típica - Materialidade e autoria demonstradas - Prevalência da lei estadual, mais benéfica - Impossibilidade - Responsabilidade do gerente operacional comprovada - Redução da prestação de serviços à comunidade aplicada à pessoa jurídica - Necessidade - Pena de multa - Desproporcionalidade constatada - Alteração de ofício

- A conduta prevista no art. 54, § 2º, II, da Lei nº 9.605/98, exige efetiva lesão ao bem jurídico, assim como a ocorrência de resultado naturalístico, tratando-se de crime material e de dano.

- À configuração do crime previsto no art. 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98 na modalidade “possam resultar em danos à saúde humana” basta a exposição do bem a perigo.

- A lei municipal não pode flexibilizar a lei estadual, mas não lhe é vedado restringi-la, buscando tutelar o direito de forma mais efetiva e adequada à realidade local (art. 30, I, da CF).

- Nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98, “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato”.

- A aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade consistente em contribuição a entidade ambiental/cultural pública (arts. 21, III, e 23, IV, da Lei nº 9.605/98), à pessoa jurídica condenada pela prática de crime ambiental deve respeitar os critérios previstos nos arts. 6º e 12 da Lei nº 9.605/98.

- Ainda que não solicitado pela defesa, torna-se imperiosa a redução da pena de multa quando constatado que ela foi fixada de forma desproporcional à pena privativa de liberdade aplicada.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.15.162955-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Condomínio do Shopping Cidade, E.M.G. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: DES. ALBERTO DEODATO NETO**

### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, VENCIDO EM PARTE O DES. RELATOR.

Belo Horizonte, 18 de dezembro de 2018. - *Alberto Deodato Neto* - Relator.

## Voto

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Condomínio do Shopping Cidade e por E.M.G. contra a sentença de f. 712/719v, que os condenou pela prática dos crimes previstos no art. 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98, c/c art. 71, *caput*, CP, e art. 54, § 2º, II, da Lei nº 9.605/98, na forma do art. 69 do CP, às penas de, respectivamente: R\$210.000,00 (duzentos e dez mil reais), a serem revertidos em favor da Fundação Parque Municipal Américo Renné Giannetti, e 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo, e 6 (seis) anos de proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele receber subsídios, subvenções ou doações; 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, substituídos por duas sanções restritivas de direitos, e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/15 (um quinze avos), concedido o apelo em liberdade.

Denúncia às f. 1D/11D.

Intimações regulares, f. 720, 720v, 721, 724 e 727.

O Condomínio do Shopping Cidade, nas razões de f. 736/762, alega que, coexistindo lei estadual e lei municipal sobre os limites de poluição sonora, deve ser aplicada a primeira, já que mais benéfica. Sustenta que a mera existência de reclamações da vizinha não é apta a comprovar a ocorrência de danos à saúde humana ou mesmo a potencialidade concreta de que ocorram. Quanto à poluição atmosférica, defende tratar-se de crime material e que, portanto, exige comprovação de resultado lesivo, não havendo provas de que ocorreram danos diretos à saúde da população. Pede, então, relativamente a ambos os crimes, a absolvição da pessoa jurídica, com base na atipicidade das condutas. Subsidiariamente, pede o reajustamento da pena de proibição de contratar com o Poder Público, alegando ser inadequada a um estabelecimento que conta com agências da Caixa Econômica Federal e dos Correios.

Nas razões de f. 768/797, E.M.G., assistido pelos mesmos defensores, traz iguais argumentos e acrescenta que o simples fato de ser ele gerente operacional do Shopping não o torna responsável por ações e omissões que deram causa aos delitos narrados na denúncia.

Contrarrazões às f. 805/864, em que o *parquet* pugna pelo não provimento dos apelos, ao que aquiesce a Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer de f. 866/868.

É o relatório.

Conheço os recursos, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Ausentes preliminares, arguidas ou apreciáveis de ofício.

Inicialmente, quanto ao crime previsto no art. 54, § 2º, II, da Lei nº 9.605/98, a solução me parece simples. Referido tipo penal dispõe:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; [...]

Como se vê, no *caput* do artigo, o legislador optou por contemplar tanto as condutas que efetivamente resultem em danos à saúde humana, como aquelas que possam resultar. Assim, o crime se configura com a mera exposição do bem jurídico tutelado a uma situação de perigo.

Já no inciso II do § 2º, cominando pena mais grave e tratando especificamente da poluição atmosférica, o legislador exige que o delito efetivamente provoque lesão ao bem jurídico, tratando-se, portanto, do chamado crime de dano. O tipo penal também prevê um resultado naturalístico necessário à sua consumação (crime material).

Nesse sentido, ainda que se considere não ser a prova pericial a única capaz de atestar os crimes ambientais, não há nos autos elementos suficientes a demonstrarem os danos sofridos pela população, sendo insuficientes o mero incômodo e transtorno eventualmente causados pela emissão de vapores gordurosos.

Assim, absolvo o Condomínio do Shopping Cidade e E.M.G. da imputação contida no art. 54, § 2º, II, da Lei nº 9.605/98, com base no art. 386, III, CPP.

Em relação ao delito do art. 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98, a materialidade está comprovada pelos ofícios de f. 38/47, 81/89 e 105/110, contendo relatórios de medição de níveis de pressão sonora, e laudo de f. 125/135, sem prejuízo da prova oral, especialmente os depoimentos prestados pelos fiscais da Prefeitura, Simone Barbosa Marques (f. 561), Antônio Ferreira Sacramento Filho (f. 561) e Adriano Alves Teixeira (f. 597).

Não há que se falar em prevalência da lei estadual, por ser mais benéfica, já que o art. 23, VI, da Constituição Federal, prevê competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, enquanto o art. 24, VI, prevê competência concorrente aos mesmos entes para legislar sobre “florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”.

A lei municipal não poderia flexibilizar a lei estadual, mas não lhe é vedado restringi-la, buscando tutelar o direito de forma mais efetiva e adequada à realidade local. Não por acaso o Município tem competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF).

Quanto à configuração do tipo penal na modalidade “possam resultar em danos à saúde humana”, dispensa-se, por óbvio, a ocorrência de resultado naturalístico, bastando que se comprove a exposição do bem a perigo.

Portanto, considerando que as medições realizadas pelos fiscais da Prefeitura apontaram que os sistemas de refrigeração e ar-condicionado estavam emitindo ruídos em níveis acima do permitido pela Lei Municipal nº 9.505/08, em horário noturno, conforme se vê pontualmente de f. 40, 42, 44, 46, 82, 84, 86, 88 e 108, não há que se falar em atipicidade da conduta.

E.M.G., ressalte-se, além de gerente operacional do estabelecimento, é engenheiro eletricista, e podia e devia atuar para que o Shopping agisse em conformidade com a legislação vigente. Sobre isso:

Processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Art. 38 da Lei nº 9.605/1998. Crime ambiental. Obrigação de conservação transferida do alienante/arrendante ao adquirente/arrendatário do imóvel.

Estabelecimento, segundo o tribunal de origem, de elo mínimo entre a conduta do ora recorrente e a supostamente praticada. Ausência de ilegitimidade passiva *ad causam*. Necessidade de reexame do conjunto fático-probatório. Inadequação da via eleita. 1. A tese de que a imputação contida na exordial acusatória decorre exclusivamente do cargo de diretor operacional ocupado pelo recorrente nos quadros da Biosev S.A., não sendo este, por conseguinte, parte legítima para figurar no polo passivo da ação penal, não se sustenta. 2. Preambularmente, segundo entendimento jurisprudencial consagrado por esta Corte: “A conduta omissiva não deve ser tida como irrelevante para o crime ambiental, devendo da mesma forma ser penalizado aquele que, na condição de diretor, administrador, membro do conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário da pessoa jurídica, tenha conhecimento da conduta criminosa e, tendo poder para impedi-la, não o fez” (HC 92.822/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. em 17/6/2008, DJe de 13/10/2008). 3. Dessa forma, os danos ambientais constatados no caso concreto (vegetação de proteção suprimida, plantação de cana de açúcar nas proximidades de córrego, mata pertencente à margem de riacho totalmente danificada) podem, em tese, ser imputados ao ora recorrente, porquanto inadmissível que o diretor operacional da empresa não tenha conhecimento de condutas criminosas de tal monta, praticadas em imóvel arrendado, objeto de exploração agrícola pela arrendatária. 4. Por outro lado, a Lei dos Crimes Ambientais (n. 9.605/1998) estabelece que: ‘Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato’. 5. Assim, conforme o mencionado regramento, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas nos âmbitos administrativo, civil e penal quando a infração cometida resulte de decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade, ressalvando-se que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato. 6. Na espécie, constata-se que o ora recorrente era, à época dos fatos, diretor operacional da Usina Biosev (Unidade de Maracaju), arrendatária do imóvel objeto de crime ambiental, sendo, portanto, representante contratual da aludida empresa. 7. Importante observar que, antes de se adquirir/arrendar uma propriedade rural, faz-se fundamental verificar se ela está cumprindo rigorosamente a legislação ambiental. 8. Veja-se o que estabelece o art. 38 da Lei n. 9.605/1998, *verbis*: ‘Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade. Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade’ (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). 9. Portanto, o art. 38 da supramencionada Lei visa a punir tanto aquele que causa o dano ambiental (destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou vegetação primária ou secundária em estágio avançado ou médio de regeneração), quanto quem utiliza tal bioma com infringência das normas de proteção. 10. Isso porque a obrigação de conservação é transferida do alienante/arrendante ao adquirente/arrendatário do imóvel, independentemente de este último ter responsabilidade pelo dano ambiental inicial. Precedente desta Corte Superior de Justiça. 11. Tal entendimento está em perfeita harmonia com a tutela constitucional do meio ambiente (art. 225 da Carta Magna), que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. 12. Na hipótese vertente, conforme registrado pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul: “A materialidade do delito resta evidenciada pelos documentos e depoimentos constantes dos autos, pelo auto de constatação de f. 05, pelo relatório de ocorrência de f. 07/09, mormente pelo relatório de vistoria técnica de f. 29/37. A autoria, por sua vez, é inconteste”. 13. Nesse sentido, a afirmação de que o acusado não poderia ser responsabilizado pelo dano ambiental é matéria de prova, cabendo a sua apreciação quando da análise do mérito da ação penal, pois

constitui tema referente à convicção quanto à procedência ou não da própria ação penal. 14. De qualquer forma, a pretensão do ora recorrente não pode ser apreciada na via do *habeas corpus*, pois demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 15. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido (RHC 64.219/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 17/3/2016, DJe de 30/3/2016).

Passo à análise das penas aplicadas para o crime previsto no art. 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98. Para E.M.G., as reprimendas basilares foram fixadas no mínimo legal e, na segunda fase de dosimetria, houve a correta aplicação das agravantes previstas no art. 15, II, *f e i*, da Lei nº 9.605/98, tendo em vista a prática da infração em área urbana e no período noturno.

Diante da ausência de previsão legal, o patamar de aumento se mostrou justo e razoável, dentro do prudente arbítrio da d. sentenciante.

Não havendo causas de diminuição ou aumento, aplicou-se a continuidade delitiva em 1/6 (um sexto), perfazendo 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, em regime aberto, e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/15 (um quinze avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pois, conforme fundamentado, “trata-se de profissional com cargo e salário compatíveis ao de um gerente de estabelecimento de grande porte da Capital”.

Mantenho a substituição por duas prestações de serviços à comunidade, pelo prazo da condenação, a fim de não incorrer em *reformatio in pejus*, já que as partes não pleitearam a alteração das sanções restritivas de direitos.

Sobre a aplicação da pena à pessoa jurídica, por outro lado, a Lei nº 9.605/98 prevê:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

- I - multa;
- II - restritivas de direitos;
- III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

- I - suspensão parcial ou total de atividades;
- II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;
- III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar.

§ 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

- I - custeio de programas e de projetos ambientais;
- II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;



III - manutenção de espaços públicos; IV - contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

Assim, em verdade, a sentença não aplicou ao Condomínio do Shopping Cidade “pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade”, mas, prestação de serviços à comunidade (art. 21, III), consistente em contribuição a entidade ambiental/cultural pública (art. 23, IV), cumulada com pena de multa (art. 21, I).

Já o art. 6º da mesma Lei prevê:

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 conseqüências 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.

Em desfavor da pessoa jurídica, considerou-se apenas a situação econômica, já que se trata de “estabelecimento comercial de grande porte e consolidado”.

Considerando os patamares mínimo e máximo previstos no art. 49 do CP (aplicação prevista pelo art. 18 da Lei nº 9.605/98), o *quantum* intermediário de 180 (cento e oitenta) dias-multa se mostrou razoável. Posteriormente, a pena foi aumentada pela incidência de agravantes e da continuidade delitiva, de forma escorreita, sendo concretizada em 280 (duzentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Já em relação à prestação de serviços à comunidade, aplicada na forma de contribuição a entidade ambiental/cultural pública, o art. 12 da Lei nº 9.605/98 dispõe:

Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.

Conforme se vê da sentença, foi sopesada em desfavor da pessoa jurídica apenas sua situação econômica, critério que se aplica somente à pena de multa, de acordo com a previsão da legislação especial (art. 6º, III).

Nos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci,

para se atingir o montante cabível (restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade), o juiz deve fazer o cálculo como se fosse aplicar a pena privativa de liberdade para, depois, substituí-la por restritiva de direitos ou prestação de serviços à comunidade (*Leis penais e processuais comentadas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010).

Desta forma, nada havendo a justificar o estabelecimento da contribuição a entidade ambiental/cultural pública acima do mínimo, reduzo-a para 1 (um) salário mínimo, aumentando a pena para 2 (dois) salários, em face das agravantes previstas no art. 15, II, *f e i*, da Lei nº 9.605/98.

Em razão da continuidade delitiva, procedo ao aumento em 1/6 (um sexto), concretizando a contribuição em favor da Fundação Parque Municipal Américo Renné Giannetti em 2,3 salários mínimos, valor a ser definido e liquidado em execução, já que aqui não incide o art. 11 do CP.



Diante do exposto, dou parcial provimento aos recursos para absolver Condomínio do Shopping Cidade e E.M.G. do crime previsto no art. 54, § 2º, II, da Lei nº 9.605/98, com base no art. 386, III, CPP, mantendo a condenação de ambos pelo delito do art. 54, *caput*, da Lei nº 9.605/98, c/c art. 71, *caput*, CP, bem como a fim de reduzir a pena de prestação de serviços à comunidade aplicada à pessoa jurídica para 2,3 salários mínimos, sem alteração na pena de multa.

Tendo em vista o parcial provimento dos apelos, deixo de condenar os acusados ao pagamento das custas recursais.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Rogando vênua ao eminente Des. Relator, ousou divergir de Sua Excelência para, de ofício, reduzir a pena de multa aplicada ao apelante E.M.G..

Antes de enfrentar a matéria objeto de divergência, entendo necessário tecer breves considerações a respeito dos critérios a serem considerados para estabelecer o *quantum* da prestação de serviços à comunidade para a pessoa jurídica. A meu ver, devem ser avaliados a gravidade do fato e os antecedentes do infrator, nos exatos termos do art. 6º, incisos I e II, da Lei 9.605/98.

No caso, penso que 2,3 salários mínimos, aliados aos 280 dias-multa aplicados cumulativamente, são suficientes para reprovação e prevenção de futuros delitos.

Com efeito, a prestação pecuniária prevista no art. 12 da Lei 9.605/98 é pena específica para a pessoa física e, por isso, o supracitado dispositivo normativo não é adequado para determinação da prestação de serviços à comunidade da pessoa jurídica, disciplinada no art. 23 da Lei 9.605/98.

Dito isso, passo à matéria objeto de divergência.

Entendo que o número de dias-multa da pena de multa deve ser fixado de forma proporcional à pena privativa de liberdade, de modo que, fixada a reprimenda corporal no mínimo legal ou próximo dele, a pena pecuniária também deve ser fixada no mínimo ou próximo dele.

Assim, considerando que a pena privativa de liberdade foi aumentada em 3/4 (três quartos) e fixada em 01 ano e 09 meses de reclusão, majoro a pena de multa no mesmo patamar para fixá-la em 17 dias-multa.

Em face do exposto, acompanho o Relator para dar parcial provimento aos recursos, mas dele divirjo para, de ofício, reduzir a pena pecuniária proporcionalmente à pena privativa de liberdade aplicada ao apelante E.M.G.. Portanto, mantenho a condenação de E. no art. 54, *caput*, da Lei 9.605/98 à pena de 01 ano e 09 meses de reclusão, no regime aberto, e de 17 dias-multa, fixado o valor unitário em um quinze avos do salário mínimo. Mantenho a substituição de penas procedida pelo juízo *a quo*.

DES. WANDERLEY PAIVA - Não obstante o judicioso voto proferido pelo i. Desembargador Relator, acompanho a divergência parcial inaugurada pelo i. Desembargador Revisor.

*Súmula* - DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, VENCIDO EM PARTE O DES. RELATOR.

• • •

## Apelação criminal - Crime contra as relações de consumo - Art - 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90 - Absolvição - Inviabilidade - Redução da pena-base - Impossibilidade

- Comprovado nos autos que os apelantes induziram o consumidor a erro, obtendo com isso vantagem pecuniária e lhe causando prejuízo, devem ser mantidas as condenações pela prática do crime previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90.

- Consideradas desfavoráveis circunstâncias judiciais, com a devida justificativa, à luz do caso concreto, e havendo o aumento na pena sido realizado de forma razoável e proporcional, não há que se falar em redução da pena-base ao mínimo legal.

V.v.: Crime contra as relações de consumo - Art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90 - Desclassificação para o crime de estelionato - Necessidade

- Comete o crime de estelionato o agente que, pretendendo obter vantagem ilícita, simula realizar negócio com a vítima, induzindo-a em erro sobre a possibilidade de aquisição de bem ou serviço.

**APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0024.07.576017-3/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: J.A.A., W.A.S. - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - VÍTIMA: E.J.S. - 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 DEFENSIVO, VENCIDO O REVISOR.

Belo Horizonte, 11 de dezembro de 2018. - *Edison Feital Leite* - Relator.

### Voto

DES. EDISON FEITAL LEITE - Trata-se de recurso de apelação interposto por J.A.A. e W.A.S. contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG, que julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar os acusados pela prática do delito previsto no art. 7º, inciso VII, c/c art. 11, ambos da Lei nº 8.137/90, às penas individuais de 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, substituindo a pena corporal do réu W.A. por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, absolvendo-os das imputações contidas nos arts. 171 e 288, ambos do Código Penal. A sentença ainda absolveu os corréus A.F.S., S.A. e L.E.B., de todas as imputações contidas na inicial (f. 534/543v).

Inconformada, a defesa dos acusados recorreu (f. 544v).

Em suas razões recursais (f. 576/578 e 579/581), pugna pela absolvição dos réus, ao argumento de insuficiência probatória para a manutenção do édito condenatório. Alternativamente, requer a redução das reprimendas.

Contrarrazões recursais apresentadas às f. 584/587, pelo desprovimento do recurso defensivo.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer acostado às f. 588/590, opinou pelo conhecimento e desprovemento do apelo defensivo.

É o relatório.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade e processamento.

Desde logo, registro que não há preliminares e/ou irregularidades que possam contaminar a validade deste processo.

Narra a denúncia que:

[...] no início de agosto de 2004, os indiciados S., L., A., A., W. e P. (pessoa não qualificada), na sede da empresa Yellow Kar Representações Ltda., situada na Rua [...], Lourdes, nesta capital, mediante associação para a prática de crimes, induziram consumidores a erro, por via de falsas afirmações e indicações, em anúncio publicado em jornal, com o objetivo de atrair consumidores e, efetivamente, induziram a erro E.J.S.. Num segundo momento, os já citados agentes, ainda em conluio, após atraírem a vítima, obtiveram, para si, vantagem ilícita, em prejuízo de E., induzindo-o novamente em erro, mediante ardil consistente em suposta concessão de empréstimo, mediante financiamento facilitado, quando na realidade, tratava-se de subscrição de uma cota em sociedade em conta de participação.

Apurou-se que os denunciados, em associação, por meio da empresa Yellow Kar Representações Ltda., cujos sócios proprietários eram os agentes J.A.A., S.A. e L.E.B., em conjunto com os agentes “A. (W.A.S.) e “P” (pessoa não qualificada), induziram a erro consumidores, dentre eles a vítima E.J., mediante a veiculação de publicidade inverídica, publicada através do Jornal Gazeta de São João del-Rei, de um suposto empréstimo no valor de R\$15.000,00, a ser financiado em 140 parcelas de R\$144,00 e liberado, imediatamente, após o pagamento de valores correspondentes à adesão e taxas. De fato, assim procedendo, os agentes atraíram a vítima E.J., fazendo com que esta comparecesse até à sede da citada empresa e, induzida a erro por meio de ardil, depositasse a quantia de R\$1.344,00.

Após o decurso do prazo, os agentes, como é corriqueiro nessa espécie de golpe, não cumpriram com o prometido, informando à vítima, após vários contatos telefônicos, apenas que o empréstimo iria ser depositado, mas, efetivamente, isso não ocorreu.

Desta feita, apurou-se, ainda, que os agentes A. e P., sob a coordenação dos também indiciados A. (que, como administradora da empresa, detinha o domínio do fato, controlando todas as ações e o curso dos fatos, mediante planificação e gestão intelectuais), S. (responsável pela contratação dos agentes) L. e J. (que desenvolvia supostos serviços administrativos), praticaram atos tendentes ao induzimento de consumidores a erro, sobre a real natureza, qualidade e demais características essenciais do bem ou serviço ofertado no mercado consumidor, já que, mediante falsas afirmações, deram indicações errôneas em anúncio publicitário, visando à venda de cotas em sociedade em conta de participação.

Apurou-se também, nos presentes autos, que os agentes A. e S., para a prática de crimes contra as relações de consumo, constituíram a pessoa jurídica Yellow Kar Representações Ltda., proporcionando, assim, que a quadrilha dispusesse de todo um aparato material de suporte e visibilidade do negócio, de modo a atrair as vítimas, no caso, E.J.. Os agentes A., S. e J.A. conferiram aos membros A. e P. as aparentes funções de vendedor e supervisor geral de vendas, respectivamente.

Na próxima etapa, os agentes, agindo em quadrilha, publicaram anúncios em jornais, ofertando a concessão de empréstimo, mediante pagamento em prestações. Realizado o primeiro contato como a vítima, os agentes, agindo em unidade de desígnios, fizeram uma série de informações falsas que, trabalhadas com extrema habilidade, induziram o consumidor em erro, consistente em subscrição de cota em sociedade em conta de participação, sendo que o objetivo do consumidor era a aquisição de um empréstimo.

Dessa forma, após a obtenção de vantagem indevida, consistente no recebimento da importância de R\$1.344,00, a título de suposta adesão e taxas, os agentes passaram a apresentar diversas escusas e justificativas para a não conclusão do negócio da forma como fora prometido, informando que a negociação seria na “honestidade, não tinha rolo”.

No tocante à indução a erro da vítima do presente caso e, em relação aos crimes praticados, observa-se que os agentes deram indicações, além de fazerem afirmações falsas, tanto por anúncio, como pessoalmente à vítima, tudo com o fim de que esta comprasse quotas. De fato, diante da conduta dos agentes, a vítima subcreveu uma cota de Sociedade em Conta de Participação, algo sabidamente bem diverso do empréstimo oferecido pelos denunciados e negócio pretendido pela vítima.

Por tudo que há nos autos, a associação criminosa de todos os acusados, sem exceção, como vendedores, gerentes, supervisores, ou sócios, contribuiu para o êxito dos crimes ora imputados [...]” (f. 02/07).

Diante disso, os acusados foram processados como incurso nas sanções do art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90 e art. 171, *caput*, do Código Penal.

Após o trâmite processual, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar os acusados pela prática do delito previsto no art. 7º, inciso VII, c/c o art. 11, ambos da Lei nº 8.137/90, às penas individuais de 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, substituindo a pena corporal do réu W.A. por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, absolvendo-os das imputações contidas nos arts. 171 e 288, ambos do Código Penal. A sentença ainda absolveu os corréus A.F.S., S.A. e L.E.B., de todas as imputações contidas na inicial (f. 534/543v).

Da absolvição.

Como visto, pretende a defesa, a absolvição dos réus J.A. e W.A., ao argumento de insuficiência probatória para a manutenção do édito condenatório.

Sem razão, contudo.

Registre-se que a materialidade encontra-se devidamente comprovada pelo Boletim de Ocorrência de f. 10/15, documentos de f. 24/33 e termo de reclamação junto ao Procon (f. 73), sem prejuízo da prova oral e circunstancial.

Com relação à autoria delitiva, os réus, sempre que ouvidos, negaram a prática do delito.

Neste sentido, eis o teor de suas declarações prestadas sob o crivo do contraditório, *in verbis*:

“[...] que trabalhava na Yellow Kar como *office boy*, sendo depois promovido a vendedor; que nega todas as acusações constantes na denúncia [...]” (W.A.S., f. 465).

“[...] que era auxiliar administrativa da empresa Yellow Kar, sendo que percebia pouco mais de 01 salário mínimo; que suas CTPS era assinada em 300 reais; que a proprietária da Yellow Kar era a ré A.; que depois de um tempo, ela deu baixa na CTPS da interroganda; que A. disse para a depoente que queria sair do quadro societário e por isso colocaria a interroganda como sócia; que ela deu várias justificativas, ora dizia que ia ser candidata a prefeita, ora dizia que iria se separar do marido e queria prejudicar a meação dele; que A. sempre esteve à frente da administração da empresa, seja figurando no quadro societário, seja fora do contrato social; que A. não tinha conhecimento de informática, por isso a interroganda auxiliava fazendo recibos; que a Yellow Kar fazia venda de consórcios, mas a interroganda não trabalhava nisso, nunca atendeu nenhum cliente; que a Yellow Kar também captava pessoas interessadas em figurar em sociedades em conta de participação para uma terceira empresa (Seven Z e Sifra Administradora) [...] (f. 467).

Não obstante a tese negativista sustentada pelos réus, de que não eram responsáveis pela captação de pessoas para integrarem sociedades em conta de participação, tampouco participavam da venda de consórcios, as demais provas coligidas ao caderno probatório demonstram, com clareza, que os acusados praticavam o delito descrito no art. 7º, inciso VII, c/c o art. 11, ambos da Lei nº 8.137/90.

A vítima E.J.S., ao ser ouvido em fase inquisitiva, afirmou que contratou com a pessoa de “A.” (W.A.S.) um empréstimo no valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais).

A vítima esclareceu que, conforme combinado com o réu, o valor de R\$15.000,00 seria depositado em sua conta após o pagamento da quantia de R\$1.344,00 (mil, trezentos e quarenta e quatro reais), o que, contudo, não foi feito, *in verbis*:

[...] tomou conhecimento da(s) empresa(s) reclamada(s) e por quem foi atendido(a), respondeu que através de uma edição do Jornal Gazeta de São João del-Rei, fato este acontecido há cerca de três anos; que foi atendido pela pessoa que se identificou como sendo A.. Que possui apenas recorte do anúncio; [...] além de A., manteve contato com uma pessoa que se identificou como sendo P; que, com a pessoa de A., foi tratado o empréstimo, ou seja, forneceu a ele seus dados pessoais, documentos e assinatura do contrato; que, após contato telefônico, recebeu em sua casa, via Correios, os documentos a serem assinados; que, com a pessoa de P., por várias vezes tentou entrar em acordo, visto que não recebeu seu empréstimo, e sempre este lhe informava que iria ser depositado em sua conta o valor pedido, ou seja, R\$15.000,00. [...] a modalidade seria na honestidade, não tinha rolo, segundo eles seria um tipo de sociedade, porém não esclareceram qual tipo. Que não foi dito qual seria o agente financiador, sendo que segundo eles seria a própria firma, Yellow Kar. Que segundo eles não haveria juros. Que em momento algum lhe disseram como seria obtido o bem desejado, mas segundo eles o dinheiro seria depositado em sua conta para aquisição de um caminhão. Perguntado se foi assinado algum contrato ou proposta, bem assim se recebeu cópia dos mesmos, respondeu que sim, tendo cópia do mesmo em sua residência. Perguntado se a venda foi conferida por algum representante ou funcionário da empresa, e, caso afirmativo, quando e por quem, respondeu que por uma representante da firma denominada SIFRA, de cujo nome não se recorda. Perguntado se foi feita alguma promessa de contemplação ou entrega do bem com data predeterminada, respondeu que não, porém lhe foi prometido que assim que houvesse a legalização da documentação, e depositasse a quantia de R\$1.344,00, eles iriam depositar em sua conta a quantia de R\$ 15.000,00. Perguntado se pagou alguma importância a título de adesão, taxas, etc., respondeu que sim, como dito, a quantia de R\$1.344,00 através do banco Itau, depositado na própria conta da firma Yellow Kar [...] (f. 69/70).

No mesmo sentido, a testemunha D.C.S., afirmou que a vítima efetuou o depósito requerido pelos réus (R\$ 1.344,00) para a liberação do valor de R\$15.000,00, acreditando na promessa que lhe havia sido feita. Veja-se:

[...] que confirma o depoimento prestado perante a autoridade policial [...] pelo que sabe, E.J. teria visto uma propaganda no jornal onde o anúncio dizia que mediante um depósito de determinado valor a pessoa teria acesso a um crédito para aquisição de bens; que E.J. fez o depósito, entretanto, não recebeu o bem; que E.J. acreditou que fazendo o depósito receberia o crédito descrito no anúncio; que, por não ter recebido o crédito, E.J., através do depoente, procurou a empresa para resolver o problema ou ressarcir o dinheiro depositado; que E.J. não conseguiu resolver o problema nem a devolução do dinheiro depositado [...] (f. 389).

Acerca da responsabilidade da acusada J.A., observa-se que, em 15/10/2001, a ré passou a integrar os quadros da empresa Yellow Kar como sócia-administradora (f. 45/47), sendo imperioso registrar que o contrato firmado com a vítima é datado de 9/8/2004.

A propósito, como bem ponderado pelo representante do ministério público:

[...] restou comprovado nos autos que a apelante J.A.A., na condição de sócia-proprietária da Yellow Car Representações, detinha o domínio das operações realizadas na empresa, desempenhando função de mentora intelectual no esquema delitivo, tendo pleno conhecimento sobre as ações fraudulentas praticadas por intermédio de sua empresa, sendo ela uma das maiores beneficiárias dos proveitos econômicos auferidos com os golpes cometidos contra os consumidores.

[...]

O condenado W.A.S., por sua vez, no exercício da função de vendedor da empresa Yellow Car, teve participação ativa e de grande relevância para a consecução dos golpes, mantendo contato direto com os consumidores, tanto telefônico como pessoal, ludibriando as vítimas do momento conforme as orientações dos proprietários, também denunciados e condenados, tudo com fins de obterem vantagens econômicas ilícitas em prejuízo do patrimônio das vítimas [...]” (f. 585v/586).

Com efeito, sem quaisquer dúvidas, tenho que a alegação defensiva afigura-se frágil e incapaz de rebater a prova testemunhal coligida em desfavor dos acusados, produzida pelo Ministério Público, não havendo que se falar em ausência de veracidade, diante dos fortes elementos de convicção oferecidos nos autos, mormente, reiterar-se, pelos documentos neles acostados, e especialmente pelos depoimentos das testemunhas, os quais, distante de incredibilidade, mostram-se firme o suficiente para imputar aos recorrentes a prática do crime pelo qual restaram condenados.

A propósito, já decidiu este e. Tribunal de Justiça:

Apelação. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/1990. Nulidade por ausência de defesa técnica. Não acolhimento. Autoria e materialidade. Prova suficiente. Palavra da vítima aliada a outros elementos. Dosimetria. Pena-base. Manutenção. Respeito à Súmula nº 43 do TJMG. Atenuante da confissão. Não reconhecimento. Participação de menor importância. Não ocorrência. Custas. Isenção. Réu pobre no sentido legal e assistido pela defensoria. - Comprovado que o réu foi assistido por defensor, não há que se falar em nulidade por eventual deficiência, especialmente se não demonstrado efetivo prejuízo.- Comprovado que o réu, por meio de pessoa jurídica, induziu consumidor a erro, por via de indicação ou afirmação falsa sobre serviço, incorre nas sanções do art. 7º, inciso VII, c/c art. 11, ambos da Lei nº 8.137/1990, e não há falar em absolvição pelo *in dubio pro reo*. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.06.929769-5/001, Relator Des. Catta Preta, 2ª Câmara Criminal, j. em 26/4/2018, p. em 7/5/2018).

Apelação criminal. Associação criminosa. Prescrição retroativa. Lapso temporal suficiente. Extinção da punibilidade. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, VII, da Lei 8.137/90. Induzir o consumidor



em erro por afirmações falsas. Inépcia da denúncia. Não ocorrência. Autoria e materialidade comprovadas em relação a apenas dois réus. Palavras das vítimas. Descabida pretensão de ver-se reconhecida a continuidade delitiva. Ausência de liame entre as condutas criminosas. Habitualidade na consecução de delitos. Redução das penas-base. Viabilidade. [...] 3. Inexistindo dúvida de que dois dos apelantes induziram as vítimas - consumidores - a erro, obtendo com isso vantagem pecuniária e lhes causando prejuízo, devem ser mantidas as condenações pela prática do crime previsto no inciso VII do art. 7º da Lei nº 8.137/90. [...] 6. Havendo uma circunstância judicial desfavorável aos acusados, necessária a imposição das penas-base acima do mínimo legal, mas em estrito cumprimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.08.185784-9/001, Relator Des. Paulo César Dias, 3ª Câmara Criminal, j. em 23/1/2018, p. em 2/2/2018).

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. Preliminar rejeitada. 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 os mesmos 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. [...] - 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. [...] (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.04.422949-0/001, Relator Des. Furtado de Mendonça, 6ª Câmara Criminal, j. em 21/11/2017, p. em 4/12/2017).

Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Art. 7º, VII, da Lei 8.137/90. Induzir o consumidor a erro por afirmações falsas. Absolvição. Impossibilidade. Comprovadas autoria e materialidade delitivas. Negado provimento ao recurso. - Comprovado que o apelante induziu a vítima - consumidor - a erro, veiculando anúncio em jornal e dando-lhe falsas informações acerca do serviço contratado, obtendo com isso vantagem pecuniária e causando prejuízo a esta, deve ser mantida a condenação pela prática do crime previsto no art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90 (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.04.448346-9/001, Relator Des. Kárin Emmerich, 1ª Câmara Criminal, j. em 2/5/2017, p. em 12/05/2017).

Destarte, incabível o acolhimento do pleito de absolvição, aviado pela defesa de J.A.A. e W.A.S., devendo ser mantida a condenação pela prática do delito previsto no art. 7º, inciso VII, c/c o art. 11, ambos da Lei nº 8.137/90.

Do pedido de redução da pena-base para o mínimo legal.

Não vejo como acolher o pedido de redução da pena ao mínimo legal.

Sabe-se que a fixação da pena-base é ato de discricionariedade vinculada ao limite estabelecido pelo legislador, cabendo-lhe a análise das circunstâncias judiciais através do livre convencimento motivado do Julgador.



Conforme entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência, basta que uma das circunstâncias judiciais seja desfavorável para que o julgador, utilizando-se de sua discricionariedade e desde que respeitados os parâmetros mínimo e máximo fixados na lei, possa afastar a pena-base do seu mínimo.

Na hipótese, observo que o MM. Juiz de Direito sentenciante considerou desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime, fixando a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção. De fato, constou na sentença:

[...]

- a culpabilidade, na espécie, é exacerbada, pois que a aplicação do golpe exigiu maior grau de organização, com constituição de empresa e alocação de sede física;

[...]

- as consequências do crime foram danosas, pois a vítima não foi restituída [...] (f. 541v).

Observo, assim, que, ao analisar tais circunstâncias judiciais e considerá-las desfavoravelmente aos réus, o MM. Juiz o fez de forma escoreta, com a devida justificativa, à luz do caso concreto, aumentando a pena privativa de liberdade de forma razoável e proporcional, não merecendo a sentença qualquer reparo.

Dispositivo.

Ao exposto, nego provimento ao recurso defensivo, mantendo incólume a r. sentença penal.

Custas recursais, pelos apelantes, nos termos do disposto no art. 804 do Código de Processo Penal. Considerando o que ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 964.246 RG/SP, tema 925, o qual teve repercussão geral reconhecida, é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito aos recursos excepcionais, não havendo ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). Assim, prevalecendo o teor deste voto e ultrapassados os prazos previstos nos artigos 609 e 619 do Código de Processo Penal, determino a expedição de mandado de prisão em desfavor de J.A.A., com prazo de validade de 08 (oito) anos, considerando que o magistrado *a quo* concedeu-lhe o direito de recorrer em liberdade (f. 543).

DES. ALBERTO DEODATO NETO - Divirjo parcialmente do em. Des. Relator para desclassificar a conduta imputada aos apelantes para a hipótese prevista no art. 171, *caput*, do Código Penal.

O art. 7º, inciso VII, da Lei nº 8.137/90 prevê a seguinte conduta: “Induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade de bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.

Assim, incorre no tipo penal em questão aquele que se utiliza de afirmações enganosas sobre a natureza ou qualidade do bem ou serviço para induzir a erro o consumidor, persuadindo-o à contratação de produtos ou serviços cujas características não condizem com aquelas divulgadas.

Dessa forma, neste tipo penal, os bens ou serviços divulgados existem e podem ser efetivamente adquiridos pelos consumidores; entretanto, suas características são diversas daquelas difundidas pelo agente.

A esse respeito, destaco os apontamentos de Cezar Roberto Bitencourt:

O comportamento típico é descrito através do verbo induzir, que é o mesmo que persuadir, conduzir alguém a, inculcar, levar alguém a fazer alguma coisa. No caso, a ação de induzir leva o consumidor ou usuário a erro, isto é, a uma representação equivocada da realidade, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa, isto é, através de informações, orientações ou alegações cujo conteúdo não corresponde à realidade dos fatos, ou que são tendenciosas, ardilosas e falazes. Ademais, o legislador especifica que o teor da indicação ou afirmação falsa ou enganosa diz respeito à natureza (essência ou substância), à qualidade (grau de perfeição, de precisão ou de conformidade com certo padrão; atributo pelo qual algo se individualiza, distinguindo-se dos demais), do bem ou serviço, que deve ser interpretado como sinônimo de produto ou serviço, de acordo com o art. 3º CDC. [...] (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1, p. 644).

No presente caso, embora os recorrentes tenham publicado um anúncio repleto de afirmações enganosas, o ardil não dizia respeito à natureza ou qualidade do serviço ofertado, mas sim sobre a própria existência do negócio.

Com efeito, os réus ofereciam a suposta concessão de empréstimo com condições facilitadas, pois o dinheiro emprestado seria liberado imediatamente e dividido em 140 (cento e quarenta) parcelas.

Para tanto, a vítima deveria pagar a quantia de R\$1.344,00 (mil trezentos e quarenta e quatro reais), referente a taxas inventadas pelos agentes.

Porém, mesmo após o pagamento, o valor supostamente emprestado nunca foi entregue à vítima, e a quantia paga previamente nunca foi restituída.

Como se vê, apesar de veiculada mediante falsas informações, não houve falsa percepção da realidade a respeito do serviço, o que equivaleria, por exemplo, à entrega dos valores pactuados em menor monta ou a imposição do pagamento em menos parcelas do que a prometida.

O que ocorreu foi justamente a “inexistência” da concretização de um negócio, assumindo a relação de consumo a posição de mero “pano de fundo”, conduta que se amolda ao tipo penal do art. 171, *caput*, do Código Penal.

É irrelevante, ainda, que o anúncio tenha sido veiculado em um jornal, pois este foi apenas o meio fraudulento empregado para manter o ofendido em erro.

Sobre o tema:

Apelação criminal. Crime contra as relações de consumo. Induzir o consumidor a erro por afirmações falsas em anúncio publicitário. Inocorrência. Desclassificação para estelionato materialidade e autoria comprovadas. Condenação que se impõe. - Não há falar no crime previsto no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90, se o agente, com vontade livre e consciente de ludibriar a boa-fé da vítima, aufere, com sua conduta, indevida vantagem patrimonial em detrimento daquela (TJMG - Apelação Criminal nº 1.0024.12.235806-2/001, Relator Des. Fortuna Grion, 3ª Câmara Criminal, j. em 22/08/2017, p. em 1º/09/2017).

Penal e processo penal. Estelionato. Fraude. Ardil. Absolvição. Atipicidade. Dolo específico. Ausência. Dosimetria. Reincidência. Afastamento. Pena-base no mínimo legal. Recurso improvido. 1 - Comete o agente o crime de estelionato quando, simulando um negócio qualquer, fraudas vítimas, que supõem

estarem constituindo negócio jurídico quando na realidade, estão sendo despojadas de seus patrimônios. 2. O dolo específico do tipo do estelionato resta caracterizado quando há plena consciência de que a conduta praticada de obter para si vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo a vítima em erro, mediante artifício ou ardil, ou qualquer outro meio fraudulento. 3. Não se verifica *bis in idem* quando o juiz sentenciante utiliza algumas condenações para fins de reincidência, e as demais para aferição dos maus antecedentes. 4. Negado provimento (TJDF - APR: 841003520088070001 DF 0084100-35.2008.807.0001, Relator: Des. João Timoteo de Oliveira, j. em 27/1/2011, 2ª Turma Criminal, p. em 8/2/2011, *DJe* p. 275).

Por tais considerações, passo à reformulação das penas imposta aos réus, incurso nas sanções do art. 171, *caput*, CP, com base nos arts. 59 e 68 do mesmo diploma legal.

W.A.S. - Aderindo à fundamentação expendida pelo magistrado de primeira instância, analiso a culpabilidade e as circunstâncias do delito desfavoráveis ao acusado, pois o *modus operandi* da infração e o prejuízo suportado pela vítima realmente denotam a maior reprovabilidade do comportamento imputado.

Assim, fixo as reprimendas basilares no patamar de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Ausentes agravantes ou atenuantes.

Ausentes causas de aumento ou diminuição das sanções.

Mantenho as demais disposições da r. sentença condenatória.

J.A.A. - Aderindo à fundamentação expendida pelo magistrado de primeira instância, analiso a culpabilidade e as circunstâncias do delito desfavoráveis ao acusado, pois o *modus operandi* da infração e o prejuízo suportado pela vítima realmente denotam a maior reprovabilidade do comportamento imputado.

Assim, fixo as reprimendas basilares no patamar de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Ausentes agravantes ou atenuantes.

Ausentes causas de aumento ou diminuição das sanções.

Mantenho as demais disposições da r. sentença condenatória.

Diante do exposto, dirijo parcialmente do em. Des. Relator para, de ofício, desclassificar a conduta imputada aos réus para o crime previsto no art. 171, *caput*, do CP, de forma que J.A.A. e W.A.S. ficam condenados às idênticas penas de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, em regime inicialmente aberto, substituídos por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Sem custas.

DES. FLÁVIO BATISTA LEITE - Ouso divergir do eminente Relator somente quanto à expedição do mandado de prisão em desfavor da ré J.A.A..

Antes de entrar na matéria objeto de divergência, esclareço que, não obstante as valorosas razões da divergência instaurada pelo Des. Revisor, entendo que o caso realmente versa sobre crime previsto no art. 7º, VII, da Lei 8.137/90.

Tal qual o Des. Revisor, penso que se a fraude é empregada pelo agente para ludibriar a vítima quanto à natureza, quantidade ou qualidade do negócio jurídico contratado, a conduta se subsume ao art. 7º, VII, da Lei 8.137/90. De outro lado, quando a fraude é empregada pelo agente para ludibriar a vítima quanto à existência de negócio jurídico, isto é, a vítima acredita firmar negócio jurídico com o autor quando, na verdade, é simplesmente despojada de seu patrimônio, sem receber nenhum serviço ou objeto em troca, a conduta se subsume ao art. 171 do Código Penal.

*In casu*, a fraude foi empregada para que as vítimas fossem enganadas quanto à natureza do negócio jurídico contratado: acreditavam que estavam adquirindo a liberação de um crédito mediante condições facilitadas (crédito imediatamente liberado depois do depósito de taxa de R\$1.344,00, com possibilidade de pagamento de até 140 parcelas); no entanto, estavam subscrevendo uma cota em sociedade em conta de participação (f. 17 e 537).

Forte nessas razões, acompanho o Relator para negar provimento aos recursos defensivos.

Passo, pois, à matéria objeto de divergência.

Recentemente, alterei o meu posicionamento para me curvar ao entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal no sentido de que, esgotados os recursos ordinários, é possível dar início à execução do acórdão condenatório.

Ressalte-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal não julgou de modo a tornar inescusável e obrigatória a determinação de que, desde o esgotamento das vias ordinárias, seja expedido imediatamente mandado de prisão ou de cumprimento de penas.

Não! O que o Supremo Tribunal Federal fez foi dizer que o art. 283 do Código de Processo Penal “admite”, “não impede” e “não veda” a prisão dos réus condenados já em segunda instância.

Ora, o que é cogente, o que é vinculante na decisão é a necessidade de que o Judiciário observe que, entendendo ser o caso, ele pode, sem vasculhar os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, decretar a prisão (já com força de execução definitiva) desse ou daquele réu.

Não há, de modo nenhum, determinação de que os Tribunais inferiores decretem a prisão dos réus que ali esgotarem suas vias ordinárias de recurso, mas, tão somente, existe tal possibilidade, caso o julgador entenda como necessário e adequado ao caso concreto.

Com efeito, no caso em apreço, verifico que foi fixado o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta aos réus. A expedição do mandado de prisão, portanto, a meu ver, mostra-se desproporcional e desnecessária, mormente se considerarmos as peculiaridades que envolvem o regime aberto, que se caracteriza pela concessão de uma maior autonomia ao apenado, baseada na sua autodisciplina e no seu senso de responsabilidade, nos termos do art. 36 do Código Penal.

Ademais, não é toda comarca que conta com estabelecimento prisional adequado a essa modalidade de regime, o que pode implicar uma constrição de liberdade mais gravosa do que aquela pela qual a ré foi condenada.

Acompanho, no mais, as disposições do voto do Relator.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, VENCIDO O REVISOR.

• • •

Recurso especial - Direito penal - Casa de prostituição - Tipicidade - Exploração sexual - Elemento normativo do tipo - Violação à dignidade sexual e tolhimento à liberdade - Inexistência - Fato atípico

1 - Mesmo após as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, a conduta consistente em manter casa de prostituição segue sendo crime tipificado no art. 229 do Código Penal. Todavia, com a novel legislação, passou-se a exigir a “exploração sexual” como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal.

2 - Não se tratando de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco havendo notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal.

3 - Recurso improvido.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.683.375-SP - RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo - Recorrido: J.R.N. - Advogado: Lincoln Rickiel Perdoná Lucas.

**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: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 14 de agosto de 2018 - *Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

## Relatório

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Trata-se de recurso especial interposto por Ministério Público do Estado de São Paulo com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que absolveu o recorrido da imputação do crime previsto no artigo 229 do Código Penal (Casa de Prostituição).

Sustenta o recorrente dissídio jurisprudencial e negativa de vigência ao art. 229 do Código Penal ao argumento de que a nova redação, trazida pela Lei 12.015/2009, apenas tratou de tornar mais abrangente a incidência da norma (de “prostituição” para “exploração sexual”) sem, contudo, alterar sua essência, de modo que o termo “exploração sexual” tem o significado de “tirar proveito da sexualidade alheia, mas não de subjugar, coagir, obrigar a pessoa a se prostituir ou praticar qualquer outro ato sexual, contra sua vontade, como decidiu o v. acórdão recorrido”.

Afirma que “Por outro lado, e ao contrário do decidido pelo v. acórdão recorrido, o objeto jurídico tutelado pelo tipo do art. 229 do Código Penal continua sendo a moralidade sexual, e não a liberdade sexual da pessoa”.

Apresentadas as contrarrazões e admitido o recurso especial, opina o Ministério Público Federal pelo seu improvimento em parecer assim sumariado:

Recurso especial. Penal. Manutenção de casa de prostituição. Art. 229 do CP. Desnecessidade de constrangimento ou coação da vítima. Apesar de dispensável o lucro para a configuração do delito, restou comprovado nos autos que o réu auferia proveito das bebidas vendidas no estabelecimento e por intermédio da cobrança de aluguéis dos quartos onde eram praticados os programas sexuais.

Parecer pelo desprovimento do recurso especial, para que seja restabelecida a sentença condenatória.

É o relatório.

## Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - O Código Penal, em sua redação original, previa o seguinte acerca do delito de Casa de Prostituição:

Casa de prostituição

Art. 229 - Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena — reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Com a edição da Lei n.12.015, de 7 de agosto de 2009, a norma passou a dispor o seguinte:

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 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.



Segundo a redação original do tipo, quaisquer lugares destinados a encontros para fins libidinosos eram proscritos, o que gerou diversas discussões acerca da legalidade de estabelecimentos como ‘motéis’, entre outros sítios de alta rotatividade, destinados a encontros sexuais.

Assim, doutrina e jurisprudência firmaram-se em que, para a configuração do delito, é mister que reste inequívoca a finalidade exclusiva e específica do local para a exploração sexual.

A propósito de tanto, leciona Bittencourt:

7.2 Finalidade específica do local: exploração sexual. Por outro lado, é fundamental que se identifique com clareza e precisão a finalidade do local, isto é, do prostíbulo ou bordel, ou, se preferirem, a nova terminologia, “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”. Essa finalidade deve, necessariamente, ser exclusiva e específica, isto é, deve tratar-se de local de encontros para a prática de libidinagem ou comércio da satisfação carnal, em outras palavras, para o exercício da prostituição ou, na linguagem do atual texto legal, de exploração sexual (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Confira-se o seguinte precedente deste Superior Tribunal de Justiça:

Agravo regimental no recurso especial. Favorecimento à prostituição e casa de prostituição. Fatos anteriores à Lei n. 12.015/2009. Tipicidade. Não configuração. Súmula n. 7 do STJ. Agravo não provido. 1 - Em relação ao delito previsto no art. 229 do Código Penal, com a redação vigente à data dos fatos, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a figura típica somente se configura quando demonstrado que o estabelecimento é voltado exclusivamente para a prática de atos libidinosos mediante pagamento. 2 - Deve ser mantida a conclusão firmada na decisão agravada, pois o que se extrai do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo* é que o local não estava destinado exclusivamente à prostituição. [...] (AgRg no REsp 1424233/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, j. em 3/8/2017, DJe de 10/8/2017).

Com a edição da Lei nº 12.015/09, a configuração do delito passou a requisitar não apenas a finalidade específica e exclusiva do estabelecimento para os atos libidinosos mas, também, como elemento normativo do tipo, a ‘exploração sexual’.

Posto isso, resta estabelecer o que vem a ser ‘exploração sexual’ para fins de tipificação da conduta.

Cezar Roberto Bittencourt consigna o seguinte acerca do tema:

6.1 Exploração sexual: sentido e alcance. A grande questão passa a ser, afinal, qual o sentido que o legislador quis atribuir à expressão exploração sexual, em substituição à milenar “prostituição”, ou, se preferirem, “casa de prostituição”. Como destaca Luiz Flávio Gomes, “o comércio que tem como objeto o sexo privado (entre maiores), que conta com conotação positiva (em razão da segurança da higiene etc.), não é a mesma coisa que exploração sexual (que tem conotação negativa e aproveitamento, fruição de uma debilidade etc.)” (Luiz Flávio Gomes, em <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1872027/crimes-contra-a-dignidadese sexual-e-outras-reformas-penais>>). O legislador abusou da utilização da expressão exploração sexual, empregando-a em múltiplos sentidos (arts. 218-B, 228, 229, 231, 231-A), embora não tenha declinado com alguma clareza qual o significado que lhe atribui em cada hipótese. Pelo menos, neste art. 229, emprega a expressão exploração sexual com o significado de prostituição, e esta não mudou seu sentido ao longo dos últimos dois milênios. Aliás, parece-nos que Nucci tem essa mesma compreensão do significado de exploração sexual, para fins do art. 229 (Guilherme Nucci. Crimes contra a Dignidade Sexual, p. 79: “[...] que determinada casa, além de bar, sauna, motel etc., é lugar destinado

à exploração sexual, considerada esta a prostituição e outras formas fraudulentas de obtenção de sexo” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, preleciona o seguinte:

15-A. Exploração sexual: eis um conceito de difícil elaboração, constituindo nítida fórmula de valor, carregada de subjetivismo. Explorar significa tirar proveito em detrimento de outrem. A exploração sexual simboliza o proveito extraído de alguém no campo da lascívia. Em primeiro lugar, a própria prostituição não caracteriza, necessariamente, uma forma de exploração de uma pessoa sobre outra. A prostituição, quando praticada individualmente, é atividade lícita. Cuida-se de uma avença entre cliente e profissional do sexo para a satisfação da lascívia do primeiro mediante pagamento ao segundo. Cada um que visualize como quiser tal relacionamento - se moral ou imoral - mas o Direito não deve intervir. Portanto, conceituar exploração sexual, fora do campo da prostituição, é tarefa inglória. Pode-se argumentar com o uso de fraude para enganar alguém a praticar ato libidinoso com outra pessoa, viciando sua vontade (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

É cediço que a mercancia sexual voluntária por maior de idade não atrai a incidência do Direito Penal. Assim, crime é manter pessoa em condição de explorada, obrigada, coagida, não raro em más condições, ou mesmo em condição análoga à de escravidão, impondo-lhe a prática de sexo sem liberdade de escolha, ou seja, com tolhimento de sua liberdade sexual e em violação de sua dignidade sexual.

E é por isso mesmo que o bem jurídico tutelado não é a moral pública, mas sim a dignidade sexual, como, aliás, o é em todos os crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, dentre os quais, o do art. 229. E o sujeito passivo do delito não é a sociedade, mas sim a pessoa explorada, vítima da exploração sexual.

Destarte, entendo que, para a configuração do delito, é necessário o tolhimento à liberdade da pessoa.

É certo que este Superior Tribunal de Justiça registra precedente que dispensava o tolhimento da liberdade para a tipificação do delito. Entretanto, o caso envolvia menores de idade, que não têm condição de exercer livremente o direito de escolha, daí exsurgindo a inequívoca e odiosa caracterização de exploração sexual. Essa a ementa do primoroso julgado:

Direito penal e processual penal. Desnecessidade de revolvimento fático-probatório. Manutenção de casa de prostituição e exploração sexual de menor de idade. Autoria e materialidade comprovados e não contestados. Mercancia sexual aferida. Proveito e lucro com a realização dos “programas sexuais” e venda de bebidas aos clientes. Exploração sexual. Desnecessidade de tolhimento da liberdade. Prática sexual por crianças e adolescentes. Voluntariedade e consentimento. Desconsideração. Vulnerabilidade e imaturidade presumidas. Erro de tipo quanto à idade da vítima. Exclusão do dolo. Atipicidade. Desconsideração. Princípio da proibição da proteção deficiente e aplicabilidade da teoria da tipicidade conglobante. Unicidade jurídica. Direitos fundamentais. Proteção ao menor e ao adolescente e aos direitos trabalhistas. Dignidade da pessoa humana. Apresentação de documentação pessoal. Obrigatoriedade. Necessidade de formalização dos contratos. Proteção de fato e de direito efetivo. Recurso especial provido. 1. Deve ser afastada a incidência da Súmula n. 7/STJ ao caso concreto, uma vez que os fatos narrados na sentença e no acórdão recorrido deixam claro e bem delimitado todo o contexto fático em que os delitos foram perpetrados sendo, por si só, concretos e autorizadores de análise das arguições do recurso especial, afastando a necessidade de reavaliação de prova. 2. Os fatos comprobatórios de autoria e materialidade restaram incontestes, inclusive da análise detida da confissão da ré, bem como dos depoimentos prestados pelas assistentes sociais e pela menor no sentido de que no estabelecimento do réu

funcionava uma casa de prostituição, sob auxílio administrativo daquela e lá realizava serviços sexuais uma menor de idade. 3. No que concerne ao art. 229 do CP, não é difícil perceber a correta subsunção dos fatos narrados ao crime previsto no citado dispositivo, ou seja, o tipo objetivo abarca a conduta de “manter” estabelecimento de exploração sexual, conduta que pode ser realizada tanto pelo proprietário do estabelecimento, de forma direta, como por seu preposto - gerente do negócio. Ou seja, basta que se mantenha estabelecimento onde ocorra exploração sexual para que o delito seja consumado. 4. No caso, se evidenciou a mercancia sexual, com aferição de proveito e lucro, seja com a cobrança de percentual sobre a utilização dos quartos para a realização dos programas sexuais, seja indiretamente, com o consumo de bebidas pelos clientes. 5. A absolvição quanto ao crime de manutenção da casa de prostituição está pautada na atipicidade da conduta, ao argumento de que se exigiria a comprovação de exploração sexual sem liberdade de escolha da vítima. Ocorre que, no espectro dos crimes de exploração sexual voltados contra criança/adolescente, esta Corte tem se posicionado no sentido da desnecessidade de tolhimento da liberdade e da escolha da vítima, não se exigindo possível utilização da força ou de ação coercitiva moral. 6. Este Tribunal também definiu que ‘atos ou comportamento de natureza sexual perpetrados por crianças e adolescentes, ainda que aparentemente voluntários ou consentidos, não podem receber a mesma valoração que se conferiria a quem já atingiu a vida adulta, antes, devem ser tratados dentro da vulnerabilidade e da imaturidade que são (presumidamente) peculiares a uma fase do desenvolvimento humano ainda incompleto’ (AgRg no REsp 1.508.656/GO, Rel p/ acórdão. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, *DJe* de 1º/2/2016). 7. No que se refere ao art. 218-B, § 2º, II, CP, é razoável vislumbrar o ordenamento jurídico como verdadeira unidade jurídica, de forma a extrair da amplitude das normas quais são os bens jurídicos que estão a merecer melhor proteção. É o que reza o princípio da proibição da proteção deficiente. Em tempos atuais, o que se busca é a proteção aos direitos fundamentais em todas as suas dimensões. 8. *In casu*, o escopo primordial dos direitos fundamentais está voltado à proteção integral à (ao) criança/adolescente e ao trabalhador urbano, direitos consagrados na Carta Magna e de vital importância no resguardo da dignidade da pessoa humana, pois além da prática de crime sexual contra menor de idade, houve infração às normas trabalhistas. 9. O erro de tipo em face à ignorância em torno da idade da vítima, não obstante tenha resguardo jurídico, se tornou um modo corriqueiro de se eximir da condenação penal. É desproporcional dar-lhe maior ênfase quando se tem, de outro lado, ofensa a direitos fundamentais. 10. É salutar reavivar os critérios determinantes da tipicidade conglobante de Zaffaroni, em que o juízo de tipicidade é analisado partindo do sistema normativo considerado em sua globalidade. Desse modo, imperiosa a análise do caso nessa perspectiva, não podendo a dúvida quanto à idade da vítima beneficiar os autores quando, por obrigatoriedade, a sua ciência seria requisito intrínseco para a formalização dos contratos trabalhista e de locação de imóvel. 11. É preciso que haja proteção de fato e de direito às crianças e adolescentes brasileiros, pois de nada adiantará todo o aparato judicial preventivo se não aplicado de forma efetiva. Recurso especial provido para o restabelecimento da sentença penal condenatória (REsp 1464450/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 17/8/2017, *DJe* de 23/8/2017).

Importante ressaltar que não se trata de hipótese de *abolitio criminis*, tampouco de adequação social. A propósito, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que eventual tolerância de parte da sociedade e de algumas autoridades públicas não implica a atipicidade material da conduta de manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual, delito tipificado no art. 229 do Código Penal (*HC* 238.688/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 6/8/2015, *DJe* de 19/8/2015).

No mesmo sentido: AgRg no REsp 924.750/RS, da minha relatoria, Sexta Turma, j. em 15/3/2011, *DJe* de 4/4/2011; AgRg no REsp 1167646/RS, Rel. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJC), Sexta Turma, j. em 27/4/2010, *DJe* de 7/6/2010; *HC* 108.891/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta

Turma, j. em 19/2/2009, *DJe* de 23/3/2009; REsp 870.055/SC, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 27/2/2007, *DJ* de 30/4/2007.

Com efeito, mesmo após as alterações legislativas introduzidas pela Lei nº 12.015/2009, a conduta consistente em manter casa de prostituição segue sendo crime tipificado no art. 229 do Código Penal. Todavia, com a novel legislação, passou-se a exigir a “exploração sexual” como elemento normativo do tipo, de modo que a conduta consistente em manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais caracteriza crime, sendo necessário, para a configuração do delito, que haja exploração sexual, assim entendida como a violação à dignidade sexual, o tolhimento à liberdade das pessoas que ali exercem a mercancia carnal.

Como é cediço, a lei nunca puniu a prostituição em si, devendo ser punido apenas o proxeneta, o rufião. Assim, impedir que pessoas maiores de idade disponham de um lugar para o exercício voluntário dessa atividade sexual, sem que haja qualquer forma de exploração, poder-se-ia, em última análise, culminar por lançar tais pessoas às mais diversas situações de risco e vulnerabilidade, expondo-as aos perigos da rua.

Nesse sentido, confira-se a posição de Nucci:

31. Prostituição e exploração sexual: A Lei 12.015/2009 alterou a redação do art. 229, retirando os termos “casa de prostituição” e “lugar destinado a encontros para fim libidinoso”, para inserir, em seu lugar, a expressão “estabelecimento em que ocorra exploração sexual”. Não houve nenhum avanço, nem melhora positiva na redação. Ao contrário, mantém um tipo penal vetusto e, com o novo texto, bizarro. A exploração sexual é o gênero do qual se extrai a prostituição. Por outro lado, torna-se necessário lembrar que a prostituição não é crime, razão pela qual deveria haver um lugar onde ela fosse desenvolvida sem qualquer obstáculo. Entretanto, o legislador brasileiro, embora não criminalize a prostituição, pretende punir quem, de alguma forma, a favorece. Não consegue visualizar que a marginalização da pessoa prostituída somente traz maiores dramas. Sem o abrigo legal, a pessoa prostituída cai na clandestinidade e é justamente nesse momento que surgem os aproveitadores. É evidente haver casas de prostituição de todos os moldes possíveis, com fachadas inocentes, mas onde a autêntica exploração sexual pode acontecer. Afinal, a pessoa prostituída vive na obscuridade, pois o Estado não pode puni-la, mas quer acertar contas com outras pessoas, as fornecedoras de qualquer auxílio à prostituição. É evidente ser necessária a punição do rufião, agressor e controlador da pessoa prostituída, atuando com violência ou grave ameaça. No entanto, se alguém mantém lugar para o exercício da prostituição, protegendo e abrigando a pessoa prostituída, menor mal causa à sociedade. Retirar-se-ia da via pública a prostituição, passando-a a abrigos controlados e fiscalizados pelo Estado. Em nossa visão, exploração sexual é expressão ligada a tirar proveito de alguém, em detrimento desta pessoa, valendo-se, primordialmente de fraude ou ardil. Não se pode confundi-la com violência sexual, nem com satisfação sexual. Há quem enumere as seguintes formas de exploração sexual: prostituição, turismo sexual, pornografia, tráfico para fins sexuais (cf. Rogério Sanches Cunha, *Comentários à reforma criminal de 2009*, p. 68-69). Ora, quanto à prostituição, como espécie de exploração sexual, já tecemos os comentários pertinentes. Quanto ao denominado turismo sexual, na verdade, só pode ser, igualmente, prostituição. É para essa finalidade que estrangeiros podem vir ao Brasil. Turismo sexual, sem prostituição, inexistente. Afinal, não se trata de passear pelas praias acompanhando o desfile de lindos corpos caminhando pela areia. Pornografia, por outro lado, é atividade lícita, onde há, inclusive, o recolhimento de impostos ao Estado. Afasta-se dela os menores de 18 anos. No mais, pode ser até mesmo formas e expressões de arte. Não há nenhuma exploração sexual nisso. Pensando-se na pessoa que participa de fotos ou filmes pornográficos, não se pode denominar de exploração, mas de trabalho lícito, com remuneração, tal como qualquer outro filme ou sessão de fotos. Quanto ao tráfico para fins sexuais, cuida-se de figura típica autônoma (arts. 231 e 231-A). Pode ser exploração sexual, sem dúvida, mas já há o tipo penal próprio. Enfim, a expressão exploração sexual, lançada ao acaso, como se, por si mesma, significasse algo, é frugal. As formas ilícitas de exploração

sexual já possuem tipos próprios para a punição do agente. Desse modo, inserir, no art. 229, a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual não traz benefício algum. Maiores problemas na interpretação desse novo elemento normativo do tipo surgirão. Podem-se imaginar as seguintes hipóteses: a) no estabelecimento ocorre prostituição (é a antiga casa de prostituição). Se assim for, não precisaria haver alteração alguma; b) no estabelecimento ocorrem vários crimes sexuais com fraude (violação sexual mediante fraude, por exemplo). Parece incrível que alguém crie um lugar especialmente destinado ao cometimento de crimes. Logo, a modificação não confere modernidade alguma à lei penal (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

Não desconheço os precedentes deste Superior Tribunal de Justiça que afastaram a alegada atipicidade do fato. Todavia, conforme pude apurar, da leitura dos acórdãos, tais julgados versavam sobre hipóteses que envolviam ou a subtração de parte do pagamento efetuado pelos clientes, com a percepção dos lucros auferidos da atividade pelos proprietários, em nítida caracterização da exploração sexual (REsp 1435872/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, *DJe* 1º/7/2014), (HC 238.688/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 6/8/2015, *DJe* de 19/8/2015); ou mediante violência e grave ameaça (HC 210.785/MG, Rel.<sup>a</sup> Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 21/3/2013, *DJe* de 15/4/2013) ou, pior, envolviam menores de idade que não tem condição de exercer livremente o direito de escolha (REsp 1464450/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. em 17/8/2017, *DJe* de 23/8/2017) e (HC 214.445/SP, Rel.<sup>a</sup> Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 17/9/2013, *DJe* de 25/9/2013).

No presente caso, contudo, consta do acórdão recorrido o seguinte:

2. Segundo a descrição fática constante da denúncia, nas condições de tempo e local mencionadas, o acusado, manteve, por conta própria, estabelecimento comercial em que ocorria exploração sexual, com intuito de lucro. Consta da inicial que o acusado era proprietário de um estabelecimento empresarial denominado Bar e Lanchonete Tupan. Ocorreu que, pretendendo aumentar a clientela e auferir maiores lucros, convidou mulheres de cidades próximas para se prostituírem no local. Para tanto, acertou com elas que forneceria hospedagem e alimentação em troca da realização de programas sexuais com clientes do estabelecimento. O combinado seria de que quando os clientes chegassem ao local elas os convenceriam a pagar bebidas, que eram vendidas por doses e em valores superiores ao de mercado. Em seguida, essas mulheres acertariam com os clientes a realização de programa sexual num dos quartos do local, mediante o pagamento de valor ao dono do estabelecimento. Ao fim, a mulher ficaria com o valor correspondente ao programa enquanto o acusado ganharia com a venda das bebidas e o aluguel dos quartos. Registra a inicial que os fatos ocorriam com habitualidade, visto que uma das mulheres ouvidas narrou que se prostituía no local por mais de cinco meses.

3. Em primeiro lugar é caso de afastar a tese da atipicidade do delito de casa de prostituição pela adequação social da conduta. Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*Habeas corpus*. Constitucional. Processual penal. Casa de prostituição. Aplicação dos princípios da fragmentariedade e da adequação social: impossibilidade. Conduta típica. Constrangimento não configurado. 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 n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. 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. *Habeas corpus* denegado' (1ª T., HC 104.467, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, j. em 8/2/2011, DJe de 4.3.2011).

No mesmo sentido os precedentes da 6ª:

'Penal. Casa de prostituição. Tolerância ou desuso. Tipicidade. Esta Corte firmou compreensão de que a tolerância pela sociedade ou o desuso não geram a atipicidade da conduta relativa à prática do crime do art. 229 do Código Penal. Precedentes (STJ, 6ª T., AgRg no REsp 1167646, Rel. Des. Haroldo Rodrigues, j. em 27/4/2010, DJe de 7/6/2010); e da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: 'Criminal. Recurso especial. Casa de prostituição. Tipicidade. Recurso conhecido e provido. A simples manutenção de espaço destinado à prática de prostituição traduz-se em conduta penalmente reprovável, sendo que a possível condescendência dos órgãos públicos e a localização da casa comercial não autoriza, por si só, a aplicação da figura do erro de proibição, com vistas a absolver o réu. Precedentes do STJ (REsp 870055, Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 27/2/2007, DJ de 30/4/2007, p. 341).

4. É caso, contudo, de absolvição do acusado por ausência de provas da prática de exploração sexual pelo acusado.

O investigador de polícia (mídia de f. 130) confirmou a realização de diligência no estabelecimento comercial, onde havia um palco para shows e quartos. Narrou que conversou com algumas mulheres que estavam no local para a realização de programas. Disse que elas narraram que ficavam com o dinheiro dos programas, sendo orientadas a forçar os clientes a beber no estabelecimento para aumentar os lucros da casa. Acrescenta que elas recebiam a moradia e a alimentação para atuar no estabelecimento (cf. mídia de f. 130).

A testemunha de acusação ouvida em juízo (cf. mídia de f. 198), que atuava no local como garota de programa, afirmou que combinou com o acusado a realização de programas no local, devendo remunerá-lo pelo uso do quarto, ficando com o dinheiro relativo ao programa, recebendo ainda uma porcentagem sobre as bebidas consumidas pelos clientes. Acrescentou que na data da operação policial havia realizado um programa no local, sendo que o lá havia outras mulheres na mesma situação. Ao final, esclareceu que não era obrigada a realizar programas.

Embora devidamente intimado, o acusado não compareceu para ser interrogado em juízo.

5. Diante da prova colhida nos autos não resta caracterizada a tipicidade da conduta imputada ao acusado. Com a modificação introduzida pela Lei nº 12.015/09, o tipo penal em o questão passou a exigir, para a caracterização do delito, que no local haja a exploração sexual, não bastando a mera destinação a encontros para fim libidinoso.

Muda, portanto, o bem jurídico tutelado pela norma penal. Deixa de se proteger meramente os bons costumes ou a moralidade, passando a ser alvo de tutela a própria liberdade sexual das pessoas. Como ressalta a doutrina: 'Crime é manter pessoa em condição de explorada, sacrificada, obrigada a fazer o que não quer.

Explorar é colocar em situação análoga à de escravidão, impor a prática de sexo contra vontade ou, no mínimo, induzir a isso, sob as piores condições, sem remuneração nem liberdade de escolha. A prostituição forçada é exploração sexual, um delito escabroso, merecedor de punição severa, ainda mais se praticado contra crianças. O resto não merece a atenção do Direito Penal. [...] Os processos que se encontram em tramitação pelo crime de 'casa de prostituição', se não envolverem exploração sexual, deverão resultar em absolvição, pois a conduta de manter casa para fins libidinosos, por si só, não mais configura crime.'

Desse modo, conclui-se que, em decorrência da modificação legislativa, a simples conduta de manter casa para fins libidinosos não mais constitui o fato típico descrito no artigo 229 do CP, exigindo-se, agora, elemento normativo diverso, decorrente na finalidade de exploração sexual pelo proprietário do estabelecimento.

Nesse sentido, no caso dos autos, não só não se demonstrou a ocorrência da exploração, como uma das garotas que atuava no local, ouvida em juízo, afirmou claramente que sequer era obrigada prestar o serviço sexual, ressaltando que fazer ou não o programa era de sua total liberalidade. Assim são os precedentes deste Tribunal de Justiça: “Casa de prostituição - Condenação - Absolvição -- Possibilidade - Fato que restou atípico com a alteração feita pela Lei 12.015/09 Necessidade de exploração sexual - Programas sexuais realizados por livre e espontânea vontade -- Aplicação da Lei mais benéfica - Recurso Provido’ (2ª Câmara Criminal Extraordinária, Rel. Aginaldo de Freitas Filho, j. em 22/11/2013).

Dessa forma, não há outra solução que não decretar a absolvição do apelante com fundamento no art. 387, inciso VII, do Código de Processo Penal - CPP, por insuficiência probatória.

Ao que se tem, segundo narra a própria denúncia, trata-se de estabelecimento empresarial denominado ‘Bar e Lanchonete Tupan’, em que o recorrido, pretendendo aumentar a clientela e auferir maiores lucros, convidou mulheres para se prostituírem no local. Assim, não resta evidenciada a inequívoca finalidade exclusiva e específica do local para a exploração sexual, visto que o estabelecimento já funcionava antes mesmo e independentemente do aludido convite.

Ademais, ressoa incontroverso dos autos que não restou demonstrada a ocorrência da exploração sexual e que as mulheres tinham total liberdade em realizar ou não os programas sexuais.

E, se não se trata de estabelecimento voltado exclusivamente para a prática de mercancia sexual, tampouco há notícia de envolvimento de menores de idade, nem comprovação de que o recorrido tirava proveito, auferindo lucros da atividade sexual alheia mediante ameaça, coerção, violência ou qualquer outra forma de violação ou tolhimento à liberdade das pessoas, não há falar em fato típico a ser punido na seara penal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É o voto.

### **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, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 14 de agosto de 2018. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 29 de agosto de 2018.)





Recurso especial - Direito civil - Dissolução de união  
estável - Animal de estimação - Aquisição na constância do  
relacionamento - Intenso afeto dos companheiros pelo animal -  
Direito de visitas - Possibilidade, a depender do caso concreto

1 - Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1º, inciso VII - “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

2 - O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica.

3 - No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os *pets*, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

4 - Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um *munus* exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar.

5 - A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.

6 - Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como seres *sencientes* - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado.

7 - Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a

depende do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal.

8 - Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido.

9. Recurso especial não provido.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 1.713.167-SP - Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**

Recorrente: L.M.B. - Advogados: Adriana Cury Marduy Severini e outros - Recorrido: V.M.A. - Advogados: Franco Mauro Russo Brugioni, Vinicius de Figueiredo Teixeira - Advogada: Cristina de Almeida Canêdo.

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial por fundamentação diversa do relator, e o voto do Ministro Lázaro Guimarães no sentido da divergência, por maioria, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Com ressalvas de fundamentação do Ministro Marco Buzzi. Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de junho de 2018 - *Ministro Luis Felipe Salomão* - Relator.

### **Relatório**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO** - 1. V.M.A. ajuizou ação objetivando regulamentação de visitas a animal de estimação em face de L.M.B., ao fundamento de que conviveram por mais de sete anos em união estável, sob o regime de comunhão universal de bens (desde 2004), tendo em 2008 adquirido uma cadela yorkshire de nome *Kimi*. Afirma que, com o passar do tempo, houve intenso apego ao animal, surgindo “...verdadeiro laço afetivo entre eles”, sendo o requerente o responsável pela totalidade do valor da compra e dos gastos atinentes ao cão.

Com a dissolução da união em 2011, as partes declararam não existir bens a partilhar, deixando de tratar em específico a respeito do animal de estimação.

Salienta o autor que, inicialmente, ficou com a cadela, mas logo depois ela permaneceu em definitivo com a requerida. Aduz que sempre manteve visitas regulares ao animal na residência da ré, até que, em tempos mais recentes, acabou sendo impedido de ter contatos com o seu “mascote”, o que vem lhe causando intensa angústia.

O magistrado de piso julgou improcedente o pedido ao fundamento de que “[...] malgrado a inegável relação afetiva, o animal de estimação é um semovente e não pode ser alçado a integrar relações familiares equivalentes

entre pais e filhos, sob pena de subversão dos princípios jurídicos inerentes à hipótese”, concluindo que, em sendo o animal objeto de direito, não há falar em visitação. Asseverou que a ré apresentou prova de exclusiva propriedade sobre o cachorro, devendo, portanto, ser tida como sua única proprietária (f. 122-123).

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso, estabelecendo a forma de visitação, nos termos da seguinte ementa:

Regulamentação de visitas de animal de estimação. Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira. Improcedência do pedido. Inconformismo. Acolhimento. Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores. Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Cadela adquirida na constância do relacionamento. Relação afetiva demonstrada. Visitas propostas que são razoáveis. Sentença reformada. Recurso provido.

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (f. 196-200).

Irresignada, L.M.B. interpõe recurso especial com fulcro nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal; 82, 445, § 2º e 2.022, do CC; 140, 489, § 1º, 669 e 733 do CPC/2015; 1.124-A da Lei n. 11.441/2007.

Aduz que o acórdão foi nulo por ter deixado de enfrentar a tese dos efeitos da coisa julgada sobre a escritura pública de dissolução de união estável.

Salienta que “foi transacionado pelas partes que outorgaram reciprocamente irrevogável quitação para nada mais reclamarem uns dos outros em razão da União Estável que existiu entre eles e ainda declaram que não existem bens móveis ou imóveis a partilhar”, sendo que, como estamos diante de um bem (animal), o recorrido poderia, à época da dissolução, “ter optado por manter o bem em condomínio”.

Afirma que o Tribunal de origem não poderia ter-se valido da analogia, quando a definição de animal vem disposta no art. 82 do CC.

Contrarrazões ao especial às f. 220-238.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (f. 239-240), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (f. 294).

É o relatório.

## Voto

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO** - 2. De plano, afastou a preliminar de nulidade do acórdão porque teria deixado de enfrentar a tese dos efeitos da coisa julgada sobre a escritura pública de dissolução de união estável, já que as partes teriam transacionado e outorgado reciprocamente irrevogável quitação para nada mais reclamarem uns dos outros, declarando que não existiam bens móveis ou imóveis a partilhar”.

O acórdão recorrido afastou a omissão ao fundamento de “que a relação entre o embargado e o animal de estimação não se equiparava a um mero bem móvel. Tanto que aplicou por analogia os arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, que versam sobre guarda e visitas de menores” (f. 199).

Realmente, a questão de haver ou não coisa julgada em relação à partilha (que afirmou a inexistência de bens a partilhar) e, conseqüentemente, nulidade por ausência de manifestação, acabou dependendo da análise do mérito da questão, ou seja, em tendo o julgado afastado a qualificação dos animais de estimação como meros bens móveis possíveis de partilha, acabou, por consequência, arredando eventual coisa julgada definindo o tema, tendo em vista que, no acordo transacionado, nada se definiu a respeito da custódia do animal de companhia.

Assim, não há falar em omissão nem em nulidade do acórdão de origem.

3. A controvérsia principal está em definir se é possível haver regulamentação de visitas a animal de estimação, após o fim da união estável entre os conviventes.

O Tribunal de origem, reformando a sentença de piso, reconheceu sua possibilidade, *verbis*:

O recurso merece parcial provimento.

Inicialmente, é importante lembrar que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige”, conforme prevê o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Logo, para aplicar a lei é necessário saber anteriormente a finalidade para a qual foi criada.

Pois bem.

No Código Civil de 2002, os animais são tratados como objetos destinados a circular riquezas (art. 445, § 2º), garantir dívidas (art. 1.444) ou estabelecer responsabilidade civil (art. 936).

Com isso, é possível afirmar que a relação afetiva existente entre seres humanos e animais não foi regulada pelo referido diploma.

A propósito, tamanha é a notoriedade do referido vínculo atualmente que, com base em pesquisa recente do IBGE, é possível afirmar que há mais cães de estimação do que crianças em lares brasileiros (<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/brasil-tem-mais-cachorros-de-estimacao-do-que-criancas-diz-pesquisa-doibge-16325739>).

Diante disso, pode-se dizer que há uma lacuna legislativa, pois a lei não prevê como resolver conflitos entre pessoas em relação a um animal adquirido com a função de proporcionar afeto, não riqueza patrimonial.

Nesses casos, deve o juiz decidir “de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Considerando que na disputa por um animal de estimação entre duas pessoas após o término de um casamento e de uma união estável há uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de uma criança ou de um adolescente, mostra-se possível a aplicação analógica dos arts. 1.583 a 1.590 do Código Civil, ressaltando-se que a guarda e as visitas devem ser estabelecidas no interesse das partes, não do animal, pois o afeto tutelado é o das pessoas.

Todavia, isso não significa que a saúde do bicho de estimação não é levada em consideração, visto que o art. 32 da Lei n. 9.605/1998 pune com pena privativa de liberdade e multa quem “praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais [...] domésticos ou domesticados”.

Pois bem, diante de tais fundamentos, passa-se a examinar a pretensão do apelante. No caso dos autos, na ausência de impugnação específica na contestação (v. f. 8895), restou incontroversa a afirmação de que a cadela foi adquirida na constância da união estável (v. f. 2, segundo parágrafo).

Além disso, ficou bem demonstrada a relação de afeto entre o apelante e o animal de estimação (v. f. 1629).

Com isso, mostra-se possível a fixação de visitas nos termos da inicial, a saber:

- “a) visitas em finais de semana e feriados prolongados alternados, com retirada na sexta-feira às 20:00 horas, retornando-a no domingo às 20:00 horas;
- b) nas festas de final de ano como natal e ano novo, no primeiro ano passará o natal na companhia do autor e o ano novo na companhia da ré, invertendo-se tal ordem no ano seguinte e assim por diante, mantendo-se a alternância para os próximos anos;
- c) o autor poderá participar das atividades inerentes à cadela Kimi, bem como levá-la ao veterinário quando necessário” (v. f. 8).

Por fim, caso se demonstre, durante as visitas, que a real intenção da demanda é criar uma forma forçada de manter contato com a recorrida no intuito de tentar reatar o relacionamento (v. f. 144/151), o fato deve ser levado ao conhecimento do MM. Juízo *a quo* para as providências que entender cabíveis.

Em suma, impõe-se o provimento do recurso para julgar procedente o pedido, nos termos deste v. acórdão.

Sucumbente, a parte ré arcará com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso (f. 161-166).

Interessante observar que não há aqui qualquer discussão quanto a ressarcimento de despesas ou indenização pela compra do animal de estimação; o ponto do recurso é mesmo quanto à possibilidade de se estabelecer a visitação, após o rompimento da união estável.

4. Inicialmente, afasto qualquer alegação de que a questão que ora se aprecia é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte.

Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1º, inciso VII - “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”).

Ademais, em muitos países do mundo, esta questão envolvendo a mesma temática que ora se analisa já foi objeto de regulamentação por lei, o que ainda não ocorreu no Brasil.

Assim, parece mesmo muito relevante que esta Corte se debruce sobre o tema, máxime diante da dispersão da jurisprudência sobre a interpretação do diploma civil, e também em face de forte controvérsia doutrinária, como se apresentará neste voto.

Nesse passo, é inegável que a degradação ambiental vem sendo objeto de maior conscientização do ser humano, notadamente no segundo pós-guerra, quanto à natureza e à qualidade do meio ambiente em que vive.

Especificamente em relação à proteção aos animais, diversas legislações, tanto no Brasil como em âmbito internacional, passaram a regular a questão, tendo a Constituição da República de 1988 estabelecido - como

visto -, expressamente, tal abrigo dentro do contexto da preservação do meio ambiente, ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Cuida-se de direito fundamental de terceira geração, fundado no valor solidariedade, de caráter coletivo ou difuso, dotado “de altíssimo teor de humanismo e universalidade” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523).

Como direito de todos, tendo como contexto a ordem social, impôs-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, § 1º, VII).

Diante desse panorama, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se posicionar em lides de alta relevância. A título de exemplos:

Processo objetivo. Ação direta de inconstitucionalidade. Atuação do advogado-geral da União. [...] Vaquejada. Manifestação cultural. Animais. Crueldade manifesta. Preservação da fauna e da flora. Inconstitucionalidade. - A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do art. 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada (ADI 4983, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 6/10/2016, Processo Eletrônico *DJe*-087, Divulg. 26/4/2017 - public. 27/4/2017).

Ação direta de inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/1998). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei nº 9.605/1998, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta procedente. Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes. Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna. Inconstitucionalidade. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (*gallus-gallus*). [...] (ADI 1856, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. em 26/5/2011, *DJe* 198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011, Ement. vol. 02607-02, p. 00275-RTJ, vol. 00220-01, p. 18, RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413).

Interessante notar que, recentemente, a Emenda Constitucional nº 96, de 2017, incluiu o § 7º ao art. 225, estabelecendo que, “para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram



cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos”.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, denominada de Lei dos Crimes Ambientais, tutela os animais, colocando-os a salvo de qualquer tratamento abusivo, maus-tratos, ferimentos ou mutilações, aliás, desde o Decreto 24.645, de 1934, já se estabelecia medidas de proteção aos animais, colocando-os sob a tutela do Estado e protegendo-os contra abusos e crueldades.

5. Decerto, porém, que coube ao Código Civil o desenho da natureza jurídica dos animais. Tendo o referido diploma os tipificado como coisas, não lhes atribuiu a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica, não podendo ser tidos como sujeitos de direitos e, por conseguinte, objetos de propriedade.

De fato, os animais, via de regra, enquadram-se na categoria de bens semoventes, isto é, “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (art. 82).

Não há dúvidas de que o Código Civil tipificou-os na categoria das coisas e, como tal, são objetos de relações jurídicas, como se depreende da dicção dos arts. 82, 445, § 2º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446.

Nessa perspectiva, resta saber se tais animais de companhia, nos dias atuais, em razão de sua categorização, devem ser considerados como simples coisas (inanimadas) ou se, ao revés, merecem tratamento peculiar diante da atual conjectura do conceito de família e sua função social.

Isso porque “a nossa legislação tem-se mostrado incapaz de acompanhar a evolução, a velocidade e a complexidade dos mais diversos modelos de núcleos familiares que se apresentam como verdadeiras entidades familiares, não obstante o não reconhecimento legal. Esta inércia do Poder Legislativo, contudo, tem sido oposta a um proficiente ativismo do Poder Judiciário, cuja atuação eficiente tem estabelecido o liame imprescindível entre as expectativas sociais e o ordenamento jurídico, principalmente para garantir a dignidade dos membros de tais arranjos familiares e o alcance da justiça” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *O conceito de família e sua organização jurídica*. Tratado de Direito das famílias, Rodrigo da Cunha Pereira (organizador). Belo Horizonte: IBDFAM, 2015, p. 57).

É notório o crescimento exponencial, em todo o mundo, do número de animais de estimação no âmbito das famílias e, cada vez mais, são tratados como verdadeiros membros destas.

Os Tribunais do país têm-se deparado com situações desse jaez, com divórcios e dissoluções de relações afetivas de casais em que a única divergência está justamente na definição da custódia do animal.

À guisa de exemplo, cito alguns casos, com as mais diversas soluções no âmbito dos Tribunais pátrios:

Direito civil. Reconhecimento/dissolução de união estável. Partilha de bens de semovente. Sentença de procedência parcial que determina a posse do cão de estimação para a ex-convivente mulher. Recurso que versa exclusivamente sobre a posse do animal. Réu apelante que sustenta ser o real proprietário. Conjunto probatório que evidencia que os cuidados com o cão ficavam a cargo da recorrida. Direito do apelante/varão em ter o animal em sua companhia. Animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador do direito. Semovente que, por sua natureza e finalida-



de, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família cachorrinho “Dully”, que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos. Solução que não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, expressando-se, por outro lado, como mais uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente parcial acolhimento da irresignação para, a despeito da ausência de previsão normativa regente sobre o tema, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, das 10:00 hs de sábado às 17:00hs do domingo. Sentença que se mantém. 1 - Cuida-se de apelação contra sentença que, em demanda de dissolução de união estável c/c partilha de bens, movida pela apelada em face do apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer e dissolver a união estável havida entre as partes e determinou, ainda, que a autora ficasse com a posse do cão de estimação da raça Coker Spaniel. 2 - Insurge-se o réu unicamente com relação à posse do animal de estimação, sustentando, em síntese, que o cachorro foi adquirido para si, ressaltando que sempre cuidou do cão, levando-o para passear e para consultas ao veterinário, destacando, ainda, que sempre arcou com os seus custos, inclusive com a vacinação. 3. De fato, da análise do conjunto probatório infere-se que a parte autora logrou comprovar que era a responsável pelos cuidados do cão Dully. 4 - Contudo, não se pode ignorar o direito do apelante de, ao menos, ter o animal em sua companhia. Questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador. 5 - Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família. 6 - Cachorrinho “Dully” que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial e extremo dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos. 7 - Solução que, se não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, traduz, por outro lado, mais uma das variegadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente. 8. Recurso desprovido, fixando-se, porém, a despeito da ausência de previsão normativa regente o *thema*, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo. Nega-se provimento ao recurso (Apelação Cível nº 001 9757-79.201 3.8.19.0208, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, 22ª Câmara Cível, j. em 27/1/2015)

Civil. Processo civil. Indeferimento de produção de prova testemunhal. Questão de direito devidamente comprovada nos autos. Sobrepartilha de animal doado ao casal na constância do casamento. Divórcio. Partilha do bem. Recurso desprovido. 1 - Na atualidade, os bichos de estimação têm conseguido cada vez mais espaço no seio da família brasileira e mundial, tornando-se, em muitos casos, membros efetivos, equiparados aos próprios filhos do casal, de modo que, com o fim do casamento, não raro, as pessoas enfrentam problemas tanto em relação a com quem vai ficar o animal querido e até mesmo discussão sobre a propriedade desse ente, como é o caso em análise, pois esses animais, além de ter valor de estimação, que não pode ser quantificado economicamente, ostentam também valor comercial. 2 - Importa destacar que em nosso sistema jurídico vige o princípio do livre convencimento motivado, onde o magistrado é livre para fundamentar sua decisão, desde que amparada na lei e nas provas dos autos. Assim, deve-se sopesar inicialmente os elementos de prova contidos nos autos, de acordo com as circunstâncias

de cada caso, para, só então, aferir a viabilidade e/ou a (des)necessidade da produção de outras provas além daquelas que estiverem contidas no processo. 3 - O indeferimento de prova testemunhal que tinha como objetivo demonstrar fatos já devidamente comprovados nos autos, não traduz cerceamento de defesa e, por conseguinte, não compromete a validade constitucional da sentença. 4 - A doação feita, na constância do casamento, celebrado sob regime da comunhão parcial, apenas em nome de um dos cônjuges, deve ser considerada como feita ao casal. Portanto, o bem doado ainda que somente a um dos integrantes da conjugalidade, deve ser partilhado com o fim do matrimônio. 5 - Recurso desprovido (Acórdão nº 885178, 20140110611494APC, Relator: Des. Gilberto Pereira de Oliveira, Revisora: Des.<sup>a</sup> Fátima Rafael, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 29/7/2015, publicado no *DJe* de 10/8/2015, p. 240).

Direito Civil. Família. Divórcio. Sentença. Componente pragmático. Partilha de bens. Animal de estimação. Posse. Abandono. Cônjuge mulher. Caracterização. Partilha. Cônjuge varão. Decisão confirmada. - É característica marcante nas decisões proferidas nas varas de família um fortíssimo componente pragmático, e só devem ser reformadas pela instância revisora em casos de ilegalidade evidente, porquanto o Juiz que presidiu a produção da prova e teve contato pessoal com as partes está munido de melhores condições para decidir sobre a pensão de alimentos, guarda de filhos, regulamentação de visita e a quem deve caber na partilha os animais de estimação. Restando caracterizado o abandono de animal por um dos cônjuges, o outro adquire-lhe a propriedade se sob a sua posse ele ficar, dispensado-lhe tratamento devido. (TJMG. Apelação Cível nº 1.0694.02.006976-1/001, Relator: Des. Manuel Saramago, 6ª Câmara Cível, j. em 13/4/2004, p. em 7/5/2004).

União estável. Reconhecimento. Partilha dos bens. Contribuição. Desnecessidade. - Mantém-se a partilha igualitária do imóvel porque os elementos coligidos aos autos comprovam, à saciedade, que o bem foi edificado com a participação de ambos os conviventes, na medida de suas possibilidades e em terreno de propriedade dos pais da mulher. Aluguel pelo uso do imóvel comum. Descabimento. - Não se pode exigir o pagamento de locativos enquanto não perfectibilizada a partilha dos bens. É que inexistente título jurídico que autorize a cobrança de aluguel contra o companheiro que permanece residindo no imóvel comum, visto que os bens ficam em mancomunhão. Indenização por danos causados a bem pertencente ao varão. - Descabe a indenização quando não constatado o descuido da mulher na preservação do bem. Ademais, tratando-se de móvel usado e desmontado, provavelmente apresentaria alguma avaria decorrente do próprio uso. Animal de estimação. - Mantém-se o cachorro com a mulher quando não comprovada a propriedade exclusiva do varão e demonstrado que os cuidados com o animal ficavam a cargo da convivente. Apelo desprovido (Segredo de Justiça) (Apelação Cível nº 70007825235, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 24/3/2004).

Aliás, como bem destacado pelo acórdão recorrido, tamanha é a notoriedade do vínculo afetivo entre homem e seu animal de estimação que, segundo recente pesquisa do IBGE, é possível afirmar que existem mais cães e gatos em lares brasileiros do que crianças.

De fato, “em 2015 existem mais lares com cachorros (44%) que com crianças (36%) no Brasil. Além dos motivos demográficos (redução do número de filhos), estariam também os econômicos, haja vista o alto custo de criação de filhos. As projeções de 2013, em 45 milhões de crianças e 52 milhões de cães, apontam para 2020 o aumento dessa diferença: 41 milhões de crianças contra 71 milhões de cães. Há, ainda, uma tendência de aumento dos domicílios onde mora uma só pessoa. São denominados arranjos unipessoais, onde, principalmente, pessoas sozinhas com mais de 50 anos, são ‘potenciais pais de um totó’ [...]. Essa mudança ocorreu por diversos fatores, dentre eles famílias cada vez menores, maior número de pessoas

morando sozinhas e o envelhecimento da população, que tem favorecido o aumento dos animais de estimação nos lares brasileiros” (SÉGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. Uma nova família: a multiespécie. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 82, ano 21, São Paulo: RT, abr./jun. 2016. p. 240).

Nos EUA, “estima-se que as disputas judiciais relativas à guarda de animais domésticos tenham crescido 23% apenas em 2011. Há, inclusive, indicação doutrinária de que recorrentemente o ex-casal consegue entrar em acordo relativamente aos bens, aos filhos menores, mas não se ajustam relativamente a quem ficará com os animais, iniciando sofridos, longos e dispendiosos litígios” (CHAVES, Marianna. *Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: Reconhecimento da família multiespécie?* Artigo Científico, 2015, 33f).

Tamanhos são os vínculos psicológico e afetivo em determinadas situações, que se tem notícia de casos, no mínimo, inusitados. Basta lembrar o ocorrido em 2010, quando “uma americana milionária deixou o equivalente a R\$ 21 milhões para sua cachorra, em detrimento de seu filho, que herdou apenas R\$ 1,7 milhões. O filho briga na Justiça alegando insanidade materna. Guardadas as devidas proporções, há relato de caso semelhante no Brasil, onde uma viúva sem filhos deixou seu apartamento para uma gatinha (Mimi) e sua cadela (Fifi). Um irmão impugnou o testamento na qualidade de herdeiro. O testamento teria sido interpretado como encargo do herdeiro, para que ele tomasse conta dos animais de estimação” (SÉGUIN, Élida; *op. cit.*, p. 244).

Inclusive, é bom destacar que tramita perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.058/2011 (no momento encontra-se arquivado), que tem como objetivo justamente dispor “sobre a guarda dos animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências”.

A necessidade de regulamentação da questão foi destacada em sua justificativa: “[...] Os animais não podem ser mais tratados como objetos em caso de separação conjugal, na medida em que são tutelados pelo Estado. Devem ser estipulados critérios objetivos em que se deve fundamentar o Juiz ao decidir sobre a guarda, tais como cônjuge que costuma levá-lo ao veterinário ou para passear, enfim, aquele que efetivamente assista o *pet* em todas as suas necessidades básicas [...]”.

Entre outras diversas disposições, prevê o Projeto:

Art. 2º. Decretada a separação judicial ou divórcio, ou fim da união estável pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda de animal de estimação, será ela atribuída a quem revelar ser o seu legítimo proprietário, ou, na falta deste, a quem demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável.

Parágrafo único Entende-se como posse responsável os deveres e obrigações atinentes ao direito de possuir animal de estimação.

Art. 5º. Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer:

I. ambiente adequado para a morada do animal;

II - disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento;

III - o grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte;

IV - demais condições que o juiz considerar imprescindíveis à manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características.

Outras duas curiosidades do projeto de lei:

Art. 6º Na audiência de conciliação, o juiz informará às partes a importância, a similitude de direitos, deveres e obrigações a estes atribuídos, bem como as sanções nos casos de descumprimento de cláusulas, as quais serão firmadas em documento próprio juntado aos autos.

§ 1º Para estabelecer as atribuições das partes e os períodos de convivência com o animal sob a guarda compartilhada, o juiz poderá basear-se em orientação técnico-profissional para aplicação ao caso concreto;

§ 2º Na guarda unilateral, a parte a que não esteja [...] o animal de estimação poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia, podendo, ainda, fiscalizar o exercício da posse da outra parte, em atenção às necessidades específicas do animal, e comunicar ao juízo no caso de seu descumprimento;

§ 3º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado das cláusulas da guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, bem como a perda da guarda em favor da outra parte;

§ 4º Se o juiz verificar que o animal de estimação não deverá permanecer sob a guarda de nenhum de seus detentores, deferi-la-á pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, consideradas as relações de afinidade e afetividade dos familiares, bem como o local destinado para manutenção de sua sobrevivência.

Art. 7º Nenhuma das partes poderá, sem a anuência da outra, realizar cruzamento, alienar o animal de estimação ou seus filhotes advindos do cruzamento, para fins comerciais, sob pena de reparação de danos.

Como se percebe, pelo Projeto, a guarda de animais de estimação traria disposição muito assemelhada com o instituto da guarda propriamente dita do Código Civil, inclusive podendo ser definida unilateralmente ou de forma compartilhada.

6. A preocupação com a proteção dos animais de companhia não é exclusividade dos brasileiros. Diversos outros ordenamentos, “como da Áustria, da Alemanha e da Suíça indicam expressamente que os animais não são coisas. Outros, como da França e da Nova Zelândia, vão mais além, indicando que os animais são seres sencientes” (CHAVES, Marianna. *op. cit.*).

Em Portugal, por exemplo, houve sensível modificação em seu Código Civil - Lei nº 8, de 2017 - dispondo que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade (art. 201-B) e que, na ausência de lei especial, deverão ser submetidos às disposições relativas às coisas, desde que não se mostrem incompatíveis com a sua natureza (art. 201-D).

O Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o conhecido BGB, por sua vez, alterou o título “Coisas” (*Sachen*) para que nele passasse a constar “Coisas. Animais” (*Sachen. Tiere*), prevendo em seu § 90-A, que “os animais não são coisas. Os animais são protegidos por leis especiais. Os animais são regulados pelas regras relativas às coisas, com as necessárias modificações exceto se de outra maneira for previsto”.

Já o Código Civil Francês previu que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade. Salvo disposição especial que os proteja, os animais são submetidos ao regime dos bens” (art. 515-14).

7. Aqui no Brasil, doutrina e jurisprudência vêm-se dividindo basicamente em três correntes.

Os que pretendem elevar os animais ao *status* de pessoa, haja vista que, biologicamente, o ser humano é animal, ser vivo com capacidade de locomoção e de resposta a estímulos, inclusive em relação aos grandes símios, que, com base no DNA, seriam parentes muito próximos dos humanos. Em razão disso, ao animal deveria ser atribuído direitos da personalidade, o próprio titular do direito vindicado, sob pena de a diferença de tratamento caracterizar odiosa discriminação.

Alguns entendem que o melhor seria separar o conceito de pessoa e o de sujeito de direito, possibilitando a proteção dos animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade, dando-se proteção em razão do próprio animal, e não apenas como objeto (na qualidade de patrimônio do seu proprietário) ou de direito difuso como forma de proteção ao meio ambiente sustentável.

Segundo outros, os animais de companhia devem remanescer dentro de sua natureza jurídica posta, como semoventes, *res*, e, portanto objeto de direito das relações jurídicas titularizadas pelas pessoas.

Não se olvide, a discussão é extremamente sensível, movida, muitas vezes, por paixão, provocando a revisitação de conceitos e dogmas cristalizados e, ao mesmo tempo, o exame das necessidades prementes dos novos tempos, atraindo inúmeros questionamentos, perplexidades e, a depender de seu enquadramento, das mais diversas consequências jurídicas, o que torna ainda mais complexa a adoção de uma única e adequada solução.

De plano, importante trazer à baila algumas indagações suscitadas por César Fiuza, em artigo específico sobre a matéria, e que demonstra a dificuldade do trato com a matéria:

Conferir personalidade aos animais pode parecer muito simpático, a um primeiro olhar. Mas a que animais vamos conferir personalidade? A todos? Entram nesse rol as baratas, os pernilongos, os ratos, os mosquitos da dengue, os vírus, as bactérias nocivas e outros tantos dos quais queremos distância? Se a resposta for não, a pergunta se mantém: a que animais conferir personalidade? Apenas aos que nos forem úteis? Como, então, legitimar um churrasco de picanha? Ou um bife de vitela? Ou seremos todos vegetarianos? Como proteger um animal selvagem que não faz mal nem bem? Se a resposta ainda aqui for negativa, a pergunta permanece: a que animais conferir personalidade? Àqueles que não nos forem nocivos? Assim estaríamos protegendo não só os animais que nos sejam úteis, mas também os que não nos façam mal. De todo modo, continua o problema incontornável, para nós carnívoros, de comermos outras pessoas, o que culturalmente seria inaceitável. Em outras palavras, como legitimar um churrasco de picanha? Bem, se a resposta não é conferir personalidade aos animais, seria, então, a de conferir-lhes o *status* de sujeitos de direitos? Vimos, ainda há pouco que essa também não é a melhor solução. Um animal não pode ser sujeito de direito por um lado e objeto de propriedade por outro.

Um sujeito de direito não pode estar no cardápio de um restaurante. [...] Se os animais não são pessoas, tampouco sujeitos de direitos, qual seria o fundamento de sua proteção? A resposta é muito simples: o ser humano.

Os animais são objeto de direito, podem ser objeto de propriedade, podem ser caçados e devorados; podem ser, inclusive, extintos, como desejamos o seja o mosquito da dengue. Isso não significa que não devam ser protegidos. Em que situações ocorre a tutela protetiva? Quando protegemos nossa propriedade, quando protegemos o meio ambiente e quando protegemos os animais contra atos de crueldade, ou

seja, quando os protegemos aparentemente, por eles mesmos. Na realidade, em todas essas hipóteses, o sujeito do direito é o ser humano, seja o proprietário, seja aquele que deseja um meio ambiente saudável, seja o que se projeta no animal em sofrimento (FIUZA, César; GONTIJO, Bruno Resende Azevedo. Dos fundamentos da proteção dos animais: uma análise acerca das teorias de personificação dos animais e dos sujeitos de direito sem personalidade. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: Ed. RT, n. 1, v. 1, out.dez. 2014., p. 200-201).

Realmente, diante da teoria geral do direito civil, o estudo da guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar -, instituto de direito de família por sua essência, não pode ser, a meu juízo, simples e fielmente subvertido para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque “a guarda é um *munus* exercido no interesse tanto do(s) pai(s) quanto (principalmente) do filho”; não se está diante de uma faculdade e sim de “um direito, mas também um *munus* que impõe ao(s) pai(s) a observância dos deveres inerentes ao poder familiar” (LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo dos. Reflexões sobre a posição jurídica dos animais de estimação perante o direito das famílias. *TJRJ. Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, p.170, maio-jun. 2015. p. 175).

É o destaque da doutrina especializada:

Seja como for, o que se pretende destacar é que, ainda que de simples coisas não se tratem e ainda que não estejam submetidos à simples partilha de bens, à guarda também não estarão, sendo necessário, caso se deseje, estipular regime jurídico próprio para este mister. O que não é possível, tampouco desejável, é a subversão de categorias dogmáticas há muito elaboradas e que dizem respeito à própria estrutura do sistema jurídico.

Como visto, o sistema jurídico, como sistema lógico, foi erigido com a função de ordenar os diversos interesses que emergem no seio social, dirimindo eventuais conflitos.

Para cumprir a sua função, o ordenamento jurídico atribui poderes e deveres, respectivamente, ao sujeito do interesse subordinante e ao sujeito do interesse subordinado.

[...]

Nesse sentido, se é verdade que a guarda é uma posição jurídica, necessariamente, por um imperativo lógico e de coerência sistêmica, deve-se atribuir a alguém - e não a algo - a correlata posição jurídica.

Assim, (a) ao considerar-se a guarda como um dever comportamental imposto aos pais (posição jurídica subjetiva passiva elementar, portanto), deve-se buscar aquele que titulariza a correlativa pretensão (posição jurídica subjetiva ativa elementar em enlace correlacional); (b) ao considerar-se a guarda como um dever autônomo com relação ao poder familiar, deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo poder jurídico; (c) ao considerar-se a guarda como um “direito-dever” (um poder funcional composto, portanto, de poderes formativos e deveres comportamentais), deve-se buscar aquele que titulariza o correlativo dever de obediência ou as correlativas posições jurídicas de sujeição e de pretensão; e assim sucessivamente.

Seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, ela necessariamente estará em enlace correlacional com outra posição jurídica. Não existem poderes ou deveres jurídicos (em sentido genérico) fora de relação jurídica.

Destarte, pergunta-se: (a) se a guarda é um dever comportamental, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer a correlativa pretensão (definida como o poder-exigir subordinação do interesse



alheio ao próprio) em face do dono?; (b) se a guarda é um dever autônomo, seria razoável pensar-se que um cachorro pudesse ser titular de um poder jurídico em face do dono?; (c) se a guarda é um “direito-dever” - e aqui a situação é ainda mais peculiar -, seria razoável pensar-se que um cachorro poderia exercer os direitos e os deveres (!) correlativos? Seria razoável atribuir-se deveres a um animal? A não ser que alguém pretenda responder afirmativamente a qualquer uma dessas perguntas, uma verdade se impõe: o princípio da corresponsividade de posições jurídicas ativas e passivas, a coerência e a base do sistema jurídico privado nacional, erigido sob a égide da Teoria da Relação Jurídica, impedem que se considere juridicamente possível animais figurarem como objeto de guarda em sentido técnico.

A relação jurídica, categoria básica do Direito Privado, é sempre entre sujeitos de direito, entre vontade e vontade.

[...]

Cumpra consignar, ademais, que, seja qual for a natureza jurídica que se atribua à guarda, a sua utilização para regular situações que envolvam animais implicaria, necessariamente, atribuir-lhes a condição de sujeitos de direito (LUKASCHECK PRADO, Augusto César. A (im)possibilidade jurídica da guarda de animais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo: RT, n. 5, v. 14, jan-mar./2018, p. 545-547).

Com efeito, *de lege lata*, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica.

Apesar disso, observada sempre a máxima *venia*, não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente à posse e à propriedade.

A despeito de animais, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada.

O Judiciário necessita encontrar solução adequada para essa questão, ponderando os princípios em conflito, de modo a encontrar o resguardo aos direitos fundamentais e a uma vida digna.

Nesse passo, penso que a ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de companhia - sobretudo nos tempos em que se vive - e negar o direito dos ex-consortes de visitar ou de ter consigo o seu cão, desfrutando de seu convívio, ao menos por um lapso temporal.

Sociólogos vêm demonstrando “uma série de ocorrências que indicam que os animais de companhia galgaram o *status* de verdadeiros membros da família: existe um crescente número de casamentos e uniões que terminam pelo fato de um dos membros do casal não gostar de como o outro trata o animal de companhia; as pessoas demonstram a cada dia mais disposição em arcar com altos custos financeiros com veterinários e tratamentos com seus *pets*; a prática de pessoas deixarem heranças substanciais para os seus animais de estimação em seus testamentos ou para alguém sob a condição de cuidarem dos animais; a benção de animais por padres e pastores; a prática de enterrar os animais da família em cemitérios de animais; o crescente número de psicólogos e terapeutas que atendem pacientes em extremo sofrimento, vivenciando o luto pela perda do seu animal de estimação” (BOGDANOSKI, Tony. Towards an Animal-Friendly Family Law: Recognising the Welfare of Family Law’s Forgotten Family Members, em *Griffith Law Review*, v. 19, n. 2, p. 197-237, 2010, p. 208 *apud* CHAVES, Marianna. *op. cit.*).

8. Nesse passo, não se pretende aqui humanizar o animal, tratando-o como pessoa ou sujeito de direito.

Também não é o caso de efetivar-se alguma equiparação da posse de animais com a guarda de filhos. Os animais, mesmo com todo afeto merecido, continuarão sendo não humanos e, por conseguinte, portadores de demandas diferentes das nossas.



Deveras, “o problema é que, à ideia de pessoa, como hodiernamente concebida, jaz intrínseca a capacidade ampla de direitos e obrigações. Elevar os animais ao *status* de pessoas seria garantir a eles amplos direitos, inclusive patrimoniais, e criar a possibilidade de eles serem responsabilizados por seus atos, solução, a nosso ver, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro” (FIUZA, César; *op.cit.*, p. 196).

Ocorre que não se pode fechar os olhos para a realidade social, para o vínculo afetivo formado.

No ponto, bem assinala José Fernando Simão que:

A propriedade de animais não humanos passa por um filtro óbvio: os animais não humanos são coisas especiais, pois são seres dotados de sensibilidade e passíveis de sofrimento e dor. É por isso que o direito de propriedade sobre os animais, segundo interpretação sistemática do Código Civil, não pode ser exercido de maneira idêntica àquele que se exerce sobre as coisas inanimadas ou não dotadas de sensibilidade (SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, v. 4, ano 3, 2017, p. 899).

Nesse sentido, aliás, parece ter sido o entendimento da Segunda Turma do STJ, quando do julgamento do REsp 1.115.916/MG, Rel. Ministro Humberto Martins.

Na ocasião, discutia-se o uso de procedimentos cruéis para o extermínio de animais, tal como morte por asfixia, e a necessidade de se utilizar métodos amenizadores ou inibidores do sofrimento quando o aniquilamento for imprescindível à saúde humana, acabando por concluir que o Administrador não pode valer-se da discricionariedade administrativa para justificar a prática de tais atos.

Em seu voto, destacou o Relator que “ não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus tratos e crueldade contra tais seres”.

Assim, segundo o douto Ministro Relator, a proteção que deve ser dispensada aos animais “não possui origem na necessidade do equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que os animais são dotados de uma estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor”.

O acórdão foi assim ementado:

Administrativo e ambiental. Centro de controle de zoonose. Sacrifício de cães e gatos vadios apreendidos pelos agentes de administração. Possibilidade quando indispensável à proteção da saúde humana. Vedada a utilização de meios cruéis. 1 - O pedido deve ser interpretado em consonância com a pretensão deduzida na exordial como um todo, sendo certo que o acolhimento do pedido extraído da interpretação lógico-sistemática da peça inicial não implica em julgamento *extra petita*. 2 - A decisão nos embargos infringentes não impôs um gravame maior ao recorrente, mas apenas esclareceu e exemplificou métodos pelos quais a obrigação poderia ser cumprida, motivo pelo qual, não houve violação do princípio da vedação da *reformatio in pejus*. 3 - A meta principal e prioritária dos centros de controles de zoonose é erradicar as doenças que podem ser transmitidas de animais a seres humanos, tais quais a raiva e a leishmaniose. Por esse motivo, medidas de controle da reprodução dos animais, seja por meio da injeção de hormônios ou de esterilização, devem ser prioritárias, até porque, nos termos do 8º Informe Técnico da Organização Mundial de Saúde, são mais eficazes no domínio de zoonoses. 4 - Em situações extre-

mas, nas quais a medida se torne imprescindível para o resguardo da saúde humana, o extermínio dos animais deve ser permitido. No entanto, nesses casos, é defeso a utilização de métodos cruéis, sob pena de violação do art. 225 da CF, do art. 3º da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, dos arts. 1º e 3º, I e VI do Decreto Federal n. 24.645 e do art. 32 da Lei n. 9.605/1998. 5 - Não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal. 6 - *In casu*, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público. Recurso especial improvido (REsp 1115916MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 1º/9/2009, DJe de 18/9/2009).

9. Nessa ordem de ideias, a premissa básica a se adotar é a atual tipificação e correspondente natureza jurídica dos animais de estimação, isto é, trata-se de semoventes, coisas, passíveis de serem objeto de posse e de propriedade, de contratos de compra e venda, de doação, dentre outros.

Realmente, “para tutelar os animais e lhes conferir adequada proteção, não é necessário conferir-lhes personalidade, tampouco subjetividade. Como objeto de direito podem receber proteção mais que suficiente. A extensão dessa proteção, os valores da sociedade, da cultura é que irá determinar. Repita-se, o homem é a medida de todas as coisas. Não escapamos de Protágoras” (FIUZA, César; *op.cit.*, p. 203).

No entanto, penso que a solução também deve ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar, em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal.

Portanto, a definição da lide deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade.

Isso porque o ordenamento jurídico pátrio é voltado para “a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social” (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 326).

Somado a isso, deve ser levado em conta o fato de que tais animais são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser *senciente* - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, o seu bem-estar deve ser considerado. Nessa linha, há uma série de limitações aos direitos de propriedade que recaem sobre eles, sob pena de abuso de direito.

Portanto, buscando atender os fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, independentemente do *nomen iuris* a ser adotado, penso que a resolução deve, realmente, depender da análise do caso concreto, mas será resguardada a ideia de que não se está diante de uma “coisa inanimada”, sem lhe estender, contudo, a condição de sujeito de direito. Reconhece-se, assim, um terceiro gênero, em que sempre deverá ser analisada a situação contida nos autos, voltado para a proteção do ser humano, e seu vínculo afetivo com o animal.

O Enunciado 11 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, possui justamente esta dicção, *verbis*: “na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal”.

Nesse sentido, também é a conclusão de Simão:

Depois de analisadas todas essas questões, as regras do direito de propriedade dos animais restam limitadas, abrandadas.

Ainda que o animal seja comum, levando-se em conta os três dados contidos no artigo 1793-A do Código Civil [Português], o juiz pode estipular que o animal seja confiado a apenas um deles, que indenizará a metade ao cônjuge preterido. Há uma exclusão do animal da partilha. Nessa hipótese, não se afasta a possibilidade de eventual direito de visitas por parte daquele que não é mais dono do animal.

Se o animal pertencer a apenas um dos cônjuges (bem particular), poderá o juiz estipular a copropriedade em caso de clara relação afetiva e de cuidado de ambos para com o animal. A sua guarda, nesse caso, poderá ser unilateral de um dos cônjuges com visita do outro, ou mesmo compartilhada. A solução depende da situação fáticas e das provas colhidas pelo magistrado.

Questão mais complicada é saber se o animal for bem particular, pertencer a apenas um dos cônjuges, se o juiz pode determinar que ele seja confiado ao outro que não seu proprietário. A resposta deve ser afirmativa. Alguns poderiam afirmar que retirar a propriedade de um dos cônjuges significaria verdadeiro confisco. Aqui há uma sutileza. O juiz confiará a posse, mas não a propriedade, ao outro cônjuge. Há uma restrição de uso e gozo, mas não de reaver o animal de um terceiro quem injustamente o detenha. É mais uma limitação ao direito de propriedade levando-se em conta o bem-estar animal (SIMÃO, José Fernando. Direito dos animais: natureza jurídica. A visão do direito civil. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, v. 4, ano 3, 2017, p. 908-909)

Na hipótese ora em julgamento, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela foi adquirida na constância da união estável e que teria ficado bem demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, destacando, ao final, que eventual desvirtuamento da pretensão inicial (caso se volte, por exemplo, apenas para forçar uma reconciliação do casal) deverá ser levada ao magistrado competente para a adoção das providências cabíveis.

Assim, diante do contexto dos autos, penso ser plenamente possível o reconhecimento do direito do recorrente de efetuar visitas à cadela de estimação, tal como determinado pelo acórdão recorrido.

10. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI - Senhor Presidente, cumprimento o Eminentíssimo Relator pelo seu minucioso voto que trouxe a doutrina e também elementos de outras legislações, pedindo, todavia, a máxima vênua à Sua Excelência para dele divergir.

Parto da premissa da diferença entre o âmbito do Direito, da Moral e da Psicologia. Penso que não é o afeto, por si só, que gera direitos subjetivos. No âmbito das relações familiares, o afeto é tratado dentro da disciplina de relação jurídica em que todos são sujeitos de direito, tanto os pais como os filhos.

No caso, o Tribunal de origem fez analogia, a meu ver, de todo inadequada, buscando a regulamentação de guardas e visitas de menores para disciplinar relação, que é de domínio. Os animais, nos termos do art. 82 do Código Civil, são bens, submetidos à regência das regras de direito de propriedade.

É certo que o eminente Relator trata a questão não como um direito dos animais, mas sob a ótica do direito do seu proprietário. Entende que haveria uma limitação do direito de propriedade do ex-cônjuge, que detém a posse e o domínio do animal.

Anoto que, no caso ora em exame, não se cogita mais de partilha de bens. Já houve, quando do rompimento da união, uma escritura declaratória de que nada havia a partilhar. Anos após foi ajuizada a presente ação, com o objetivo de “regulamentação de guarda e visitas” do animal.

Penso, *data maxima venia*, que as limitações ao direito real de propriedade são as previstas em lei. Não há nenhuma limitação de direito de propriedade baseada em afeto. Penso que essa questão demanda atuação concreta do legislador, tal como consta do voto do eminente Relator existir, por exemplo, no Código Português. E aqui houve um projeto de lei também mencionado pelo eminente Relator, mas que não está tramitando, está arquivado, o que demonstra, ao meu sentir, não lacuna, mas silêncio eloquente do legislador.

Penso que estamos na seara de competência do legislador, e não do julgador. Que não há fundamento, *data maxima venia*, seja sob prisma de limitação do direito de propriedade, seja sob o instituto da composesse, porque aqui sequer há composesse, pois é incontroverso que o animal pertence à ré e, após a separação, está sob a sua posse.

Penso que também não se trata da dignidade da pessoa humana e que, compreendidas nas agruras inevitáveis de uma separação, várias circunstâncias causam profundo sofrimento, e a elas o Direito não pode dar solução. Esse sofrimento encontra melhor amparo na psicologia, não cabendo, ao meu sentir, regulamentação de visitas do animal. Mesmo que sob o título de “limitação do direito de propriedade”, segundo o entendimento do eminente Relator, na prática, houve regulamentação de visitas, nos mesmos moldes previstos para menores. Lê-se do acórdão recorrido que houve uma regulamentação de visitas:

Visitas em finais de semana e feriados prolongados, alternados, com retirada na sexta-feira, às 8 horas da noite, retornando no domingo às 8 horas. Nas festas de fim de ano como Natal e Ano-Novo, no primeiro ano passará o Natal na companhia do autor e no ano novo na companhia da ré, invertendo-se tal ordem no ano seguinte, assim por diante. O autor poderá participar das atividades inerentes à cadela, bem como levá-la ao veterinário quando necessário; e caso se demonstre, durante as visitas, que a real intenção da demanda é criar uma forma forçada de manter contato com a recorrida, no intuito de reatar o relacionamento, o fato deverá ser levado ao conhecimento do juízo para as providências que entender cabíveis.

Ou seja, não só estaria havendo essa regulamentação como sendo antevista a possibilidade de outros incidentes para que fossem arbitrados conflitos, eventualmente, resultantes desse sistema de visitação do animal.

Portanto, *data maxima venia* do eminente Relator, eu penso que não há amparo no ordenamento jurídico atual para tal pretensão, podendo - eventualmente - passar a haver, caso seja editada uma lei sobre o assunto.

Registro, por fim, que aqui não se alega que o animal precisa de proteção ou está sendo maltratado.

Com efeito, embora a legislação trate os animais como bens semoventes, passíveis de propriedade e não como sujeitos de direito, há lei específica, Lei n. 9.605/98 e, também, previsão constitucional que veda a submissão de animais a tratamento cruel e degradante.

É indene de dúvidas que há diferença entre coisas inanimadas e semoventes. As coisas inanimadas, se houver violência contra elas, o tipo penal correspondente será crime de dano. Se houver tratamento degradante

contra animal, há tipo penal específico. Mas, no caso, não se alega que essa providência esteja sendo tomada para evitar que a ré dê tratamento degradante ao animal, isso não está em questão. O que se pretende é exercer, com base em decisão judicial, um direito de visitas que não é previsto no ordenamento jurídico atual no Brasil. Parece-me que, no caso, não se trata de lacuna legal, mas de consciente opção do legislador de não regulamentar a matéria, tanto que, havendo projeto legislativo para tanto, ele não teve andamento.

Penso que escapa, portanto, à atribuição do Poder Judiciário criar direitos e impor obrigações não previstos em lei.

Com a devida vênia, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença que deu pela improcedência do pedido.

### Voto-vista

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI - Cuida-se de recurso especial interposto por L.M.B. com amparo no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c* da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, V.M.A. ajuizou demanda contra L.M.B. objetivando, em síntese, fosse a ré condenada a permitir a convivência do autor com a cadela “Kimi”, por meio do convívio e da responsabilidade simultânea das partes em relação ao animal de estimação.

O magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, sob a alegação de que “malgrado a inegável relação afetiva, o animal de estimação é um semovente e não pode ser alçado a integrar relações familiares equivalentes entre pais e filhos, sob pena de subversão dos princípios jurídicos inerentes à hipótese”, motivo pelo qual não há falar em direito de visitação.

Interposto recurso de apelação, o Tribunal Paulista deu provimento ao reclamo, aplicando, analogicamente, o disposto no diploma civilista acerca da guarda compartilhada e visita de filhos. O acórdão ficou assim ementado:

Regulamentação de visitas de animal de estimação. Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira. Improcedência do pedido. Inconformismo. Acolhimento. Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores. Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Cadela adquirida na constância do relacionamento. Relação afetiva demonstrada. Visitas propostas que são razoáveis. Sentença reformada. Recurso provido.

Opostos aclaratórios pela ré, foram esses rejeitados pelo acórdão de f. 196-200.

Nas razões do recurso especial (f. 202-216), aduz a insurgente, além de dissenso jurisprudencial, violação aos dispositivos normativos que elenca, sobre os quais sustenta: a) ocorrência de nulidade no acórdão em razão de não ter enfrentado a tese afeta à coisa julgada incidente sobre a escritura pública de dissolução de união estável; b) houve transação pelas partes acerca dos bens, com a outorga recíproca e irrevogável de quitação; e, c) inviabilidade de utilização da analogia pelo Tribunal *a quo* para a definição de animal, visto que prevista expressamente no art. 82 do Código Civil.

O reclamo ascendeu a esta Corte Superior, tendo o e. relator Ministro Luis Felipe Salomão, em judicioso voto, proposto negar provimento ao recurso especial ante os seguintes fundamentos:

a) preliminarmente, inócurre a alegada nulidade do acórdão, pois “a questão de haver ou não coisa julgada em relação a partilha (que afirmou a inexistência de bens a partilhar) e, conseqüentemente, nulidade por ausência de manifestação, acabou dependendo da análise do mérito da questão, ou seja, em tendo o julgado afastado a qualificação dos animais de estimação como bens móveis possíveis de partilha, acabou, por consequência, arredando eventual coisa julgada definindo o tema, tendo em vista que, no acordo transacionado, nada se definiu a respeito da custódia do animal de companhia”;

b) a natureza jurídica dos animais, segundo o nosso legislador, é de coisa, não sendo a eles atribuída a qualidade de pessoas, motivo pelo qual, por não serem dotados de personalidade jurídica, inviável considera-los sujeitos de direitos;

c) a despeito de inexistir regramento jurídico acerca da guarda de animais, há projeto de lei (hodiernamente arquivado) que aproxima a relação mantida entre os humanos e os animais de estimação com o instituto da guarda propriamente dita, nos moldes do direito alienígena, bem ainda doutrina e jurisprudência que, ante lacuna legislativa, aplicam o instituto de forma analógica;

d) em que pese seja inviável equiparar a posse de animais com a guarda de filhos, inegavelmente não se pode fechar os olhos para a realidade social, para o vínculo afetivo formado, motivo pelo qual “a premissa básica a se aditar é a atual tipificação e correspondente natureza jurídica dos animais de estimação, isto é, trata-se de semoventes, coisas, passíveis de serem objeto de posse e de propriedade, contratos de compra e venda, de doação, dentre outros”, sendo que “a definição da lide deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade”, isso porque “o nosso ordenamento é voltado para a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as formas de direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e internas do indivíduo no social”, motivo pelo qual, para entender de forma diversa do Tribunal de origem, seja quanto à propriedade, seja quanto ao afeto do ex-consorte em relação ao animal, seria necessário o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

Inaugurando divergência, a e. Ministra Isabel Gallotti dá provimento ao reclamo para restabelecer a sentença de improcedência do pedido, porquanto, no seu entender, o Tribunal *a quo* aplicou a analogia de forma inadequada, buscando a regulamentação de guarda e visitas de menores para disciplinar relação que é de domínio, visto que os animais, nos termos do art. 82 do Código Civil, são bens submetidos à regência das regras de direito de propriedade. Aduz que, na hipótese, inviável cogitar em partilha de bens, pois quando do rompimento da união foi redigida uma escritura declaratória de que nada havia a partilhar, sendo incontroverso dos autos que o animal pertence à ré, motivo pelo qual sequer viável falar em comosse.

Assevera, ainda, inaplicável a temática da dignidade da pessoa humana para a solução da controvérsia, pois, acerca das agruras inevitáveis de uma separação, esse sofrimento encontra melhor amparo na psicologia, não cabendo na seara jurídica, face à ausência de amparo legal, a regulamentação de visitas do animal, mesmo que sob o título de limitação ao direito de propriedade, pois escapa “à atribuição do Poder Judiciário criar direitos e impor obrigações não previstos em lei”.



Ante os calorosos debates travados e a disparidade de entendimentos frente à controvérsia posta em julgamento, pedi vista dos autos para melhor análise.

É o relatório.

## Voto

Com a devida vênia aos entendimentos manifestados até então pelos eminentes pares, é de se afastar a preliminar de nulidade do julgado e, no mérito, negar-se provimento ao recurso especial por fundamentação diversa daquela preconizada pelo Relator.

### 1. Delimitação da controvérsia.

A controvérsia ora em debate diz respeito ao direito de um dos litigantes compartilhar a convivência com um animal de estimação, na hipótese, a cadela Kimi, com a qual se afeiçoaram os ex-companheiros ao longo do tempo em que mantiveram vida em comum, agora já rompida.

#### 1.1 Da inaplicabilidade da súmula 7/STJ.

À sua solução, diversamente do entendimento delineado pelo e. Relator, não se afigura impreterível promover o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, pois as premissas acerca da propriedade do animal e de quando ele foi adquirido (na constância da união estável), e, ainda, a demonstração quanto ao afeto do ex-consorte em relação ao *pet*, bem como o convívio para com esse, inclusive após a separação do casal, todas essas matérias e provas alusivas a tais temáticas já estão amplamente delineadas de forma incontroversa na hipótese, motivo pelo qual inaplicável à espécie o óbice da Súmula 7/STJ, haja vista que o exame da questão é eminentemente jurídico.

### 2. Considerações iniciais.

À guisa de considerações preliminares, rememora-se que, em regra, não é cabido ao Judiciário deflagrar as ações que aí estão aguardando julgamento, mas sim decidir/deliberar acerca dos questionamentos surgidos no âmbito da sociedade, ainda que de tal modo elementares, como o ora em tela, acerca do convívio entre os litigantes e um cachorro.

As disputas não voluntariamente solvidas no seio social são levadas ao Estado, que, por meio do Poder Judiciário, é instado a se manifestar, por força do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de grafia similar ao recente *caput* do art. 3º do NCPC, *in verbis*: “não se excluirá da apreciação jurisdicional, ameaça ou lesão a direito”, ambos positivando o princípio da inafastabilidade de jurisdição. É dizer, no Brasil, o monopólio da jurisdição pertence ao Estado.

Portanto, o caso *sub judice*, como milhões de tantos outros, requer, sim, preciosas horas dos operadores do direito para alcançar solução.

Assim, não há como negar jurisdição ao caso em tela, como muito apropriadamente destacou o e. Relator, ainda que surjam indagações no que toca à razoabilidade da mobilização de todo aparato judicial, pesado e caro, a fim de se deliberar sobre assunto que, ao menos em tese, é simples.

Partindo-se dessa premissa, o conflito bem poderia ter sido pacificado via os denominados métodos mais adequados de solução de conflitos, como lecionam os professores Kazuo Watanabe e, saudosa, Ada Pellegrini Grinover.



É de se recordar que, ao tempo do ajuizamento da presente demanda, já existia a política pública do Poder Judiciário em prol de soluções consensuais, instaurada no seio do Movimento Nacional pela Conciliação, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, inclusive anteriormente à expedição da conhecida Resolução nº 125 do ano de 2010.

### 2.1 A tendência de Humanização dos animais.

O filósofo grego Protágoras foi quem proferiu a frase: “o homem é a medida de todas as coisas”, a qual está gravada em destaque no painel/mural existente no Salão Nobre do Superior Tribunal de Justiça.

E, ao contrário do que apressadamente pode ser deduzido ao cabo da leitura do focado enunciado, o ser humano não é o centro do universo, nem do restrito ambiente da sua convivência. A ideia de humanidade origina-se no *animus* que habita cada pessoa, nas noções elaboradas pelo indivíduo, a contar da sua razão e de todo o universo do seu próprio conhecimento, com o qual o humano lida com tudo o que existe, razão por que o homem percebe o mundo segundo as medidas, as noções aprendidas com o seu saber.

E nem haveria como ser diferente.

Tudo aquilo que é reconhecido e designado como humanização dos animais merece, sim, os maiores e melhores elogios, jamais reprovação. Retrata, pois, uma conduta admirável do ser humano, o qual, ao adotar essa postura, na verdade, deseja dar o melhor tratamento possível àquilo que ama, tanto que propicia aportes materiais, afetivos e de estima, iguais ou próximos daqueles que ensinaria a um querido semelhante humano.

Na medida em que o humano torna-se mais sensível, mais compreensivo e tem mais apurada a sua percepção em relação ao universo em que está contido, passa a cuidar melhor de todas as coisas (animadas ou inanimadas) que aí estão, no âmbito do complexo, fantástico e delicadíssimo lugar em que habita, o planeta Terra e tudo que nele está.

Definido como uma categoria positiva, algo bom, o sentimento que humaniza as coisas, a bem da verdade, deseja dar o melhor tratamento possível àquilo que entende ser relevante.

Nesse contexto, seja por entender omissa o sistema legal vigente no país, seja por concluir que o legislador pátrio deliberadamente não desejou até então disciplinar, especificamente, a matéria pertinente à relação entre o ser humano e os seus animais de estimação, o fato é que alguns admitem ser possível, com fundamento na elogiável tendência denominada como humanização dos animais, a utilização das regras de direito que disciplinam as relações familiares, notadamente no âmbito da guarda dos filhos.

Portanto, destaca-se não se ignorar que a designação “humanização dos animais” refere-se a atribuir ao relacionamento para com esses as regras de direito destinadas ao ser humano. Entretanto, na presente exposição, o que se defende é que, para dirimir o conflito oriundo da relação entre os humanos e os animais, é desnecessária a aplicação de normativo que não aquele já existente nas relações entre os seres humanos e os bens que os cercam, visto que o direito tradicional pátrio, conquanto possa ser aperfeiçoado ou especializado, contém regramento suficiente para resolver a controvérsia deduzida em juízo.

Reitera-se, é louvável a intenção que anima aqueles que buscam tutelar situações como esta ora em debate mediante a aplicação das regras do direito de família, sob o argumento de inexistir normativo capaz de fazê-lo com a plenitude que almejam. Todavia, até mesmo rendendo homenagens a tal atitude, pois voltada para o bem, ao propósito de dar guarida jurisdicional a pretensões como essa contida nestes autos, não é

necessário, como adiante será demonstrado, empreender ampliação de interpretação legal diante do sistema normativo vigente no Brasil.

## 2.2 O normativo.

Desde os primórdios, seres humanos e animais possuem uma estreita ligação, porém, originariamente, este relacionamento estava amparado no instinto de sobrevivência do homem, ora evitando ser predado pela fera, ora dela se valendo como recurso primário de subsistência.

A evolução social, o aperfeiçoamento das relações entre as pessoas e os animais - destacadamente aqueles que passaram a ser utilizados nas fainas do campo, na produção de bens, na proteção da moradia e no convívio familiar - ensejaram significativas mudanças no que concerne às qualidades inerentes ao conceito do animal não humano.

A decisão a ser dada na presente hipótese traduz os desafios enfrentados pelos magistrados e Tribunais brasileiros que, ante uma alegada ausência de legislação específica à solução dos conflitos envolvendo animais domésticos, no mais das vezes oriundas das relações surgidas em âmbito familiar, ensejam discussões que transcendem as questões patrimoniais propriamente ditas, guarda de filhos, direito de visitas e pensões alimentícias, estando, não raras vezes, o embate do casal, restrito à custódia e destino do animal de estimação, gerando celeuma jurídica, como no caso ora em julgamento.

Inegavelmente, as crises, as dificuldades, enfim, os próprios conflitos, são verdadeiras oportunidades para o aperfeiçoamento do *establishment*, e, portanto, senão necessários, ao menos resultam úteis ao progresso das relações individuais e coletivas em uma sociedade, conforme, aliás, aludido desde as décadas de 50 e 60 no âmbito da Teoria dos Jogos.

Tradicionalmente, no Brasil, esses conflitos são resolvidos, em geral, pelo Estado, por meio do Poder Judiciário, ao qual, como já dito, foi conferido o monopólio jurisdicional. Em virtude disso, não pode o Judiciário, ainda que ante a hipótese de lacuna legislativa decorrente da ausência de regramento específico para a realidade dos animais de estimação, deixar de cumprir seu ofício, ainda que mediato, de promover a pacificação social.

Com efeito, se para a solução da presente lide não há necessidade de recorrer sequer à analogia, pois existe, sim, normativo suficiente para dirimir o caso *sub judice*, também se acredita oportuno recordar que não é empreendido, aqui, nenhum exercício de ativismo ou protagonismo judicial, uma vez que, ao menos nesta hipótese, reitere-se, o caso sequer comporta atuação no âmbito daquelas searas.

A solução da controvérsia, inclusive, prescinde de interpretação elastecida do texto constitucional, a ensejar postura proativa do Judiciário em interferir nas opções institucionais dos demais Poderes, não havendo falar em determinação para que seja redigida essa ou aquela norma, estabelecida essa ou aquela política pública.

Ademais, embora ausente, sim, uma norma específica para lidar com o fato ora submetido a julgamento, é suficiente utilizar as diretrizes atinentes ao Direito das Coisas, ao qual pertence a categoria de animais de estimação (bens semoventes infungíveis e indivisíveis), pois, ainda que haja forte tendência por parte da sociedade contemporânea ao tratamento diferenciado e carinhoso para com esses, tal atitude não obriga, tampouco exige equipará-los ao ser humano.

Ou seja, não há sequer necessidade da “humanização dos animais”, desde que a mesma sociedade se proponha, verdadeira e honestamente, a dar-lhes cuidado, proteção, zelo e atenção adequado, sejam eles domésticos ou selvagens.

### 3. O Direito das Coisas e a solução jurídica do caso.

Voltando-se à hipótese concreta dos autos, é incontroversa entre as partes e reconhecida pelo Tribunal *a quo* a circunstância de que, por ocasião da dissolução da união estável, a mulher permaneceu com o animal, nada tendo sido decidido sobre a propriedade dele, conforme a escritura pública de f. 30-31, no bojo da qual constou inexistirem bens móveis ou imóveis a partilhar, pretendendo agora o homem, por razões que alega ditadas pelo afeto, obter provimento judicial que garanta a sua possibilidade de compartilhar convivência com o *pet*.

A lide se instaurou, pois, em razão da benquerença que os litigantes têm para com o animal que em comum possuíam no recesso do lar.

Diante da resistência da mulher à pretensão do homem, o autor da ação almeja em sua petição inicial seja dado ao *pet* tratamento similar ao dispensado ao ser humano, tanto que na fundamentação do pedido inicial aduz como premissa o seguinte:

considerando o espaço que os animais de estimação têm ocupado no ambiente familiar, na medida em que são efetivamente abrangidos no conceito de família das pessoas e que possuem sensibilidade e afeto significativos e cientificamente provados, é possível conferir-lhes *status* de pessoa, ou seja, membro da família, para fins pessoas, de guarda e visitas.

O juiz de primeiro grau indeferiu de plano a pretensão, sendo que o Tribunal *a quo*, ao invocar a aplicação analógica, ao caso, dos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, aduziu existir na disputa por animal de estimação uma semelhança com o conflito de guarda e visitas de criança ou adolescente.

Como se vê, o entendimento preconizado pela Corte de origem trouxe para o âmbito do Direito de Família o enfrentamento de um tema que dogmaticamente diz respeito à seara do Direito das Coisas, daí a necessidade de perquirir sobre a classificação ou o enquadramento dado pelo sistema à natureza jurídica dos animais de estimação.

Comumente, frente ao próprio termo “estimação”, a relação que se forma entre pessoa e o animal (de estimação) é baseada na afetividade, no apreço, no amor, na ternura, na afeição, no carinho, na benquerença.

Juridicamente, contudo, conforme o conjunto normativo vigente no país, o laço de afeto para com um animal de estimação não tem o condão de transformar a afetividade para com o *pet* em uma relação pessoal/familiar, tampouco de equipará-lo a membro da família a fim de aproximá-lo da categoria sujeito de direito/pessoa.

No sistema jurídico vigente no Brasil, o animal de estimação, por mais afeto que possa merecer e receber, não equivale ao ser humano, sujeito de direitos, com personalidade, estando enquadrado na categoria de bem.

Enquanto os animais silvestres são definidos como bens de uso comum do povo e bens públicos (art. 225 da Constituição Federal e arts. 98 e 99 do Código Civil), os domésticos são considerados bens móveis/coisas, conforme está no do art. 82 do Código Civil: “são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social”.

É precisamente nesse contexto que o ordenamento jurídico pátrio insere os animais de estimação, não havendo em relação a esses omissão legislativa no que concerne à sua natureza jurídica, tampouco necessidade de se valer de normativo diverso, seja por analogia ou qualquer outro recurso integrativo.

Em que pese os estudiosos do direito civil levantem distinções entre *coisas* e *bens*, a grande maioria alarga a classificação do Código Civil para considerar os animais como bens *semoventes*, porém não ousam afastá-los/retirá-los da classificação de *bens*, motivo pelo qual recebem, na prática, o mesmo tratamento jurídico dos bens móveis propriamente ditos, ainda que o *pet* se enquadre também na classificação de *bem semovente infungível e indivisível*, que, pela sua qualidade individual, tem um valor especial, não podendo ser substituído por outro sem que isso acarrete uma alteração substancial no seu conteúdo.

Não se pode ignorar haver uma evidente distinção entre os animais de estimação e os demais bens, pois a relação de afeto faz dos animais com os quais o ser humano mantém relacionamento próximo - como, por exemplo, no recesso do recinto da residência - bens especiais que desafiam um tratamento jurídico diferenciado. Entretanto, não se pode negar que tais bens se submetam às regras do direito de propriedade, sempre interpretadas à luz do sujeito do direito, o homem, sendo o animal o objeto da relação.

E isso é assim - não porque o carinho para com um deles, o ser humano ou o animal de estimação, seja ou deva ser considerado um superior ao outro, mais qualificado, ou inferior, menos sofisticado - mas, sim, em razão da configuração essencial da categoria a que cada qual pertence, da inegável diferença que há na própria e singela classificação dos entes, da concreta distinção entre as espécies, afinal, o ser humano nessa relação é o único, juridicamente, sujeito de direito, sendo que o animal, embora *bem semovente infungível*, não assume o papel de sujeito da relação jurídica, mas de objeto.

Tal não significa, todavia, que a sociedade ou o legislador neguem importância ou deixem de dar o devido valor aos animais, inclusive aos de estimação.

Longe disso.

Nessa senda, é necessário estar sensível à evidência de que, diante da intensidade que determinados interesses foram adquirindo nas últimas décadas, no seio das sociedades em geral, também no Brasil o tratamento legal acerca dos animais de estimação tende a receber enfoque mais específico do legislador, tanto é que se constata o trâmite, perante o Legislativo Nacional, de projetos de lei versando sobre as relações com os animais domésticos.

Essa atenção mais específica e pontual, por parte da sociedade brasileira, já aconteceu em relação a diversos outros temas, tendo sido editados normativos inerentes à proteção ao meio ambiente, à infância e juventude, ao consumidor, ao idoso, à tutela da mulher, das cidades, do patrimônio histórico, à regulação dos períodos de pesca (defeso), entre outros.

Ocorre que, mesmo anteriormente à edição de regramentos específicos, inerentes às peculiaridades e singularidades de muitos dos temas antes referidos, os conflitos então submetidos ao Judiciário não ficaram sem solução, pois, via de regra, outros normativos, ainda que gerais, conferiam amparo à adequada deliberação judicial.

Dessa forma, independentemente de considerações, sempre oportunas e bem-vindas acerca do direito comparado, trazidas pelo e. Relator, e, ainda que ausente uma legislação especial para lidar com os fatos ora submetidos ao juízo, inviável dizer exista lacuna no sistema jurídico interno, de tal modo a exigir, para

equiparação a modelos alienígenas, o emprego da analogia, de sorte a solucionar a presente lide, pois existem regras gerais no direito interno que disciplinam a temática.

Nesse ponto, portanto, diverge-se do e. relator no que afirma não se mostrar “*suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente a posse e propriedade*”.

De outro lado, também não se comunga do respeitável entendimento lançado pelo alicerçado voto divergente da Ministra Isabel Gallotti, porquanto, como já afirmado, a pretensão deduzida em juízo encontra respaldo no âmbito do Direito das Coisas.

Aqui, repisa-se uma vez mais, embora se trate de conflito no qual ambos os contendores, ex-companheiros, desejam manter o vínculo com o animal de estimação, cuidando dele, alimentando-o, perfectibilizando o afeto que por ele nutrem, não há como integrar essa lide ao Direito de Família, isto é, despende em relação ao *pet* idêntico tratamento dado à “guarda compartilhada de filhos”.

Também não basta para a solução do conflito seja simplesmente determinada a venda do bem e a consequente partilha do *quantum* apurado, de modo a solucionar a problemática, tal como ocorre em diversas lides submetidas ao Judiciário, quando em jogo pendências sobre bens móveis em geral, mesmo porque, no presente caso, sequer é esse o pedido da inicial.

Assim, a tutela jurisdicional deve considerar o afeto que as partes nutrem pelo *pet*, e, bem assim, os necessários cuidados que esse requer, de modo a concretizar o intento dos litigantes, que se lançam em juízo em busca daquilo que compreendem seja o ideal para o cachorro de estimação. Daí por que tanto o seu bem-estar, bem como o dos litigantes devem ser sopesados.

Nessa esteira, para a efetiva distinção, atribuindo-se tratamento jurídico diverso daquele que se dá aos objetos inanimados, não é necessário retirar os animais das categorias dos bens e situá-los em outra, intermediária, ou mesmo na categoria jurídica das pessoas, como pretendem alguns (LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo. “Decisão comentada - Reflexões sobre a posição jurídica dos animais de estimação perante o direito das famílias: TJRJ”, em *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Vol. 9 (maio/jun.), p. 159-177, 2015).

Portanto, levando em consideração as ponderações acima declinadas, afirma-se que é exatamente na disciplina que rege a relação entre o sujeito humano e os bens que o cercam, as coisas com as quais lida, que está situado o tratamento jurídico a ser dispensado ao tema.

Dito isso, repita-se, é incontroverso dos autos o afeto do ex-consorte para com a cadela Kimi, e, ainda que tenha constado na escritura pública de dissolução de união estável inexistirem bens a partilhar, foi ela adquirida na constância da sociedade conjugal. Confira-se, por oportuno, o trecho do acórdão recorrido no ponto: “Pois bem, diante de tais fundamentos, passa-se a examinar a pretensão do apelante. No caso dos autos, na ausência de impugnação específica na contestação (v. f. 88/95), restou incontroversa a afirmação de que a cadela foi adquirida na constância da união estável (v. f. 2, segundo parágrafo).

Além disso, ficou bem demonstrada a relação de afeto entre o apelante e o animal de estimação (v. f. 16/29).

Consoante estabelecido no art. 1.725 do Código Civil, “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”. Na hipótese, conforme consta na escritura de união estável (f. 14-15), elegeram as partes para reger as relações

patrimoniais da união estável as normas similares ao regime da comunhão universal de bens, motivo pelo qual desnecessário perquirir acerca de quem efetivamente adquiriu o animal ou quem consta como proprietário no certificado do *pedigree*, haja vista que a cadela Kimi, bem semovente infungível e indivisível, é de propriedade de ambos os demandantes, por força do regime de bens estabelecido entre as partes.

Também restou incontroverso nos autos - consoante se depreende da própria contestação ofertada pela ré (trecho a f. 93), mesmo após a dissolução da união estável ocorrida em 27/07/2011 -, que foi preservado o contato do autor com o animal de estimação, mantido por meio de visitas até o momento no qual a ex-consorte impediu a preservação da convivência, vindo daí o ingresso da ação.

Confira-se o seguinte trecho da contestação: “[...] os e-mails enviados demonstram sem sombra de dúvida que a cadela Kimi era o único elo entre o autor e a ré, cujo contato ocorrida através das visitas concedidas por mera liberalidade pela requerida e isto ocorreu até os idos de 2012. [...]”.

Assim, ainda que desfeita a sociedade conjugal, o autor continuou a realizar visitas periódicas ao animal de estimação, embora esse permanecesse, por maior tempo, com a ex-companheira, tendo havido, portanto, inegável conduta por parte da ré a denotar que o animal permanecera em mancomunhão, como bem indiviso que é, mantendo-se a copropriedade, e na prática uma posse conjunta, exercendo ambos os ex-consortes o uso, o gozo e fruição sobre o bem, com vistas à manutenção não só do vínculo afetivo para com o animal, mas também, do dever de cuidar, guardar e conservar, deveres esses que são inerentes à propriedade, ainda que de bens semoventes.

A copropriedade ocorre quando o mesmo bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes, sendo obrigado a concorrer com as despesas para a sua conservação e preservação, inclusive suportando os ônus a que estiver sujeito.

Em se tratando de coisas indivisas, pertinente a lição doutrinária de Maria Helena Diniz:

Concede-se a cada consorte uma cota ideal qualitativamente igual da coisa e não uma parcela material desta; por conseguinte, todos os condôminos têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade da coisa, sofrendo limitação na proporção quantitativa em que concorrem com os outros comunheiros na titularidade sobre o conjunto. Deveras, as cotas-partes são qualitativa e não quantitativamente iguais, pois, sob esse prisma, a titularidade dos consortes é suscetível de variação. Só dessa forma é que se poderia justificar a coexistência de vários direitos sobre um mesmo bem (*Dicionário Jurídico*, 2. ed., 2005, São Paulo: Saraiva, 2005).

Como visto, nos termos dos artigos 1.314 e 1.315 do Código Civil, a copropriedade exercida sobre o bem semovente não necessita ser quantitativamente proporcional, ou seja, mediante o estabelecimento de quantidade de dias precisos sobre os quais terá cada qual dos sujeitos o direito de exercer a posse/guarda, mas sim que sejam os direitos qualitativamente proporcionais sobre a totalidade do bem, viabilizando que a posse/guarda e estabelecimento do vínculo afetivo sejam exercidos por ambos os ex-consortes.

Nessa medida, sendo desnecessária a aplicação por analogia do instituto da guarda compartilhada no caso concreto, em virtude de existir no ordenamento jurídico pátrio ditame legal atinente ao Direito das Coisas - aplicação do instituto da copropriedade - para a solução da contenda, deve ser mantido o entendimento do Tribunal *a quo*, que estabeleceu as diretrizes para esse exercício, bem delineando a distribuição - **qualitativa** - dos comunheiros sobre o animal, conforme deliberado às f. 164-165 do acórdão recorrido.



Deve ser afastado, contudo, o tratamento dado por aquela Corte, alusivo ao instituto da guarda e do direito de visita no âmbito familiar, aplicando-se ao caso concreto o ditame da copropriedade e terminologia pertinente (uso, gozo, fruição e reivindicação).

Portanto, em que pese lastreado em fundamentação diversa daquela adotada pelo Tribunal de origem, o comando da deliberação por ele adotada fica preservado, com as ressalvas acima declinadas.

#### 4. Dispositivo.

Por essa razão, com a devida vênia da divergência e por fundamentação diversa da estabelecida pelo e. Relator, nego provimento ao recurso especial, mantendo a solução conferida pela Corte local acerca da divisão qualitativa da copropriedade sobre o bem semovente.

Em virtude do ditame contido no art. 85, § 11, do NCPC, majoro a verba honorária sucumbencial fixada pelo Tribunal de origem (R\$ 2.500,00), em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

É como voto.

#### Voto-vencido

O SR. MINISTRO LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO) - Senhor Presidente, ouvi com atenção desde a sessão em que o recurso foi colocado em julgamento as posições dos eminentes Ministros Relator, Luis Felipe Salomão, e dos não menos eminentes Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi, que têm posições diferentes em relação à questão, dando soluções com fundamentação diferente.

O Ministro Salomão aplica analogia para preservar a solução dada pelo Tribunal local, a de destinar ao animal uma espécie de guarda compartilhada. O Ministro Marco Buzzi já adota fundamentação diferente, que por sinal não é aquela constante do debate da causa, mas é uma solução que é buscada a partir da compreensão dessa disputa do animal pela existência de copropriedade. A Ministra Maria Isabel Gallotti vai na esteira da sentença de primeiro grau para julgar improcedente a demanda, entendendo que é incabível a aplicação do direito invocado pela parte, que busca a visita, a guarda compartilhada desse animal.

Em primeiro lugar me parece que realmente não há possibilidade, embora o Ministro Salomão tenha ido buscar em algumas legislações estrangeiras, que chegam a dispor sobre relação do homem com o animal, mas no nosso ordenamento não há essa disposição, não há qualquer regramento que assim autorize, que se determine direito de visita e guarda de um animal no momento da dissolução ou para eleger o comportamento das pessoas que se unem no caso de união estável. Parece-me que realmente não há. E não seria possível a analogia. Inclusive, valho-me de uma constatação do fenômeno da alienação no homem, na sociedade em função do fetiche da coisa.

Mas o que me parece é que essa solução do direito de visita, da guarda compartilhada, além de não encontrar respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, parece-me, é resultado de uma visão, repito, *data maxima venia*, sem querer refutar qualquer argumento no plano filosófico que Vossa Excelência tenha, qualquer base filosófica ou ideológica que Vossa Excelência pretenda dar, parece-me que há um sentido alienante, algo que decorre não de uma evolução, mas de uma involução, como eu disse, no fetiche em relação à coisa, seja coisa inanimada, sejam os animais, que se percebe em nossa sociedade. Os exageros que se constatam em relação ao trato com animais, e inclusive com coisa inanimadas também na nossa sociedade. Isso ocorre. E



mais: ainda um outro aspecto que eu gostaria de destacar é que vemos que, na nossa sociedade, sociedade globalizada que tem abrangência mundial, há uma interpenetração muito forte entre o público e o privado que termina descaracterizando um e outro, uma invasão do privado pelo público, e do público pelo privado. Hannah Arendt analisa essa situação com muita propriedade, partindo da concepção de público e privado no direito romano e mostrando como hoje realmente há essa invasão desses campos.

Neste caso concreto, parece-me que a relação, o afeto de uma pessoa com um animal tem que estar e deve estar no âmbito estritamente privado, é algo que tem que se resumir à família, às pessoas, como elas se comportam.

Agora, passando à fundamentação dada pelo Ministro Marco Buzzi de copropriedade, o que me parece é que, no momento em que se desfez a união estável e que se disse que não havia bens a compartilhar, o animal que estava com a mulher é de propriedade única da mulher.

Ele poderia visitá-la. Se a casa que ficou com a mulher é a casa da mulher, o fato de o ex-marido visitar a casa não importa em copropriedade. Do mesmo modo, com tudo que estiver na casa, todos os móveis e também os seres moventes. O animal, Kimi, é da mulher. Se há essa afetividade do homem em relação a esse animal, ele tem que se conformar em visitá-lo e estar com o animal na casa da mulher, e não se valer do ordenamento quanto às relações de pais e filhos e relação à guarda e visitas.

Gostaria só de dizer isso, pedindo a máxima vênua aos eminentes Ministros que discordaram da Ministra Gallotti, mas me parece que a solução acertada é essa, que foi dada inicialmente pelo Juiz de primeiro grau e aqui no Tribunal pela Ministra Gallotti.

### **Certidão**

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Marco Buzzi negando provimento ao recurso especial por fundamentação diversa do relator, e o voto do Ministro Lázaro Guimarães no sentido da divergência, a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Com ressalvas de fundamentação do Ministro Marco Buzzi.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região).

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de junho de 2018. - *Teresa Helena da Rocha Basevi* - Secretária.

(Publicado no *DJe* de 9 de outubro de 2018.)



Agravo interno - Recurso extraordinário - Concurso público - Posse e exercício determinados por decisões precárias - Concessão de aposentadoria voluntária - Inadequação do tema 476 fixado no RE 608.482. (Rel. Min. Teori Zavascki)

1 - Em regra, não produzem fato consumado a posse e o exercício em cargo público decorrentes de decisão judicial tomada à base de cognição não-exauriente.

2 - A marca da excepcionalidade se faz presente no caso concreto, autorizando a distinção (*distinguish*) quanto ao *leading case* do Tema 476, devendo, unicamente por essa razão, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

3 . Agravo interno a que se dá provimento.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 740.029-DF - RELATOR: MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES**

Agravante: Maria da Gloria Carvalho Basto. Advogados: Daniel Rosa de Almeida e outro. Agravada: União - Procurador: Advogado-Geral da União.

**Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em dar provimento ao agravo interno e em não conhecer do recurso extraordinário, nos termos do voto reajustado do Relator. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber.

Brasília, 14 de agosto de 2018. - Ministro Alexandre de Moraes - Relator.

## Relatório

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Relator) - Trata-se de Agravo Interno interposto contra Decisão que deu provimento ao Recurso Extraordinário, denegando a ordem ao fundamento de que: (i) não incide a teoria do fato consumado ao ocupante de cargo público decorrente de nomeação e posse precárias; (ii) prescinde de instauração de procedimento administrativo, pela Administração Pública, a exoneração de candidato *sub judice* nas hipóteses acima referidas.

Em suma, sustenta a parte agravante que deve ser aplicado o entendimento firmado no julgamento do Recurso Extraordinário 828.048, relatado pelo Min. Dias Toffoli, para que seja assegurada a isonomia e a segurança jurídica.

Intimada para se manifestar, a parte contrária pugna pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## Voto

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Relator) - O presente Agravo Interno foi interposto em face de decisão de minha lavra, na qual observei o entendimento desta Corte formulado no RE 608.482, julgado sob o rito da repercussão geral, e de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, em que se estabeleceu ser inaplicável a teoria do fato consumado aos casos em que o candidato assumiu o cargo por força de decisão judicial precária.

Assim, dei provimento ao Recurso Extraordinário da União, que buscava a anulação do ato de nomeação da ora agravante e o cancelamento de sua aposentadoria voluntária.

Levado o Regimental a julgamento no âmbito virtual, mantive minha posição. O eminente Ministro Roberto Barroso pediu vista dos autos, o que me permitiu refletir melhor sobre a questão.

Efetivamente, o caso é de todo peculiar. Como destaquei na sessão presencial do dia 14/8/2018, a agravante manteve-se no cargo de auditora fiscal do trabalho ano após ano com provimentos liminares e cautelares cassados e posteriormente renovados nas instâncias *a quo*, e, após 21 anos no exercício desse cargo, dos quais nove deles por conta de liminar obtida no Superior Tribunal de Justiça, mais os acréscimos do tempo pretérito em outras atividades, a agravante acabou se aposentando voluntariamente, sem que o mérito tivesse sido analisado.

Necessário se faz, portanto, o *distinguish* com os termos do RE 608.842, que não abriga a hipótese em que o afastamento da teoria do fato consumado do caso concreto retira a aposentadoria do servidor mantido no cargo por força de decisão precária em processos cuja duração não observa o art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Destaque-se a zelosa observação presente no voto do saudoso Ministro Teori Zavascki no indigitado *leading case*, pontuando haver situações estritamente excepcionais sobre as quais esse importante instituto jurídico não se aplica:

[...]. Por isso mesmo, eventual superveniente constatação da ilegitimidade desse *status* ou dessa vantagem caracteriza, certamente, comprometimento da boa-fé ou da confiança legítima provocada pelo primitivo ato da administração, o que pode autorizar, ainda que em nome do fato consumado, a manutenção do *status quo*, ou, pelo menos, a dispensa de restituição de valores. Isso ocorre, todavia, em casos restritos, marcados pela excepcionalidade.

Na hipótese, a marca da excepcionalidade se faz presente, frente às supracitadas peculiaridades, devendo, por isso, ser mantido o aresto recorrido proferido pelo Superior Tribunal de Justiça Vejamos:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Continuidade no certame por força de decisão judicial exarada em cognição exauriente. Posse e exercício há mais de doze anos. Posterior alteração da sentença em sede de apelação. Anulação do ato de nomeação. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Necessidade. Fato superveniente. Art. 462 do CPC. Aposentadoria superveniente da impetrante. Ato de demissão que não tem o condão de alterar o *status* de aposentada da servidora. Aplicação da teoria do fato consumado.

Assim, em face da inaplicabilidade das orientações estabelecidas no RE 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 30/10/2014, reajusto meu entendimento para dar provimento ao agravo interno com vistas a negar seguimento ao Recurso Extraordinário. É como voto.

### Extrato de ata

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Relator, Marco Aurélio e Luiz Fux, que negavam provimento ao agravo interno e não aplicavam o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem, pediu vista do processo o Ministro Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, Sessão Virtual de 16.3.2018 a 22.3.2018.

Composição: Ministros Alexandre de Moraes (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Disponibilizou processo para esta Sessão o Ministro Edson Fachin, não tendo participado do julgamento desse feito o Ministro Alexandre de Moraes por sucedê-lo na Primeira Turma.

*Carmen Lilian Oliveira de Souza* - Secretária da Primeira Turma.

### Explicação

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Pela peculiaridade do caso, farei um breve resumo e, depois, passo a palavra ao voto-vista do Ministro Luís Roberto.

Trata-se da questão de anulação de ato de nomeação e posse em concurso público com base em medida liminar. Foi-se mantendo no cargo ano após ano com liminares ora cassadas, ora se renovava a liminar; mas o transcurso desse tempo levou a pessoa, após 21 anos no exercício desse cargo, ao pedido de aposentadoria voluntária. Ela acabou se aposentando voluntariamente sem que o mérito tivesse sido analisado.

Apliquei, aqui, monocraticamente, o julgamento do Supremo Tribunal Federal no RE nº 608.482, de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki, onde entendeu pela inaplicabilidade da teoria do fato consumado ao candidato que assumiu o cargo por força de decisão judicial precária e revogável.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O recurso extraordinário de quem era?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - O recurso extraordinário era da União.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E Vossa Excelência acolheu o pedido?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Exato. Neguei provimento ao recurso extraordinário dela, porque o Tribunal de Contas da União glosou a aposentadoria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O recurso extraordinário seria da prestadora de serviço, da ora agravante.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Neguei provimento e trago agora o agravo regimental.

A peculiaridade do caso é exatamente o transcurso do tempo, os 21 anos que a pessoa conseguiu se manter no cargo, contou o tempo pretérito de outras atividades que exerceu e acabou tendo concedida a aposentadoria no curso do processo que, após 21 anos, não se encerrou.

Como salientei, apliquei o precedente do RE nº 608.482.

### **Voto-vista**

Ementa: Direito administrativo. Agravo regimental em recurso extraordinário. Concurso público. Anulação de ato de nomeação e posse após cerca de 21 anos no exercício do cargo. Concessão de aposentadoria no curso do processo.

1 - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, entendeu pela inaplicabilidade da “teoria do fato consumado” ao candidato que assumiu o cargo por força de decisão judicial de natureza precária e revogável.

2. A aplicação da sistemática dos precedentes exige que o caso julgado seja o mais próximo possível da hipótese concreta. Nessa análise, devem ser levados em consideração quatro elementos essenciais:

(i) os fatos relevantes de cada qual; (ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; (iii) a questão de direito que suscitam; e (iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso

3. No caso em análise, entendo que as especificidades da causa - em especial o decurso de mais de 21 (vinte e um) anos no cargo e a concessão de aposentadoria voluntária pela Administração Pública - diferem das circunstâncias do precedente firmado no RE 608.482.

4. Além do mais, nas ADIs 4.876 e 1.241, ambas de relatoria do Min. Dias Toffoli, que impugnavam normas que efetivavam em cargos públicos servidores que não se submeteram ao prévio e necessário concurso público, o STF, ao julgá-las inconstitucionais, ressaltou dessas decisões os servidores que já estavam inativados e aqueles que, até a data de publicação da ata desses julgamentos, já tivessem preenchido os requisitos para aposentadoria.

5. Agravo regimental a que se dá provimento para negar provimento ao recurso extraordinário.

1. Trata-se de agravo regimental contra decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes que deu provimento ao recurso extraordinário interposto pela União para reformar acórdão do STJ que possui a seguinte ementa:

Administrativo. Mandado de segurança. Servidor público. Continuidade no certame por força de decisão judicial exarada em cognição exauriente. Posse e exercício há mais de doze anos. Posterior alteração da sentença em sede de apelação. Anulação do ato de nomeação. Processo administrativo. Contraditório e ampla defesa. Necessidade. Fato superveniente. Art. 462 do CPC. Aposentadoria superveniente da impetrante. Ato de demissão que não tem o condão de alterar o *status* de aposentada da servidora. Aplicação da teoria do fato consumado.

1. Nos termos da Súmula n.º 473/STF, “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.”

2. Concedida a aposentadoria voluntária à Impetrante pela própria Administração Pública, mostra-se imperiosa a instauração do processo administrativo, na medida em que o seu poder revisional, quando o ato administrativo impugnado repercute na esfera de interesse individual do administrado, deve se sujeitar aos princípios constitucionais basilares do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; sob pena de restar configurada uma atuação ilegal e arbitrária da administração. Precedentes.

3. O fato superveniente, relevante para a solução da lide, deve ser levado em consideração pelo magistrado até o trânsito em julgado da demanda, ainda que de ofício, nos exatos termos dos arts. 462 e 463 do Código de Processo Civil, na medida em que o provimento judicial deve refletir o estado de fato no momento da entrega jurisdicional. Precedentes.

4. No caso, foi concedida a aposentadoria voluntária à Impetrante pela própria Administração, por meio da Portaria n.º 109, de 27/04/2010, em decorrência do preenchimento de todos os requisitos constitucionalmente exigidos, após o efetivo exercício do cargo de Auditor Fiscal do Trabalho, pelo prazo de aproximadamente 12 (doze) anos.

5. É inafastável, excepcionalmente, a aplicação da Teoria do Fato Consumado, no presente caso, na medida em que a Impetrante esteve amparada por sentença de mérito, de caráter definitivo, prolatada após cognição exauriente do magistrado. Além disso, ainda que tornada sem efeito a portaria que a nomeou e empossou no cargo, tal circunstância não tem o condão de afastar o efetivo preenchimento dos requisitos exigidos para aposentadoria, concedida pela própria Administração.

6. Segurança concedida.

2. O Ministro Relator entendeu pela validade da Portaria nº 1.558/2009 do Ministro do Trabalho, que tornou sem efeito a nomeação e a posse de Maria da Glória Carvalho Basto, ora agravante, no cargo de Fiscal do Trabalho, em razão do entendimento firmado no RE 608.482 RG, Rel. Min. Teori Zavascki.

3. Na origem, Maria da Glória Carvalho Basto impetrou mandado de segurança contra ato do Ministro do Trabalho, consubstanciado na Portaria nº 1.558, que a demitiu do cargo de Fiscal de Trabalho. Narra que obteve a inscrição no Curso de Formação do certame por força de liminar concedida no MS nº 950010149-1. Após aprovada no curso de formação, a impetrante tomou posse, em 27/7/1997, no cargo de fiscal do trabalho em decorrência de decisão prolatada na ação cominatória nº 960022916-3, que tramitou na 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro. A ação foi ajuizada pela impetrante para dar cumprimento à decisão liminar proferida no processo nº 950010149-1.

4. Essa ação foi sentenciada, em 1999, com deferimento do pleito da requerente, confirmado a tutela antecipada concedida. No entanto, a decisão foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em 17.11.2008, em apelação interposta pela União. Em cumprimento ao acórdão do TRF da 2ª Região, o Ministério do Trabalho editou a portaria impugnada.

5. Em 27.04.2010, foi concedida à impetrante aposentadoria voluntária, por meio da Portaria nº 109/2010.

6. O STJ concedeu a segurança para anular a Portaria impugnada, pelos seguintes fundamentos: (i) o poder revisional da Administração Pública, quando repercutir na esfera de interesse individual do administrado, sujeita-se aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório; (ii) a demissão da impetrante, sem a instauração do prévio processo administrativo, impõe o reconhecimento da invalidade da Portaria demissória; (iii) a impetrante esteve amparada por decisão judicial meritória e não liminar, proferida em cognição exauriente; e (iv) após a impetração do mandado de segurança, a Administração Pública concedeu aposentadoria voluntária à impetrante. De acordo com o acórdão recorrido, esses fundamentos permitem a aplicação, excepcional, da teoria do fato consumado, pela consolidação de uma situação fática em face do decurso do tempo.

7. Após a oposição de embargos de declaração, rejeitados, a União interpôs recurso extraordinário, alegando que (i) a recorrida tomou posse no concurso amparada em provimentos judiciais de caráter precário e o STF já firmou entendimento no sentido de que não se aplica a teoria do fato consumado a questões relativas a concurso público; e (ii) a Portaria impugnada é consequência de provimento judicial que reformou decisão que garantiu a nomeação da impetrante e, portanto, não há que se falar em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

8. O Ministro Alexandre de Moraes acolheu o recurso extraordinário para denegar a ordem, sob o fundamento de que a decisão recorrida diverge do entendimento firmado por esta Corte no RE 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado pela sistemática da repercussão geral. Além do mais, de acordo com o Ministro Relator, o STF, em hipótese análoga, entendeu que as exonerações de candidatos nas hipóteses de anulação de nomeação e posse precárias prescindem de instauração de procedimento administrativo.

9. A impetrante interpôs agravo regimental, defendendo a aplicação do precedente firmado no RE 803.298, sob a minha relatoria, que afirmou a necessidade de prévio procedimento administrativo, com contraditório e ampla defesa, para a edição de ato administrativo que implique na suspensão de pagamento de



aposentadoria. Argumenta que, também nesse caso, a parte tomou posse em razão de decisão judicial que foi posteriormente revertida.

10. Diante disso, pedi vista para analisar mais detidamente as peculiaridades do caso. Feita esta breve recapitulação, passo ao voto.

11. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 608.482, Rel. Min. Teori Zavascki, entendeu pela inaplicabilidade da “teoria do fato consumado” ao candidato que assumiu o cargo por força de decisão judicial de natureza precária e revogável. Naquela oportunidade, o Ministro Relator, acompanhado pela maioria dos Ministros desta Corte, entendeu que, em face das disposições constitucionais que regem o acesso a cargos públicos, é incabível justificar a permanência no cargo daquele que tomou posse em razão de decisão judicial de caráter precário, com fundamento nos princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima.

12. No entanto, pela análise dos votos proferidos naquele julgamento, percebo que não foram contempladas as hipóteses em que o servidor, em razão do recurso do tempo no exercício do cargo, tem a aposentadoria concedida pela Administração Pública.

13. A aplicação da sistemática dos precedentes exige que o caso julgado seja o mais próximo possível da hipótese concreta. Em artigo acadêmico no qual tive a oportunidade de enfrentar o tema dos precedentes no Direito Brasileiro, defendi que, nessa análise, devem ser levados em consideração quatro elementos essenciais: (i) os fatos relevantes de cada qual; (ii) os valores e normas que incidem sobre cada conjunto de fatos; (iii) a questão de direito que suscitam; e (iv) os fundamentos que justificaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso (Luís Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Melo, *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*, *Revista da AGU*, ano 15, n. 3).

14. Portanto, quando duas demandas possuem fatos relevantes distintos, há uma tendência de que se coloque uma questão de direito diferenciada, que leva a uma conclusão diversa daquela alcançada no precedente. Nessas hipóteses, os fundamentos que justificaram a decisão do precedente serão insuficientes para decidir a nova ação.

15. No caso em análise, entendo que as especificidades da causa - em especial o decurso de mais de 21 (vinte e um) anos no cargo e a concessão de aposentadoria voluntária pela Administração Pública - diferem das circunstâncias do precedente firmado no RE 608.482. Nesses casos, em razão do elevado grau de estabilidade da situação jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima incide com maior intensidade.

16. Como se sabe, o princípio da segurança jurídica, em sua perspectiva subjetiva, protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais.

17. A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé. Naturalmente, tais expectativas podem ser frustradas não apenas por decisões administrativas contraditórias, mas também por decisões judiciais dessa natureza.

18. Saliento que não é inédito, na jurisprudência desta Corte, a ressalva da situação do servidor já aposentado. Nas ADIs 4.876 e 1.241, ambas de relatoria do Min. Dias Toffoli, que impugnavam normas que efetivavam em cargos públicos servidores que não se submeteram ao prévio e necessário concurso público, o STF, ao julgá-las inconstitucionais, ressaltou dessas decisões os servidores que já estavam inativados e também aqueles que, até a data de publicação da ata desses julgamentos, já tivessem preenchido os requisitos para aposentadoria.

19. Por esses fundamentos, dou provimento ao agravo regimental para negar provimento ao recurso extraordinário.

20. É como voto.

### Debate

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu entendi que a hipótese aqui se assemelha mais com a da decisão do Ministro Dias Toffoli, que, num caso de servidor que havia sido efetivado sem concurso, em ADI, ao declarar inconstitucional a lei de efetivação, entendeu todavia de resguardar a situação daqueles que já haviam, pelo decurso do prazo, obtido a aposentadoria devidamente deferida. Aqui, neste caso, esta agravante prestou o concurso, atuou 21 anos na magistratura, com base em decisões de primeiro e do Superior Tribunal de Justiça, a do Tribunal de Justiça lhe foi desfavorável e, depois de 21 anos de serviço, ela aposentou-se validamente. Portanto, eu estou fazendo *distinguishing*...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Qual teria sido o vício apontado quanto ao concurso e à assunção do cargo?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Era algum problema ligado a não preenchimento de requisito para a inscrição.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Na verdade, Ministro Luís Roberto, se me permite, é o cargo de auditor fiscal do trabalho. Sua Excelência falou magistratura.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - É isso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Para auditor fiscal, ela não teria os requisitos do cargo. Depois de julgado em primeira instância, o Tribunal reverteu, determinou...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não teria os requisitos para o concurso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Para o concurso, exatamente. Ela obteve uma liminar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ela fez o concurso e foi aprovada.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Ela obteve a liminar, fez o concurso e foi aprovada.

Ganhou em primeiro instância, perdeu em segunda instância. O Tribunal determinou imediatamente a anulação. Obteve uma liminar no Superior Tribunal de Justiça. Essa liminar prevaleceu mais 9 anos até o julgamento. Então, ela prestou concurso sob liminar; perdeu em segunda instância e obteve uma nova liminar.

O caso é cheio de idas e vindas, liminares, ações cautelares. E, realmente, a questão do prazo 21 anos e a obtenção da aposentadoria, após 21 anos, torna o caso diferenciado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A admissibilidade do recurso da União teria ocorrido sob que prisma?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - É recurso idêntico à repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas transgressão à Constituição, considerada decisão do Superior Tribunal de Justiça?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - A Constituição exatamente. O acesso sem concurso público.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, não.

Ela fez concurso público. Vossa Excelência entendeu...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não preencheu requisitos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Ministro Alexandre deu provimento ao recurso extraordinário porque entendeu...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Aplicando a repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - ... não aplicada a tese de repercussão geral daquele caso do Ministro Teori Zavascki. Vossa Excelência lembrará que dizia que não haveria a teoria do fato consumado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - É porque há uma repercussão geral do Ministro Teori Zavascki, o RE nº 608.482, que o tema é exatamente a não aplicação da teoria do fato consumado, porque, várias e várias vezes, as pessoas obtêm a liminar, prestam o concurso, começam a exercer e, depois, a liminar é cassada, mas já estão exercendo...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Durante todo o período atuou como fiscal do trabalho?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Prestou como auditora.

Por isso eu trouxe - cheguei a conversar com o Ministro Luís Roberto Barroso - para alterar o meu posicionamento em virtude dos 21 anos de serviço prestado, mas, como Vossa Excelência, Ministro Marco Aurélio, e o Ministro Fux já haviam me acompanhado, achei que o correto seria trazer à Turma para debatermos e, eventualmente, se concordarmos, distinguirmos exatamente do caso em geral, porque, mal ou bem, com idas e vindas, a Justiça permitiu que ela continuasse exercendo o cargo por 21 anos.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O Pleno se debruçou nessa questão; eu fui até vencido porque eu tinha uma posição diferente no sentido de que quem faz concurso sujeito A liminar fica também condicionado ao resultado da decisão final em função de a liminar ser - digamos assim - um provimento passível de ser modificado. Realmente, se a Justiça defere uma liminar, a liminar pressupõe *fumus boni iuris*. Gera então uma expectativa de confiança naquela decisão. Mas o Pleno não foi sensível a isso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, Ministro Fux, a singularidade aqui é que, depois, ela teve sentença de primeiro grau e depois teve decisão do Superior Tribunal de Justiça a favor. Nesse interregno, ela completou o tempo de serviço e se aposentou. Portanto o *distinguishing* que eu propus e o Ministro Alexandre acompanha é de que, no caso em que você tenha cumprido, com base em decisão judicial, período suficiente para se aposentar, você tirar aposentadoria é um caso diferente daquela hipótese que foi decidida em Plenário.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Ela chegou a exercer 12 anos, antes da decisão do Tribunal, com decisão de primeira instância; aí veio a decisão de segunda instância

contrária; aí, sim, seria o momento correto, a meu ver, realmente da não aplicação da teoria do fato consumado. Mas obtive uma liminar dando efeito suspensivo ao recurso especial no STJ, que durou mais 9 anos, o que acabou possibilitando a sua aposentadoria.

É um caso diferenciado, depois venceu no mérito no STJ e foram 21 anos e daí o recurso extraordinário.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ela venceu no mérito.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O STJ diz que ela podia continuar na carreira.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Mas o STJ aplicou a teoria do fato consumado.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a teoria do funcionário de fato, porque ela proferiu várias decisões.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Ela, de fato, trabalhou e, portanto, ela tem direito à aposentadoria - acho, assim penso.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - E o processo aqui não teve uma duração razoável: 21 anos!... É tempo!...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E a parte não pode ser prejudicada.

### **Retificação de voto**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Por isso que, quando houve a divergência e havia os votos, eu trouxe à Turma para, primeiro, a meu ver, reafirmarmos, até porque a decisão do Plenário é de que não se aplica a teoria do fato consumado, porque isso acaba acalentando uma indústria de procura de liminares. Mas o caso aqui, realmente, alertado pela divergência, é *sui generis*. Há entre ações cautelares, liminares e cassação de liminares mais de uma dezena garantindo esses 21 anos. Nem o próprio Tribunal Regional Federal, quando determinou a anulação, determinou imediato cumprimento, também porque já eram 12 anos, aguardou para verificar, até que ela obtivesse uma liminar. Então é um caso diferenciado realmente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas a decisão do mérito substitui a liminar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Certamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - No mérito, ela ganhou.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Ela acabou ganhando no STJ, mas com base na teoria do fato consumado, contra a repercussão geral. Há realmente uma diferenciação.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Sim, mas, de toda maneira, de provimento precário passou a ser...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quando do pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça já estava aposentada?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Já.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Creio que esse precedente, sob o ângulo da repercussão geral, da lavra do ministro Teori Zavascki, versou situação em que o servidor não estava aposentado.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Não estava aposentado, exatamente. Na verdade, a liminar prosseguiu 9 anos no STJ; assim que se marcou a pauta, ela se aposentou; e aí, então, o STJ já aplicou o fato consumado, porque já havia se aposentado

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque o artigo 462 do antigo Código, na época em que foi julgado esse processo, afirmava que o juiz, no ato de julgar, deve levar em consideração a situação, de fato, presente na data do julgamento. Ela já estava aposentada.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Conforme ressaltado pelo Ministro Relator, há peculiaridades, e o recurso da União acabou conhecido e provido com base em precedente que, sob a minha óptica, não se mostrou específico.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Agora, não se aplicaria, exatamente, nós poderemos fazer esta distinção: dando provimento ao agravo regimental, para não conhecer do recurso extraordinário, porque, assim, também não se altera o precedente, se concordarem.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Solidifica-se a decisão do STJ.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Exato.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acho mais justo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - De acordo, Ministro Luís Roberto?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência reajustou, certo?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Presidente e Relator) - Nós damos provimento ao agravo provimento para não conhecer já do recurso extraordinário, por não aplicação do paradigma.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - De pleno acordo, de pleno acordo.

### **Extrato de ata**

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes, Relator, Marco Aurélio e Luiz Fux, que negavam provimento ao agravo interno e não aplicavam o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil de 2015, tendo em vista que não houve fixação de honorários advocatícios nas instâncias de origem, pediu vista do processo o Ministro Luís Roberto Barroso. Primeira Turma, Sessão Virtual de 16.3.2018 a 22.3.2018.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo interno e não conheceu do recurso extraordinário, nos termos do voto reajustado do Relator. Ausente, justificadamente, a Ministra Rosa Weber. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 14.8.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Luís Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Rosa Weber.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Alberto Carvalho de Vilhena Coelho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no *DJe* de 2 de outubro de 2018.)

• • •



*Habeas corpus* - Processual penal - Crimes de associação criminosa e de corrupção de menor - Art. 288 do Código Penal e art. 244-b da Lei nº 8.069/90 - Pretensão de trancamento da ação penal - Revolvimento do conjunto fático-probatório - Inadmissibilidade na via eleita - Audiência de apresentação - Exame dos pressupostos da prisão em flagrante - Ausência de juízo acerca do mérito de eventual ação penal - Inexistência de constrangimento ilegal

1 - A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu art. 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”.

2 - O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, consectariamente, deflagra o procedimento legal, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus artigos 647 e seguintes.

3 - O *habeas corpus*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal vigente (art. 656 do CPP).

4 - A audiência de apresentação consubstancia-se em mecanismo de índole constitucional dirigido a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizar qualquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinar medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal, porquanto não reserva espaço cognitivo acerca do mérito de eventual ação penal, sob pena de comprometer a imparcialidade do órgão julgador.

5 - A separação entre as funções de acusar defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal, porquanto a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente se revela admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. 3. ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567).

6 - *In casu*, o juízo plantonista apontou a atipicidade da conduta em sede de audiência de apresentação, tendo o Tribunal de origem assentado que “a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos. Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa. Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito - mérito da infração penal em tese cometida - não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata”.

7 - O trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 20/6/2017 e HC 139.054, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 2/6/2017.

8 - O *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos.

9 - Ordem denegada.

## **HABEAS CORPUS 157.306 - SP - Relator: MINISTRO LUIZ FUX**

Paciente: V.A.B. - Impetrante: M.F. - Coator: Superior Tribunal de Justiça

### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 25 de setembro de 2018. - *Ministro Luiz Fux* - Relator.

### **Relatório**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso em *habeas corpus* nº 85.970, ementado nos seguintes termos:

Processual penal. Recurso ordinário em *habeas corpus*. Associação criminosa e corrupção de menores. Pedido de intervenção de terceiros. Impossibilidade. Decisão que relaxou a prisão em flagrante. Audiência de custódia. Suposta atipicidade. Posterior oferecimento e recebimento da denúncia pelos mesmos fatos. Adequação. Recurso desprovido.

I - A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de não admitir qualquer tipo de intervenção de terceiros no *habeas corpus* e no respectivo recurso ordinário, por se tratar de meio processual que não possui partes e nem litigantes, mas tem como única função resguardar o direito de locomoção. Precedentes.

II - A decisão proferida durante a audiência de custódia, ao relaxar a prisão em flagrante da recorrente, independentemente dos motivos que determinaram a concessão da liberdade, não vincula o titular da ação penal, e, portanto, não obsta o posterior oferecimento de denúncia, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal.

III - *In casu*, o e. Juiz Plantonista, ao relaxar a prisão em flagrante por considerar que não havia indícios da prática dos crimes de associação criminosa e corrupção de menores, concluindo que “todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de uma manifestação pública”, emitiu juízo de valor que se circunscreve à regularidade do flagrante - requisitos do art. 302 do Código Penal - e não impede o posterior oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos. Recurso ordinário desprovido.

Consta dos autos que a paciente foi presa em flagrante em razão da prática dos crimes tipificados no art. 288 do Código Penal e artigo 244- B da Lei nº 8.069/90.

Narra a petição inicial que “a paciente e outras 17 pessoas foram presas em flagrante a caminho de uma manifestação no dia 4/9/2016 (doc. 1, f. 6/19). Sem que seja necessário adentrar em questões ideológicas ou partidárias, o fato é que todos foram submetidos a audiência de custódia no dia seguinte, tendo o d. magistrado relaxado a prisão [dos envolvidos]”.

O Magistrado de piso consignou que “a prova do auto em prisão em flagrante é que todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de manifestação pública, nenhum objeto de porte proibido foi apreendido, sendo assim inviável sequer cogitar do crime de corrupção de menores” (Volume 30, p. 33).

Posteriormente, o órgão legitimado à acusação ofereceu denúncia, imputando à paciente a prática dos crimes tipificados nos artigos 288 do Código Penal e 244-B da Lei nº 8.069/90.

Narra a petição inicial que “mais de três meses depois o Ministério Público ofereceu denúncia contra a paciente (doc. 1, f. 1/5), que foi recebida pelo d. magistrado de origem (doc. 1, f. 1.441/1.442). Ou seja, no fim das contas a Paciente está processada pelos mesmíssimos fatos (sem nenhum fato novo decorrente de diligência investigativa) que levaram o d. magistrado da audiência de custódia a relaxar sua prisão e que, principalmente, não foi objeto de recurso próprio no prazo legal por parte do Ministério Público. Uma situação inaceitável”.

Em face dessa situação, impetrou-se *habeas corpus* perante o Tribunal de origem com o objetivo de trancar a ação penal; contudo, a pretensão defensiva não foi atendida.

Em sede recursal, de igual forma, não logrou êxito a paciente.

Sobreveio a impetração do presente *mandamus*, no qual a defesa alega, em síntese, a existência de constrangimento ilegal consubstanciado no não reconhecimento da atipicidade da conduta da paciente, bem como na violação de decisão jurisdicional anterior.

Afirma que “a prisão em flagrante foi relaxada em razão do reconhecimento da ilegalidade cometida contra a paciente e as outras 17 pessoas. Como consequência dessa prisão ilegal, os objetos apreendidos deveriam ter sido restituídos aos respectivos proprietários. O Ministério Público não poderia, portanto, ter oferecido uma denúncia baseada tão somente em provas obtidas mediante uma prisão reconhecidamente ilegal por conta da atipicidade dos fatos que a motivaram”.

Aduz, ainda, que, “em que pese a posição do col. STJ sobre decisões proferidas por Juiz Plantonista, vale ressaltar que tal entendimento não pode ser confundido com o presente caso, cuja decisão foi proferida durante uma audiência de custódia, que possui natureza jurídica distinta em relação aos plantões judiciais”.

Sustenta não ser razoável “que o Ministério Público seja beneficiado pela própria torpeza (princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegan*) sob a justificativa de que seria impedido de oferecer a inicial acusatória, na medida em que havia recurso próprio contra a referida decisão, caso quisesse expressar seu inconformismo. Trata-se de absoluta negligência do Ministério Público, que sem apresentar qualquer fato ou prova superveniente, ofereceu a denúncia sobre fatos reconhecidos judicialmente como atípicos. Ou isso, ou então não passa de letra morta a previsão do CPP de cabimento de RESE para atacar a decisão que relaxou a prisão em flagrante”.

Pontua, também, que, “diferentemente dos precedentes citados pelo col. STJ, que tratam sobre discussões exclusivamente jurídicas, o caso concreto apresenta uma peculiaridade: o reconhecimento judicial da atipicidade dos fatos imputados na denúncia”.

Ao final, “requer, em caráter liminar, o imediato sobrestamento do processo principal até o julgamento definitivo deste *writ*, em razão do evidente, iminente e irreparável prejuízo supracitado” e, no mérito, pede o trancamento da ação penal.

A medida liminar foi indeferida, tendo sido as informações prestadas.

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

## Voto

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) - A presente irrisignação não merece prosperar.

*In casu*, inexistente situação que permita a concessão da ordem de ofício ante a ausência de teratologia na decisão atacada, flagrante ilegalidade ou abuso de poder. Por oportuno, transcrevo a fundamentação da decisão do Superior Tribunal de Justiça, naquilo que interessa, *in verbis*:

A Defesa pretende, em síntese, trancar a ação penal n. 0074736- 77.2016.8.26.0050 em trâmite na 3ª Vara Criminal da Capital Paulista, sob o argumento de que as condutas atribuídas à recorrente haviam sido consideradas atípicas pelo Magistrado que atuou na audiência de custódia, quando analisou a regularidade do auto de prisão em flagrante.

Com efeito, durante a audiência de custódia, o MM. Juiz de 1º grau considerou que não havia indícios da prática dos crimes de associação criminosa e corrupção de menores, e concluiu que as circunstâncias fáticas narradas no auto de prisão em flagrante indicavam que os detidos estavam pacificamente reunidos para participarem de uma manifestação pública.

Transcrevo os fundamentos adotados para determinar o relaxamento da prisão em flagrante da recorrente, *verbis*:

‘Consta do auto de prisão em flagrante que no dia 04 de setembro, por volta das 15 horas e 20 minutos, na Rua Vergueiro, próximo ao Centro Cultural, policiais militares realizavam patrulhamento ostensivo em razão de manifestações populares que ocorreriam nas proximidades da Av. Paulista quando tomaram conhecimento de que alguns manifestantes estariam reunidos no local supra indicado e resolveram abordá-los. Com os manifestantes, todos de roupas escuras, os policiais encontraram máscaras, lenços e gorros, quase todos portavam mochilas, G. levava consigo uma barra de ferro e A. um extintor de incêndio de uso veicular; fora isso, segundo os policiais, foram apreendidos vinagre, um disco de metal, material de primeiros socorros e outros utensílios que descreveram como de interesse policial. Destaco que o delito de associação criminosa, para a sua configuração, exige mais do que a mera reunião de indivíduos, exige a estabilidade do grupo tido como criminoso para praticar crimes de forma permanente. Evidentemente não é o caso dos autos. Destaco que a prisão dos indiciados decorreu de um fortuito encontro com policiais militares que realizavam patrulhamento ostensivo preventivo, e não de uma séria e prévia apuração de modo que qualificar os averiguados como criminosos organizados à míngua de qualquer elemento investigativo seria, minimamente temerário. As necessárias elementares do tipo de

associação criminosa, estabilidade e finalidade de cometimento de delitos, não podem ser simplesmente presumidas pelo fato de os policiais terem encontrado com os averiguados uma barra de ferro, vinagre, material de primeiros socorros, extintor de incêndio e outros objetos, todos de porte lícito, porque não há notícia de que qualquer dos averiguados, todos primários e de bons antecedentes, tivessem se envolvido com a prática de qualquer crime no passado ou tivessem a intenção de praticar delitos no futuro. Não há mínima prova de que todos se conheciam. Com efeito, os manifestantes, afinal, poderiam simplesmente desistir de comparecer ao ato, a ele comparecer de modo pacífico ou causar algum transtorno que seria individualmente sopesado. Não há como saber, porque a polícia não permitiu a presença dos manifestantes antes de o ato de manifestação se realizar. O Brasil como Estado Democrático de Direito não pode legitimar a atuação policial de praticar verdadeira 'prisão para averiguação' sob o pretexto de que estudantes reunidos poderiam, eventualmente, praticar atos de violência e vandalismo em manifestação ideológica. Esse tempo, felizmente, já passou. A prova do auto de prisão em flagrante é de que todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de uma manifestação pública, nenhum objeto de porte proibido foi apreendido, sendo, assim, inviável sequer cogitar do crime de corrupção de menores. Destarte, ausentes as hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal em relação aos delitos imputados, de rigor o relaxamento da prisão em flagrante e a imediata expedição de alvará de soltura. Ante o relato de que G. sofreu violência policial, determino seja submetido a exame de corpo de delito e cópias dos autos sejam enviadas ao DIPO 5 para análise das condutas dos policiais responsáveis pela prisão. No mais, aguarde-se a vinda dos autos principais, abrindo-se, oportunamente, vista ao Ministério Público . [...] (f. 1.395- 1.396).

Dos fundamentos adotados na decisão exarada, não se infere inequívoco juízo de valor acerca da atipicidade dos fatos, como afirma a Defesa, mas sim conclusão acerca da ausência das hipóteses configuradoras do flagrante (art. 302 do Código de Processo Penal), o que impôs o relaxamento da custódia.

É bem verdade que o eg. Tribunal de origem, ao analisar a questão, entendeu que a 'pretensa atipicidade' dos fatos foi usada como fundamento para o relaxamento da prisão da recorrente e dos demais autuados, mas entendeu que, mesmo em tais hipóteses, a conclusão do Juiz *a quo* não obstaría o posterior oferecimento da denúncia, pois, o juízo de valor emitido limita-se à regularidade da prisão.

Colaciono a seguir, excertos do v. acórdão do eg. Tribunal *a quo*, que assim analisou a questão:

‘Assim, como se vê, a audiência de custódia não se presta à incursão no mérito da futura possível ação penal. De outra parte, o Código de Processo Penal somente prevê a possibilidade de arquivamento do inquérito, antes de formalizada a denúncia, a pedido do Ministério Público (art. 28, do CPP).

E, ofertada a inicial, compete ao MM. Juízo de conhecimento a sua rejeição liminar ou, após oferecida resposta, a absolvição sumária (arts. 396 e 397, do Código de Processo Penal).

Verifica-se, assim, que o aludido reconhecimento da atipicidade foi proferido por MM. Juízo incompetente e em momento processual inoportuno, desprovido de amparo legal, carecendo, deste modo, de eficácia legal.

Cumprе anotar que a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos.

Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa.

Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito - mérito da infração penal em tese cometida - não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata' (f. 1.457-1.459, grifei).

Sobre o tema em debate, esta Corte de Justiça possui precedentes firmados no sentido de que a decisão proferida pelo Juiz Plantonista, independentemente dos motivos que determinaram a concessão da liberdade ao requerente, não obsta a atuação do titular da ação penal de modo a impedir que o representante do Ministério Público proceda ao oferecimento da denúncia, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal.

O juízo de valor emitido pelo o e. Juiz de 1º grau durante audiência de custódia se circunscreve à regularidade da prisão em flagrante, ou seja, da presença dos requisitos previstos no art. 302 do Código de Processo Penal, e não impede o posterior oferecimento de denúncia pelos mesmos fatos.

[...]

Acrescento, por fim, que, a presente hipótese, não se confunde com o arquivamento do inquérito policial assentado na atipicidade dos fatos, que, de fato, faz coisa julgada material, vedando a reabertura das investigações e, inclusive, o oferecimento de denúncia com base nos mesmos fatos.

[...]

Conclui-se que, no caso, a decisão proferida durante a audiência de custódia, ao relaxar a prisão em flagrante, por se circunscrever à regularidade da constrição, não fez coisa julgada, tampouco impede o titular da ação penal de oferecer denúncia pelos mesmos fatos.

Desta forma, verifica-se que o v. acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não restando configurada a ilegalidade apontada.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, no Julgamento da ADPF 347, Rel. Min. Marco Aurélio, afirmou o dever de realização “em até noventa dias, de audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”, *in verbis*:

Custodiado. Integridade física e moral. Sistema penitenciário. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Adequação. - Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. Sistema Penitenciário Nacional. Superlotação carcerária. Condições desumanas de custódia. Violação massiva de direitos fundamentais. Falhas estruturais. Estado de coisas inconstitucional. Configuração. - Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. Fundo penitenciário nacional. Verbas. Contingenciamento. - Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. Audiência de custódia. Observância obrigatória. - Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF 347 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* de 19/2/2016).

Destarte, a audiência de apresentação consubstancia-se em mecanismo de índole constitucional dirigido a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizar qualquer das



espécies de prisão processual, bem como de se determinar medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal.

Com efeito, no julgamento da ADI 5.240, de minha relatoria, oportunidade na qual o Supremo também enfrentou o tema da audiência de apresentação, restou assentado que:

É clara, por conseguinte, a imbricação da audiência de custódia com o remédio constitucional do *habeas corpus*, uma vez que ambos são instrumentos voltados para a imediatidade no processo penal, especificamente no seu momento mais crítico, em que a liberdade do indivíduo é cerceada. Destarte, há que se perscrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas corpus* precisa ser reinterpretada após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nessa toada, uma primeira constatação parece inarredável: se é direito subjetivo do preso ser apresentado ao Juiz sem demora, também é evidente que nessa ocasião o preso poderá pedir a sua liberdade, como lhe assiste o art. 5º, inciso XXXIV, alínea a, da Constituição Federal (direito de petição). Esse pedido de liberdade nada mais é do que um pedido de *habeas corpus*, nos termos do art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, *verbis*: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Se, contudo, o próprio preso não fizer esse pedido, seu defensor, por dever de ofício, deverá pedir a sua liberdade. Se nem o defensor pedir a liberdade do detido, ainda poderá o Ministério Público pedi-la. Em último caso, mesmo que ninguém peça a liberdade do preso, ainda deverá o Juiz, constatando ilegalidade, soltá-lo de ofício, ou seja: conceder *habeas corpus ex officio*.

Em outras palavras, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de *habeas corpus* perante a Autoridade Judicial. Tem-se aqui terreno fértil para o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no que têm destaque os chamados de “direitos a organização e procedimento”, os quais, segundo pontua Robert Alexy, “são direitos essenciais a uma proteção jurídica efetiva” (*Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 488). Essa perspectiva contemporânea da dogmática juspublicista teve seus fundamentos expostos no magistério do professor Daniel Sarmento (“Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria” in *Arquivos de direitos humanos*. Volume 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 65):

‘[...] na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado convertendo-se em norte da sua atuação.’

É nesse sentido, outrossim, a lição de J. J. Gomes Canotilho ao sustentar uma “proteção jurídica temporalmente adequada” aos direitos fundamentais, os quais passam a exigir um suporte procedimental (processual) idôneo a garantir-lhes a eficácia material (“Constituição e déficit procedimental” in *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 79). Dessa premissa é possível desdobrar outras conclusões quanto a esse processo de *habeas corpus* que se instaura em Juízo, o que passo a detalhar.

Pois bem, como destacado acima, apresentado o preso ao Juiz, poderá ele mesmo, seu defensor ou o Ministério Público pedir a concessão da ordem. Residualmente, deverá o Juiz apreciar a legalidade do ato de prisão, de ofício. Em qualquer situação, a cognição judicial terá enfoque, basicamente, na qualificação do preso e nas circunstâncias em que foi detido, como preceitua o art. 654 do Código de Processo Penal.



Antes de decidir sobre a legalidade da prisão, porém, o Juiz deverá conceder ao preso a possibilidade de autodefesa através do interrogatório, que tem previsão expressa no *caput* do artigo 660 do CPP, ao referir que “efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá”.

Constatada a ilegalidade pelo Juiz, a ordem deve ser concedida de imediato, como se depreende da dicção do parágrafo segundo do art. 660: “se os documentos que instruírem a petição evidenciarem a ilegalidade da coação, o juiz ou o tribunal ordenará que cesse imediatamente o constrangimento”. Sendo assim, o prazo de 24 horas mencionado no *caput* do artigo 660 deve ser compreendido como o interregno integral para a conclusão do procedimento de que ora se trata. Isso porque a lei deve ser interpretada de forma sistemática, de modo que as suas normas tenham harmonia e concordância prática. Ora, se o Juiz constata a ilegalidade, deve decidir imediatamente, não fazendo o menor sentido que aguarde mais 24 horas para proferir a sua decisão, em detrimento da liberdade do preso. Assim, a compreensão correta do *caput* do artigo 660 e do seu parágrafo segundo deve ser a de que efetuada a prisão, no prazo de 24 horas devem ser realizadas as diligências necessárias (lavratura do auto de prisão em flagrante e condução do preso à presença da Autoridade Judicial), interrogado o detido e proferida decisão, esta imediatamente após o interrogatório.

Firmou-se, ainda, a vocação da audiência de apresentação para a aferição da legalidade da prisão em flagrante, *in verbis*:

Finalmente, preenchendo o ato de prisão as formalidades legais e não permitindo a lei a concessão de liberdade provisória, pois presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, não haverá coação ilegal, devendo o Juiz denegar a ordem de *habeas corpus* e converter a prisão em flagrante em preventiva (artigo 310, inciso II, do CPP).

Em suma, o procedimento ora analisado pode ser assim sumarizado: a) efetuada a prisão em flagrante e lavrado o respectivo auto pela Autoridade Policial, deverá o preso ser apresentado ao Juiz;

b) o Juiz interrogará o preso quanto à sua qualificação e circunstâncias da prisão; c) Ministério Público e defesa poderão formular pedidos e apresentar as respectivas razões; d) imediatamente, o Juiz decidirá sobre a legalidade da prisão; e) todo esse procedimento, da prisão à decisão do Juiz, deverá ser concluído em 24 horas, salvo impedimento devidamente justificado.

Sendo esse, portanto, o procedimento legal do *habeas corpus* perante o Juiz de primeiro grau, que é deflagrado, como já mencionado, pela apresentação imediata do preso.

Destarte, a audiência de apresentação não se restringe tão somente ao exame da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, acaso constatadas irregularidades. Consubstancia-se em mecanismo de índole constitucional, dirigido, também, a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizar qualquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinar medidas cautelares diversas da prisão, nos termos dos artigos 310 e 319 do Código de Processo Penal, mas o seu espectro cognitivo, indubitavelmente se restringe à necessidade, ou não, de constrição cautelar do indivíduo a quem se imputa a prática de infração penal.

Deveras, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal, ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz poderá i) relaxar a prisão ilegal; ii) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; e iii) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Cabe referir, ainda, consoante ressaltado pelo Tribunal *a quo*, que “não se infere inequívoco juízo de valor acerca da atipicidade dos fatos, como afirma a Defesa, mas sim conclusão acerca da ausência das hipóteses configuradoras do flagrante (artigo 302 do Código de Processo Penal), o que impôs o relaxamento da custódia”. Assim, o órgão julgador, naquele momento, simplesmente apontou a atipicidade das condutas imputadas à paciente para fundamentar a desnecessidade de constrição cautelar de sua liberdade, não se podendo estender a amplitude deste juízo a ponto de inviabilizar a atuação do Ministério Público que, na qualidade de *dominus litis*, possui a incumbência constitucional de oferecer denúncia acaso tenha constituída sua *opinio delicti*. A propósito, colaciono o seguinte precedente:

*Habeas corpus*. Alegada nulidade absoluta por cerceamento de defesa. Suposta violação ao artigo 475 do CPP (atual art. 479, na redação dada pela Lei nº 11.689/2008). Inocorrência. Ausência de demonstração de qualquer prejuízo para o recorrente. ‘*Pas de nullité sans grief*. Legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público. Inexistência de constrangimento ilegal. Precedentes. Pedido de inquirição de corréu processado em outra ação penal. Matéria não suscitada em momento oportuno. Preclusão. Recurso de agravo improvido. Nulidade processual e ausência de prejuízo - A disciplina normativa das nulidades processuais, no sistema jurídico brasileiro, rege-se pelo princípio segundo o qual ‘Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa’ (CPP, art. 563 - grifei). Esse postulado básico - ‘*pas de nullité sans grief*’ - tem por finalidade rejeitar o excesso de formalismo, desde que eventual preterição de determinada providência legal não tenha causado prejuízo para qualquer das partes. Precedentes. É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do ministério público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis* e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a ‘*opinio delicti*’, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes (HC 93.921-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 1º/2/2017).

Nesse diapasão, em obediência ao sistema acusatório, o qual tem por pressuposto a separação entre as funções de acusar defender e julgar, impõe-se que a atuação do Poder Judiciário, na fase pré-processual, somente seja admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais dos investigados, não se admitindo o exercício de cognição exauriente em torno dos fatos que ensejaram a constrição cautelar do custodiado, sob pena de malferimento do devido processo legal.

A propósito, o conceito de sistema acusatório é equívoco na doutrina brasileira. Sabe-se que sistema, na clássica definição de Canaris, é um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, o qual tem por fundamento um princípio ou pequeno conjunto de princípios que impede(m) a dispersão de seus elementos numa multiplicidade de valores singulares desconexos (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. *passim*).

Nesse viés, o princípio fundante do sistema ora analisado, a toda evidência, é o princípio acusatório, norma decorrente do *due process of law* (art. 5º, LIV, CRFB) e prevista de forma marcante no art. 129, I, da CRFB, o qual exige que o processo penal seja abalizado pela clara divisão entre as funções de acusar, defender e julgar, considerando-se o réu como sujeito, e não como objeto da persecução penal. Precisa, sobre o tema,

a conclusão de Luigi Ferrajoli (*Derecho y razón - Teoría del garantismo penal*. 3. ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567): “*La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás*”.

Ressoa inequívoco, diante destas premissas, que o magistrado só deve atuar na fase pré-processual assumindo a função de “juiz de garantias”, no afã de garantir a proteção dos direitos fundamentais dos investigados, sob pena de assumir a feição de acusador.

Com efeito, na etapa administrativa da persecução penal, conquanto a atividade jurisdicional não possa ser afastada, o exame da juridicidade das medidas cautelares de índole pessoal ou real não pode ultrapassar os limites cognitivos impostos pelo legislador. Destarte, conforme já mencionado, destinando-se a audiência de custódia a possibilitar ao juízo natural formar seu convencimento acerca da necessidade de se concretizar qualquer das espécies de prisão processual, bem como de se determinar medidas cautelares diversas da prisão, não há que se falar em exame, em sede de cognição exauriente, dos fatos imputados a qualquer pessoa, salvo hipóteses de manifesto abuso, sob pena de quebra da parcialidade do magistrado e uma consecutória vulneração do princípio do devido processo legal em sua dimensão substancial.

A propósito, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 213/2015, ao regulamentar a conduta do magistrado na condução da audiência de custódia, evidencia a necessidade de distanciamento do órgão jurisdicional acerca dos fatos que possam constituir o mérito de eventual imputação ao réu, fazendo-o em seu art. 8º, VIII e § 1º. Por oportuno, transcrevo o referido dispositivo, *in verbis*:

Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial;

II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito;

III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio;

IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares;

V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão;

VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis;

VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que:

a) não tiver sido realizado;

b) os registros se mostrarem insuficientes;

c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado;

d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito;

VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades;

X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar.

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer:

I - o relaxamento da prisão em flagrante;

II - a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão;

III - a decretação de prisão preventiva;

IV - a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Cabe referir, ainda, que, nos termos do § 3º do supramencionado art. 8º da Resolução, a “ata da audiência conterà, apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus tratos”.

Por fim, consta expressamente dos ‘Considerandos’ da Resolução nº 213/2015 que a condução imediata da pessoa presa à autoridade judicial é o meio mais eficaz para prevenir e reprimir a prática de tortura no momento da prisão. Consectariamente, assegura-se o direito à integridade física e psicológica das pessoas submetidas à custódia estatal, previsto no art. 5.2 da Convenção Americana dos Direitos Humanos e no art. 2.1 da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, os quais transcrevo, *in verbis*:

Convenção Americana de Direitos Humanos.

[...]

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

[...]

Artigo 2º - 1. Cada Estado tomará medidas eficazes de caráter legislativo, administrativo, judicial ou de outra natureza, a fim de impedir a prática de atos de tortura em qualquer território sob sua jurisdição.

Nesse contexto, é forçoso concluir, portanto, pela ausência de espaço cognitivo, no âmbito da audiência de custódia, acerca do mérito de eventual ação penal, sendo descabida e, necessariamente desprovida de efeitos, qualquer valoração realizada pelo órgão jurisdicional acerca do juízo de mérito relativo a eventual ação que sequer foi proposta. Releva notar, portanto, que a audiência de apresentação deve ser concebida como ato jurisdicional destinado à preservação da integridade do preso, em momento pré-processual, não ostentando o condão de ato instrutório. A própria terminologia adotada pelo mencionado ato regulatório evidencia que não se cuida de ato inerente ao processo de conhecimento, pois restou estatuído que o juiz “entrevistará” o preso.

A propósito, cumpre trazer a lição doutrinária do professor André de Carvalho Ramos ao se debruçar sobre o tema audiência de apresentação, *in verbis*:

Trata-se de um direito relacionado à proteção da liberdade e da integridade pessoal, uma vez que evita tanto o abuso nas decretações das prisões quanto a violência camuflada. Tem como elemento central a apresentação imediata do detido pela autoridade administrativa realizadora da prisão (policial) a uma autoridade com independência e garantias (juiz). Não tem como finalidade a antecipação do interrogatório do suposto autor do delito e não cabe nas prisões feitas por ordem judicial. Também não basta, então, o mero envio formal da documentação da prisão ao juiz, como era feito à luz do art. 306, § 1º, do CPP: a audiência de apresentação ou custódia exige a presença diante do juiz do preso em flagrante pela autoridade policial, para que os dois objetivos sejam cumpridos: verificação da legalidade da prisão (e tomada de decisão sobre o seu prosseguimento) e promoção da integridade pessoal (evitando agressões policiais na detenção, que são estimuladas pela impunidade).

[...]

Quanto à finalidade da audiência de apresentação, trata-se, como visto acima, da proteção da liberdade e da integridade pessoal do preso, não sendo um ato instrutório processual. (CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018).

De outro lado, não há como se olvidar da possibilidade da ocorrência de arbítrios. Todavia, um sistema que se predisponha a funcionar adequadamente não pode presumir a atuação dos seus atores sociais em desconformidade com as normas vigentes, sob pena de se reduzir excessivamente sua atividade, sem justificativa razoável para tanto. Logo, eventuais abusos são coibidos nas vias adequadas, como, exemplificativamente, o *Habeas Corpus* ou o Mandado de Segurança.

Noutro giro, cumpre consignar que o trancamento da ação penal, mercê de sua excepcionalidade, é cabível apenas nas hipóteses de manifesta atipicidade da conduta, de causa extintiva de punibilidade e de ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva, o que não se verifica na espécie. Nesse sentido o entendimento desta Corte:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Direito penal e processual penal. Associação para o tráfico. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inocorrência. 1. Quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 2. O trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* só se mostra cabível em casos excepcionalíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença

de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso. 3. Agravo regimental conhecido e não provido (HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Rosa Weber, DJe de 20/6/2017).

*Habeas corpus*. Penal e processual penal. Tráfico e associação para o tráfico de drogas (arts. 33 e 35 da Lei nº 11.343/06). Trancamento da ação penal. Inépcia da denúncia e ausência de justa causa. Não ocorrência. Prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Custódia assentada na periculosidade do paciente para a ordem pública. Suposto envolvimento com organização criminosa ligada ao “PCC” dedicada ao tráfico de grandes quantidades de drogas (941,5 g de crack e 1.026,89 kg de cocaína). Necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes da referida organização. Precedentes. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. 1. O trancamento da ação penal em *habeas corpus* constitui medida excepcional, a qual só deve ser aplicada quando houver, indiscutivelmente, ausência de justa causa ou flagrante ilegalidade demonstrada em inequívoca prova pré-constituída. Precedentes. 2. Não restou evidenciada nenhuma ilegalidade no oferecimento da denúncia, preenchida com os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, sendo essa, ademais, suficiente para permitir a defesa do paciente. 3. A leitura da exordial acusatória permite concluir que não há ilegalidade a merecer reparo pela via eleita, uma vez que ela, embora sucinta, contém descrição mínima dos fatos imputados ao ora paciente, principalmente considerando tratar-se de crimes de tráfico e associação para o tráfico, cuja existência do liame subjetivo e da estabilidade associativa deve ser apurada no curso da instrução criminal. 4. A prisão preventiva do paciente foi justificada em sua periculosidade para a ordem pública, tendo em vista seu suposto envolvimento com organização criminosa ligada ao “PCC” voltada ao tráfico de grandes quantidades de drogas (941,5 g de crack e 1.026,89 kg de cocaína). 5. Ordem denegada (HC 139.054, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 2/6/2017).

Demais disso, o exame da pretensão defensiva demanda uma indevida incursão na moldura fática delineada nos autos. Desta sorte, impende consignar, ainda, que o *habeas corpus* é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático probatório engendrado nos autos. Destarte, não se revela cognoscível a insurgência que não se amolda à estreita via eleita. Nesse sentido:

Agravo regimental no *habeas corpus*. Penal e processual penal. Crime de homicídio duplamente qualificado. *Habeas corpus* substitutivo de recurso extraordinário. Inadmissibilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal para julgar *habeas corpus*: CRFB/88, art. 102, I, D e I. Hipótese que não se amolda ao rol taxativo de competência desta suprema corte. Revolvimento do conjunto fático- probatório. Inadmissibilidade na via eleita. Inépcia da denúncia. Não caracterizada. Custódia preventiva devidamente fundamentada. Elementos concretos a justificar a medida. Alegado excesso de prazo. Inocorrência. Agravo regimental desprovido (HC nº 130.439, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 12/5/2016).

Sob esse enfoque, verifico que a Corte de origem assinalou que

a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos. Por se tratar de mero juízo de garantia, deveria ter se limitado à regularidade da prisão e mais nada, porquanto absolutamente incompetente para o mérito da causa. Em função disso, toda e qualquer consideração feita a tal respeito - mérito da infração penal em tese cometida - não produz os efeitos da coisa julgada, mesmo porque de sentença sequer se trata”. Verifico, ainda, que a Corte Superior assentou que “a decisão proferida pelo Juiz Plantonista, independentemente dos motivos que determinaram a concessão da liberdade ao requerente, não obsta a atuação do titular da ação penal de modo a impedir que o representante do



Ministério Público proceda ao oferecimento da denúncia, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal.

Desta sorte, se as instâncias antecedentes, à luz dos fatos aduzidos, reconheceram a idoneidade da peça acusatória, tendo, ainda, afastado o argumento da inépcia da denúncia, não há falar em trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus*.

Com efeito, se a peça acusatória evidencia a realização de fato típico com prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, estabelecendo um liame entre a conduta do investigado e os fatos apurados, de modo a possibilitar o pleno exercício da defesa, não há que se falar em vulneração ao art. 41 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, *in verbis*:

*Habeas corpus*. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidada quanto à matéria versada na impetração. Possibilidade, em tal hipótese, de o relator da causa decidir, monocraticamente, a controvérsia jurídica. Competência monocrática delegada pelo ordenamento positivo brasileiro (RISTF, art. 192, *CAPUT*, na redação dada pela ER nº 30/2009). Adoção da técnica da motivação *per relationem*. Legitimidade constitucional dessa técnica decisória. Fundamentação válida. Alegada inépcia da denúncia. Inocorrência. Observância dos requisitos fixados pelo art. 41 do CPP. Peça acusatória que atende às exigências legais. Suposta ausência de justa causa para a ação penal. Iliquidez dos fatos. Controvérsia que implica exame de matéria fático-probatória. Inviabilidade na via sumaríssima do *habeas corpus*. Reconhecimento da plena correção jurídica da decisão agravada - recurso de agravo improvido (HC 140.629-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* de 7/8/2017).

Agravo regimental no *habeas corpus*. Direito penal e processual penal. Associação para o tráfico. Inépcia da denúncia. Trancamento da ação penal. Excepcionalidade. Inocorrência. 1. Quando do recebimento da denúncia, não há exigência de cognição e avaliação exaustiva da prova ou apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade. 2. O trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* só se mostra cabível em casos excepcionálíssimos de manifestas (i) atipicidade da conduta, (ii) presença de causa extintiva de punibilidade ou (iii) ausência de suporte probatório mínimo de autoria e materialidade delitivas, o que não ocorre no presente caso. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 141.918-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, *DJe* de 20/6/2017).

Por fim, ante a pertinência de suas alegações, cumpre transcrever as alegações do Ministério Público Federal, *in verbis*:

Ao contrário do que alega a defesa, não se vislumbra a ocorrência do alegado constrangimento ilegal. Não obstante o MM. Juiz Plantonista, por ocasião da audiência de custódia, ter fundamentado a decisão de relaxamento da prisão em flagrante na opinião de que 'A prova do auto de prisão em flagrante é de que todos os detidos estavam pacificamente reunidos para participar de uma manifestação pública, nenhum objeto de porte proibido foi apreendido, sendo, assim, inviável sequer cogitar do crime de corrupção de menores' (f. 1290), tal fundamento não forma coisa julgada, não impossibilitando o Ministério Público de oferecer posterior denúncia pelos mesmos fatos, tampouco o Juízo competente de receber a inicial acusatória.

Nos termos do art. 504 do CPC/2015, 'Não fazem coisa julgada:

(I) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; (II) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.' O mesmo entendimento pode ser aplicado na seara processual penal, por força do art. 3º do CPP1 .



No caso, além de a decisão proferida em sede de audiência de custódia não ter a natureza jurídica de sentença, os motivos que justificaram o relaxamento da custódia cautelar não fazem coisa julgada.

Conforme consignou o TJ/SP, o reconhecimento da atipicidade penal da conduta foi proferido por Juízo incompetente e em momento processual inoportuno, desprovido de qualquer amparo legal, além disso, ‘a pretensa atipicidade foi apenas utilizada como fundamento opinativo para o relaxamento da prisão da paciente e de seus comparsas, uma vez que o MM. Juiz de Direito que presidiu a audiência de custódia sequer possuía competência jurisdicional para determinar o arquivamento dos autos’ (f. 3.540).

Além disso, correto o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no exame do caso, no sentido de que a decisão proferida em audiência de custódia não vincula o titular da ação penal, sob pena de negativa de vigência ao art. 24 do Código de Processo Penal. Com efeito, a mera previsão legal de recurso em sentido estrito (art. 581, V, do CPP) não afasta a titularidade do órgão do Ministério Público para decidir acerca do oferecimento ou não da inicial acusatória, pois o recurso teria como meta apenas restabelecer a prisão em flagrante e não necessariamente rever o fundamento específico apresentado pelo magistrado para relaxar a custódia.

O reconhecimento da atipicidade penal da conduta em momento inadequado acaba por violar o devido processo legal, o que não pode ser admitido por essa Suprema Corte.

*Ex positis*, denego a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Presidente, primeiro cumprimento o Advogado pela sustentação oral, pela linha de defesa assumida, cumprimento o Ministério Público, Doutora Cláudia.

Parece-me aqui que se pretende retirar da decisão do juiz muito mais do que ele próprio quis. Acho que é importante iniciar com isso, porque, se nós lermos integralmente a decisão do juiz que realizou audiência de custódia, como Vossa Excelência bem disse, ele foi analisando a presença dos requisitos para a manutenção ou não da prisão. Um deles é a viabilidade, o *fumus boni juris*. E, na sequência, ele inclusive coloca “Destarte”, ou seja, concluindo, conseqüentemente, aí, sim, vem o dispositivo da decisão. E o dispositivo da decisão dele é muito claro. Ele não fala em ausência de justa causa para a manutenção da investigação. Ele não fala em atipicidade para trancamento de qualquer possibilidade. Ele diz: “Destarte, ausentes as hipóteses do art. 302 do Código de Processo Penal em relação aos delitos imputados, de rigor o relaxamento da prisão em flagrante e a imediata expedição de alvará de soltura.”

Não me parece que, em momento algum, tenha o juiz de custódia pretendido trancar a possibilidade da continuidade, mesmo tendo feito críticas, na sua fundamentação, à própria atuação da autoridade policial e, em virtude disso - e aqui também importante -, encaminhou ao DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais de São Paulo) para apurar a conduta dos policiais, mas o juiz foi mais além para mostrar realmente que, a meu ver, em momento algum pretendeu dar o sentido que se pretende agora, porque determinou o relaxamento e colocou: “No mais, aguarde-se a vinda dos autos principais.” Ora, nenhum juiz extingue o procedimento e pede para se aguardar a vinda dos autos principais, “abrindo-se oportunamente vista ao Ministério Público”.

É a sequência natural que ocorre da audiência de custódia - não só em São Paulo, em todos os locais onde já implantada -, que se decide sobre a manutenção ou não da prisão, excepcionalmente - e aí seria uma outra discussão - poderia ter o juiz determinado de ofício um *habeas corpus*, mas não foi o que fez.

Ele deixa muito claras suas críticas à conduta da autoridade policial, deixa claro o seu pensamento, mas, na hora da decisão, ele muito objetivamente cita o artigo 302 e diz que estariam ausentes as hipóteses, relaxa e mantém a sequência procedimental, aguardando a vinda dos autos principais.

Não há nada nem nos precedentes citados da tribuna nem na doutrina citada sustentando uma coisa julgada material em relação aos fundamentos que vão levar ao próprio dispositivo, à própria conclusão.

Aqui, o que seria possível? Ao Ministério Público - foi colocado muito bem da tribuna - seria possível recorrer dessa decisão só em relação ao relaxamento, porque o que constou como decisão, como dispositivo, foi o relaxamento. O Ministério Público aguardou. O Ministério Público ofereceu a denúncia - certa ou errada aqui não nos cabe analisar neste momento. Foi recebida pelo juiz - e aí sim o juiz competente - para análise do recebimento da denúncia.

Então, o importante procedimento de audiência de custódia foi realizado. Quando o Supremo Tribunal Federal assinou convênios em São Paulo, nós, na Secretaria de Segurança Pública, instalamos rapidamente a audiência de custódia como *habeas corpus* social, porque, independentemente da classe econômica, das condições de rapidamente contratar um advogado, todos serão levados à presença de um juiz. Para quê? Para analisar a legalidade ou não da prisão. E foi exatamente o que aqui fez o juiz.

Então, nesses termos, eu acompanho integralmente Vossa Excelência, indeferindo a ordem.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, boa-tarde! Saúdo a eminente Sub-Procuradora Doutora Cláudia Sampaio Marques, a Ministra Rosa, o Ministro Marco Aurélio e cumprimento o Advogado, Doutor Marcelo Feller, por uma belíssima sustentação, sem trocadilho.

Presidente, malgrado o esforço meritório e de grande alcance argumentativo do Advogado, acho que a audiência de custódia, tal como prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, depois regulamentada pelo CNJ, até por iniciativa louvável do nosso Colega Ministro Ricardo Lewandowski quando lá esteve, envolve apenas um juízo preliminar acerca da legitimidade, necessidade da manutenção da prisão preventiva ou da possibilidade de relaxá-la ou substituí-la por medidas alternativas. Portanto, eu não penso, apesar do esforço louvável, que se possa equiparar a uma decisão de mérito; até porque o juízo preliminar de custódia, muitas vezes, nem sequer é feito pelo juiz natural da causa, como neste caso aqui, que me parece ter sido feito pelo juiz plantonista. Logo, não há como esta ser considerada uma decisão de mérito vinculante. E, como Vossa Excelência observou, o trancamento de ação penal é uma medida que adotamos com grande parcimônia, e aqui não me parece ser esse o caso.

De modo que, louvo muito genuinamente o trabalho do Advogado Doutor Marcelo Feller, cumprimentando-o pelo trabalho bem-feito. Mas, como dizia, em conclusão, Presidente, o trancamento nós sempre tratamos como uma medida excepcional, e aqui não há excepcionalidade que justifique esse tipo de provimento, acompanho Vossa Excelência na denegação da ordem.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, o Doutor Marcelo fez uma sustentação oral tão competente que quase me convenceu. Mas se trata, como Vossa Excelência muito bem observou, de um juízo de verossimilhança, aquele que foi emitido no momento do relaxamento da prisão na audiência de

custódia. E as decisões judiciais fundadas em juízo de verossimilhança não fazem coisa julgada material. De qualquer sorte, ainda que o processo penal comporte - porque está sempre em jogo o nosso bem maior, que é a liberdade - essas teses verdadeiramente criativas, entendo que não podemos nos afastar da consideração de que a eficácia do ato judicial se cinge aos limites da atuação judicial e do comando judicial, como ficou extremamente bem evidenciado no voto de Vossa Excelência, a quem eu também cumprimento.

Então, igualmente, denego a ordem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, a audiência de custódia foi realizada e o foi por órgão do Judiciário, pelo Estado-Juiz. Não há a menor dúvida: visa a audiência de custódia ter-se o exame da prisão em flagrante. E então, de duas, uma: ou se relaxa o flagrante ou se substitui - porque não é mais título para manter-se a custódia - pela prisão preventiva.

O que houve na espécie? O juiz afastou a prisão ou as prisões em flagrante, mas não se limitou a fazê-lo. Foi adiante, certo ou errado, com o vício de procedimento ou não, e assentou a atipicidade do fato.

Indaga-se: diante desse pronunciamento judicial é possível, posteriormente, a partir dos mesmos fatos, chegar-se ao recebimento da denúncia, instaurar-se um processo-crime contra aqueles que tiveram o afastamento das prisões e também crivo sobre a atipicidade das condutas? A meu ver, não! A segurança jurídica reclama que se observe esse pronunciamento. Poderia o Ministério Público, diante da decisão, ter protocolado recurso em sentido estrito. Não o fez; silenciou para, posteriormente, então ofertar a denúncia.

Entendo que se tem situação a reclamar o crivo do Judiciário, para manter-se o primado do Judiciário, para manter-se a almejada segurança jurídica.

Por isso, concedo a ordem, sem elogiar o ilustre Advogado, porque, quase sempre, quando o Juiz começa elogiando o advogado, acaba votando contra o constituinte.

### **Extrato de ata**

Decisão: A Turma, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: o Dr. Marcelo Feller pela Paciente, e a Dra. Cláudia Sampaio Marques, Subprocuradora-Geral da República, pelo Ministério Público Federal. Presidiu, este julgamento, o Ministro Luiz Fux, Vice-Presidente no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, 25.9.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

*Cintia da Silva Gonçalves* - Secretária da Primeira Turma.

(Publicado no *DJe* de 1º de março de 2019.)

• • •

## Órgão Especial

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.17.071766-4/000	Mand. de Segurança	Belo Horizonte	Estevão Lucchesi	73
1.0000.17.087502-5/000	Ação Dir.de Inconst..	Cambuí	Dárcio Lopardi Mendes	95
1.0000.18.052204-7/000	Mand. de Segurança	Passos	Audebert Delage	65
1.0103.14.000742-0/002	Arg.Inconst.	Caldas	Kildare Carvalho	59

## Jurisprudência Cível

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0000.16.086171-2/002	Ap. Cível	Uberaba	Corrêa Junior	401
1.0000.18.035084-5/001	Ap. Cível	São João Del-Rei	Ramom Tácio	349
1.0000.18.052786-3/001	Ap. Cível	Uberlândia	Pedro Bernardes	360
1.0000.18.053678-1/000	Confl.Competência	Barbacena	Alice Birchal	367
1.0000.18.058967-3/001	Ap. Cível	Cons. Lafaiete	Arnaldo Maciel	370
1.0000.18.067122-4/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Moreira Diniz	383
1.0000.18.070954-5/000	Agr. Instr. Cível	Poços de Caldas	Gilson Soares Lemes	386

1.0000.18.081770-2/001	Ap. Cível	Varginha	Marcos Henrique Caldeira Brant	398
1.0000.18.113737-3/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Evangelina Castilho Duarte	412
1.0000.18.121222-6/000	Confl.Competência	Timóteo	Bitencourt Marcondes	415
1.0015.15.004092-9/001	Ap. Cível	Além Paraíba	Amauri Pinto Ferreira	248
1.0015.17.003968-7/001	Ap. Cível	Além Paraíba	Carlos Levenhagen	242
1.0024.10.089853-5/001	Ap. Cível/Rem. Nec.	Belo Horizonte	Belizário de Lacerda	407
1.0024.11.264066-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Rogério Medeiros	439
1.0024.12.242196-9/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Tiago Pinto	435
1.0024.14.139478-3/001	Ap. Cível	Belo Horizonte	Maurício Pinto Ferreira	417
1.0024.14.316563-7/001	Ap. Cível/Rem. Nec.	Belo Horizonte	Edgard Penna Amorim	446
1.0027.09.202938-1/005	Ap. Cível	Betim	José Marcos Rodrigues Vieira	424
1.0034.16.001295-0/001	Ap. Cível	Araçuaí	Manoel dos Reis Morais	131
1.0079.11.012928-9/001	Rem. Nec. Cível	Contagem	Renato Dresch	314
1.0079.11.029640-1/001	Ap. Cível	Contagem	José Flávio de Almeida	338
1.0079.14.075393-4/001	Ap. Cível	Contagem	Shirley Fenzi Bertão	391
1.0120.15.001709-9/001	Rem. Nec. Cível	Candeias	Leite Praça	155
1.0166.10.002190-5/001	Ap. Cível	Cláudio	Estevão Lucchesi	169
1.0180.13.002197-5/001	Ap. Cível	Congonhas	Estevão Lucchesi	174
1.0183.12.014545-7/002	Ap. Cível	Conselheiro Lafaiete	Carlos Levenhagen	331
1.0209.13.005647-3/001	Ap. Cível	Curvelo	Paulo Balbino	270
1.0216.11.007169-5/007	Ap. Cível	Diamantina	Albergaria Costa	276
1.0261.14.014285-0/001	Ap. Cível	Formiga	Sérgio André da Fonseca Xavier	321
1.0261.15.003444-3/001	Ap. Cível	Formiga	Carlos Henrique Perpétuo Braga	225
1.0309.14.003052-4/001	Ap. Cível	Inhapim	Luiz Carlos Gomes da Mata	213
1.0342.13.010730-9/001	Ap. Cível	Ituiutaba	Juliana Campos Horta	294

1.0344.13.001651-4/001	Ap. Cível	Iturama	Raimundo Messias Junior	151
1.0349.14.001843-4/001	Ap. Cível	Jacutinga	José Augusto Lourenço dos Santos	164
1.0363.14.004483-7/001	Ap. Cível	João Pinheiro	Jair Varão	264
1.0378.10.000654-3/002	Ap. Cível	Lambari	Tiago Pinto	119
1.0384.12.009230-7/004	Ap. Cível	Leopoldina	Alberto Henrique	283
1.0392.17.002395-7/001	Ap. Cível	Malacacheta	Elias Camilo Sobrinho	187
1.0439.13.011043-0/002	Ap. Cível	Muriaé	Alice Birchall	298
1.0439.15.011564-0/001	Ap. Cível	Muriaé	Mônica Libânio Rocha Bretas	304
1.0440.14.000596-6/001	Ap. Cível	Mutum	Ana Paula Caixeta	113
1.0453.14.001527-3/001	Ap. Cível	Novo Cruzeiro	Hilda Teixeira da Costa	145
1.0461.16.001432-4/001	Ap. Cível/Rem. Nec.	Ouro Preto	Leite Praça	137
1.0481.15.005518-6/001	Ap. Cível	Patrocínio	Edilson Olímpio Fernandes	267
1.0487.13.004354-9/001	Ap. Cível	Pedra Azul	Moacyr Lobato	257
1.0518.15.014334-6/002	Ap. Cível	Poços de Caldas	Corrêa Junior	324
1.0520.13.003863-8/001	Ap. Cível	Pompéu	Roberto Soares de Vasconcellos Paes	232
1.0520.14.002531-0/001	Ap. Cível	Pompéu	Aparecida Grossi	191
1.0625.13.003018-6/001	Ap. Cível	São João del-Rei	Marcelo Rodrigues	196
1.0625.15.003026-4/001	Ap. Cível	São João del-Rei	Vicente de Oliveira Silva	206
1.0693.17.012292-5/001	Ap. Cível	Três Corações	Amorim Siqueira	309
1.0696.11.001114-0/001	Agr. Instr. Cível	Tupaciguara	Washington Ferreira	126
1.0696.11.003171-8/001	Ap. Cível	Tupaciguara	João Cânciao	217
1.0701.13.038083-8/001	Ap. Cível	Uberaba	Carlos Roberto de Faria	355
1.0701.14.030442-2/001	Ap. Cível	Uberaba	Alexandre Santiago	345
1.0702.15.063533-3/003	Agr. Instr. Cível	Uberlândia	Bitencourt Marcondes	379

## Jurisprudência Criminal

Número	Espécie	Comarca	Relator: Des.	Pág.
1.0024.07.576017-3/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Edison Feital Leite	585
1.0024.15.090045-4/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Paulo César Dias	575
1.0024.15.162955-7/001	Ap. Criminal	Belo Horizonte	Alberto Deodato Neto	578
1.0034.01.000726-7/001	Ap. Criminal	Araçuaí	Márcia Milanez	475
1.0035.15.018773-6/001	Ap. Criminal	Araguari	Agostinho Gomes de Azevedo	552
1.0035.18.000399-4/001	Agr. em Exec. Penal	Araguari	Eduardo Machado	456
1.0054.14.001445-4/001	Ap. Criminal	Barão de Cocais	Flávio Batista Leite	500
1.0079.01.017667-9/001	Ap. Criminal	Contagem	Antônio Carlos Cruvinel	544
1.0110.14.000309-3/001	Ap. Criminal	Campestre	Octavio Augusto de Nigris Boccalini	450
1.0145.16.014321-3/002	Ap. Criminal	Juiz de Fora	Doorgal Borges Andrada	527
1.0183.05.083565-5/001	Ap. Criminal	Cons.Lafaiete	Corrêa Camargo	569
1.0209.14.009757-4/001	Ap. Criminal	Curvelo	Catta Preta	518
1.0313.17.001259-2/001	Ap. Criminal	Ipatinga	Paulo Calmon Nogueira da Gama	486
1.0395.17.002526-0/001	Ap. Criminal	Manhumirim	Adilson Lamounier	506
1.0396.17.000565-8/001	Ap. Criminal	Mantena	Denise Pinho da Costa Val	461
1.0518.12.016825-8/001	Ap. Criminal	Poços de Caldas	Doorgal Borges Andrada	541
1.0518.16.008375-5/001	Ap. Criminal	Poços de Caldas	Matheus Chaves Jardim	514
1.0521.16.013118-6/001	Ap. Criminal	Ponte Nova	Cássio Salomé	523
1.0527.13.001401-4/001	Ap. Criminal	Prados	Alexandre Victor de Carvalho	495
1.0647.07.073529-3/001	Agr. em Exec. Penal	São Seb.do Paraíso	Beatriz Pinheiro Caires	566
1.0672.13.043375-4/001	Ap. Criminal	Sete Lagoas	Jaubert Carneiro Jaques	561



## Superior Tribunal de Justiça

Número	Espécie	Relator:	Pág.
1.683.375-SP	Recurso Especial	Ministra Maria Thereza de Assis Moura	596
1.713.167-SP	Recurso Especial	Ministro Luis Felipe Salomão	605

## Supremo Tribunal Federal

Número	Espécie	Relator:	Pág.
157.306SP	<i>Habeas Corpus</i>	Ministro Luiz Fux	647
740.029-DF	Agr. Reg.no Recurso Extraordinário	Ministro Alexandre de Moraes	634

- A -

**ABUSO DE INCAPAZES**

Pessoa idosa portadora de transtorno mental - Transferência de recursos financeiros - Crime tentado - Autoria - Materialidade - Dolo - Prova - Condenação .....450

**ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA**

Imóvel rural - Compra e venda - Instrumento público de procuração - Cumprimento integral da avença - Falecimento do outorgado antes da assinatura da escritura - Responsabilidade do outorgante - Procedência do pedido.....213

**AÇÃO ANULATÓRIA**

Compensação ambiental - Legitimidade passiva - Renovação de licença de operação - Atividades de base de armazenamento e distribuição de lubrificantes e combustíveis - Imposição de condições - Reparação de impacto ao meio ambiente - Improcedência do pedido ..... 401

Locação - Imissão na posse - Cumulação de pedidos - Adquirentes do imóvel - Sub-rogação nos direitos do proprietário anterior - Legitimidade ativa - Cláusula de vigência - Prévia indisponibilidade do bem - Averbação na matrícula - Valor irrisório de aluguel - Simulação - Nulidade - Perdas e danos.....283

Testamento - Casal homoafetivo - Entidade familiar - Reprodução assistida - Morte do companheiro - Reconhecimento de filiação em testamento - Paternidade socioafetiva e biológica - Multiparentalidade - Improcedência do pedido.....196

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Transporte coletivo municipal - Implantação do sistema eletrônico de integração - Bilhetagem eletrônica - Cartão magnético - Carga mínima - Venda casada - Descabimento - Dano moral coletivo - Inexistência .....331

Dano ambiental - Novo Código Florestal - Inaplicabilidade às condutas anteriores a sua vigência - Manutenção da ilicitude das condutas anteriores à vigência da nova norma - Área de preservação permanente degradada - Compensação e reparação .....270

Dano ao meio ambiente - Imóvel rural - Queimada - Regeneração integral da região devastada - Área não considerada de preservação permanente ou reserva legal - Registro no CAR - Inexistência de dano irreparável - Improcedência do pedido.....155

Improbidade administrativa - Contratação de assessor jurídico - Modalidade convite - Proposta única - Simulação de licitação - Dolo - Revogação do ato - Irrelevância - Princípios da moralidade e publicidade - Violação.....276

Plano de saúde coletivo - Rompimento do vínculo entre operadora e empresa instituidora - Acordo de vontades - Inexistência de defeito na prestação de serviço - Dano - Nexo causal - Ausência de prova - Improcedência do pedido..... 360

**AÇÃO DE ANULAÇÃO - Use: AÇÃO ANULATÓRIA****AÇÃO DE COBRANÇA**

Empréstimo consignado - Servidor público estadual - Desconto de parcela não efetivado - Rescisão contratual - Não cabimento - Pretensão de recebimento das parcelas em atraso - Alongamento do contrato - Fortuito interno - Risco da atividade.....345

Município - Licitação - Pregão - Contrato administrativo - Fornecimento de mercadorias e serviços contratados - Suposto superfaturamento - Ausência de procedimento administrativo - Redução unilateral do valor ou ausência de pagamento - Locupletamento.....137

Pensão por mortes - Pagamento retroativo das diferenças dos valores - Segurado do IPISM - Filho maior incapaz - Direito ao valor integral dos vencimentos - Juros de mora - Correção monetária.....407

Seguro de vida - Período de carência - Suicídio do segurado - Não transcurso do biênio legal - Prova da premeditação - Irrelevância - Devolução da reserva técnica - Obrigação da seguradora ..... 321

Taxa de condomínio - Ação proposta pelo condomínio contra o promissário comprador - Ausência de citação do locatário - Inexistência de litisconsórcio passivo necessário - Não ocorrência de nulidade.....435

### **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Use: INDENIZAÇÃO**

#### **AÇÃO DECLARATÓRIA**

Nulidade de negócio jurídico - Captação de crédito - Empréstimo consignado - Pessoa analfabeta - Assinatura a rogo - Ausência de procuração por instrumento público - Inexistência de dívida.....131

Nulidade de sentença - *Querela nullitatis* - Ação de cobrança de taxa condominial - Inexistência de litisconsórcio passivo necessário - Ausência de citação do locatário - Improcedência do pedido.....435

#### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Lei municipal nº 1.288/2017 - Município de Córrego do Bom Jesus - Agente público - Cargos em comissão - Conduta configuradora de hipótese de inelegibilidade - Vedação de nomeação - Inexistência de vício de iniciativa - Improcedência da representação.....95

### **AÇÃO INDENIZATÓRIA - Use: INDENIZAÇÃO**

#### **AÇÃO ORDINÁRIA**

Acidente em rua - Ação proposta contra Município e proprietários de edifício - Condomínio - Inexistência de síndico - Citação de apenas um condômino - Nulidade..... 355

#### **AÇÃO REIVINDICATÓRIA**

Indenização - Cumulação de pedidos - Rodovia federal - Faixa de domínio - Passarela construída em área *non aedificandi*.....314

**ALVARÁ JUDICIAL**

Registro de escritura pública - Bem imóvel - Lote - Matrícula inscrita no registro público - Área inferior ao mínimo - Lei de parcelamento do solo urbano - Direito de propriedade e de moradia - Dignidade da pessoa humana - Deferimento do pedido.....242

**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

Justiça gratuita - Concessão em sede de apelação - Prova da insuficiência financeira da parte apelante - Efeito não retroativo.....206

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA**

Prisão em flagrante - Decisão circunscrita à regularidade da construção - Inexistência de coisa julgada - Ausência de óbice para oferecimento da denúncia pelos mesmos fatos (STF).....647

- C -

**CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS**

Área de reserva legal obrigatória - Inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural - Novo Código Florestal - Dispensa de averbação no registro de imóveis.....155

**CASA DE PROSTITUIÇÃO**

Tipicidade - Exploração sexual - Elemento normativo do tipo - Violação à dignidade sexual e tolhimento à liberdade da pessoa - Inexistência - Fato atípico - Absolvição (STJ).....596

**CÓDIGO CIVIL**

Arts. 104, III, 166, IV - Contrato escrito - Pessoa iletrada - Assinatura a rogo - Necessidade de instrumento público de representação - Forma prescrita em lei.....131

Arts. 186, 187, 927 - Ato ilícito - Culpa - Dano - Nexo causal - Dever de indenizar .....151, 164, 248, 314

Art. 188 - Exercício regular de direito - Ofensa à honra e à dignidade - Configuração de ato ilícito.....191, 217

Art. 198, I - Prazo prescricional - Não fluência contra os absolutamente incapazes.....	407
Art. 413 - Cláusula penal - Valor excessivo - Redução pelo juiz - Consideração da natureza e finalidade do negócio.....	119
Art. 476 - Exceção do contrato não cumprido - Contrato bilateral - Não cumprimento da obrigação por uma das partes - Inexigibilidade do cumprimento da avença pela outra parte.....	232
Arts. 734, 735 - Transporte de pessoas - Responsabilidade do transportador por danos aos passageiros e suas bagagens - Caso fortuito ou força maior - Hipóteses excludentes de responsabilidade.....	309
Art. 786 - Seguradora - Pagamento de indenização - Sub-rogação nos direitos e ações do segurado contra o autor do dano.....	383
Art. 797, parágrafo único, 798 - Seguro de vida - Prazo de carência - Negativa de cobertura - Morte do segurado - Critério objetivo temporal - Devolução da reserva técnica ao beneficiário.....	321
Art. 944 - Fixação do <i>quantum</i> indenizatório - Extensão do dano .....	113, 304
Arts. 1.583 a 1.590 - Aplicação analógica - Direito de guarda e visita - Animal de estimação - Interesse das partes - Tutela do afeto das pessoas (STJ).....	605
Art. 1.723 - União estável - Relacionamento afetivo público, contínuo, estável, com intenção de constituição de família - Requisitos cumulativos.....	324
<b>CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b>	
Lei 8.078/1990, arts. 2º, 3º, 6º, X, 17, 22, parágrafo único - CDC - Responsabilidade do fornecedor - Vítimas do evento - Equiparação a consumidor - Prestação de serviço público adequado, eficaz, seguro e serviço essencial contínuo - Direito do consumidor.....	257
Lei 8.078/1990, arts. 2º, 3º, 14, § 1º - CDC - Prestação de serviços bancários - Relação de consumo - Instituição financeira- Responsabilidade objetiva.....	391

Lei 8.078/1990, art. 6º - CDC - Hipossuficiência técnica do consumidor - Ausência de prova - Inversão do ônus da prova - Não cabimento.....424

Lei 8.078/1990, art. 14 - Falha na prestação de serviços - Dano ao consumidor - Fornecedor de serviço - Responsabilidade objetiva.....206

Lei 8.078/1990, art. 14 - CDC - Fornecedor de serviços - Abordagem injusta e abusiva de cliente por preposto da empresa - Prestação de serviço defeituoso - Reparação dos danos causados ao consumidor - Responsabilidade objetiva.....191

Lei 8.078/1990, art. 14, § 3º - CDC - Excludente de responsabilidade civil do fornecedor - Culpa exclusiva da vítima.....349

Lei 8.078/1990, arts. 39, 42 - CDC - Venda casada - Prática abusivas - Repetição do indébito - Devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente do consumidor.....331, 398

Lei 8.078/1990, art. 42, parágrafo único - CDC - Relação de consumo - Cobrança de quantia indevida - Repetição do indébito.....131

Lei 8.078/1990, art. 51, § 1º, II, III - CDC - Cláusula contratual - Vantagem exagerada - Restrição de direitos e obrigações inerentes à natureza do contrato - Cláusula excessivamente onerosa para o consumidor.....174

### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973**

Art. 100, IV, *a* - CPC/1973 - Competência do foro do lugar - Sede em que for ré a pessoa jurídica.....412

### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015**

Art. 85, § 3º, I - CPC/2015 - Honorários de sucumbência - Honorários advocatícios - Arbitramento.....257

Art. 86 - CPC/2015 - Sucumbência recíproca - Distribuição dos ônus sucumbenciais..... 417



Arts. 98, § 3º, 99, § 7º - CPC/2015 - Justiça gratuita - Pessoa jurídica - Requerimento em sede de apelação - Inexigibilidade de pagamento imediato do preparo recursal - Concessão do benefício - Suspensão da exigibilidade.....206

Arts. 119, 138 - CPC/2015 - Intervenção de terceiros - Assistência - Necessidade de interesse jurídico no processo - *Amicus curiae* - Interesse restrito às partes - Inexistência de relevância da matéria ou repercussão social.....126

Art. 229 - CPC/2015 - Litisconsortes com procuradores diversos integrantes de escritórios de advocacia diferentes - Contagem em dobro dos prazos para manifestação nos autos.....283

Art. 489, § 1º, IV - CPC/2015 - Sentença - Fundamentação - Enfrentamento das matérias relevantes para o julgamento - Inexistência de nulidade.....424

Art. 1.012, § 1º, V - Recebimento do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo.....360

Art. 1.013, § 3º, I - CPC/2015 - Extinção do processo sem resolução do mérito - Teoria da causa madura - Apreciação do mérito pelo Tribunal - Princípios da efetividade e da celeridade do processo.....187

## CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Arts. 310, 319, 647 e ss. - CPP. - *Habeas corpus* - Prisão em flagrante - Audiência de custódia (STF) .....647

Arts. 384, 569, 571, I, 593, III - CPP - Aditamento da denúncia - Omissões - Suprimento - Processo de competência do júri - Arguição de nulidade - Fase de alegações finais - Apelação criminal - Conhecimento.....475

Art. 441 - CPP - Vedação de desconto no vencimento ou salário de jurado - Serviço prestado ao Tribunal do Júri .....446

Art. 804 - CPP - Justiça gratuita - Custas processuais - Efeito da condenação - Suspensão da exigibilidade - Juízo da Execução ..... 461

**CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO**

Lei 9.503/1997, art. 50 - CTB - Faixas laterais de domínio e áreas adjacentes a estradas e rodovias - Utilização com observância às condições de segurança do trânsito .....314

Lei 9.503/1997, arts. 28, 29, X, 34, 186 203 - CTB - Atenção e cuidado indispensáveis à segurança do trânsito - Normas para ultrapassagem - Contramão direcional para ultrapassagem - Dever de cuidado.....248

**CÓDIGO FLORESTAL**

Lei 12.651/2012 - Área de reserva legal obrigatória aos imóveis rurais - Inscrição no Cadastro Ambiental Rural - Dispensa de averbação no Cartório de Registro de Imóveis.....155

**CÓDIGO PENAL**

Arts.30,155,§§2º,4º,II,IV,347,parágrafoúnico-Furtoqualificado-Abusodeconfiança-Circunstânciade caráter pessoal - Concurso de pessoas - Privilégio - Fraude processual.....500

Arts. 33, *caput*, §§ 2º, *b, c*, 3º; 217-A - Estupro de vulnerável - Crime hediondo - *Quantum* da pena - Tráfico privilegiado - Regime semiaberto - Posse irregular de munição de uso permitido - Pena de detenção - Regime aberto .....486

Arts. 33, § 2º, *c*, 44, 250, § 1º, II, *b* - Incêndio em edifício público - Causa de aumento de pena - - *Quantum* da pena - Réu primário - Ausência de antecedentes criminais - Substituição da pena corporal - Regime aberto.....523

Art. 121, §§2º,II,IV,VI,2º-A,I, - Homicídio qualificado - Motivo fútil - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Femicídio - Condição de sexo - Violência doméstica e familiar.....552

Art. 121, § 2º, III, IV, *c/c* 14, II - Tentativa de homicídio qualificado - Meio cruel - Recurso que dificultou a defesa da vítima - Condenação.....475

Art. 121, *c/c* art. 70 - Homicídio na condução de veículo automotor - Dolo eventual - Pluralidade de vítimas - Concurso formal.....527

Art. 129, §2º, IV - Lesão corporal gravíssima - Deformidade permanente.....495

Arts. 157, § 2º, I, II, V, 158, § 1º - Roubo majorado - Emprego de arma de fogo - Concurso de agentes - Restrição à liberdade da vítima - Extorsão qualificada.....544

Art. 173, c/c art. 14, II - Abuso de incapazes - Crime tentado - Pessoa idosa portadora de debilidade mental - Condenação.....450

Art. 184, §2º - Violação de direito autoral - Exposição à venda de mídias falsificadas.....569

Art. 229 - Manutenção de casa de prostituição - Exploração sexual - Elementar do tipo - Lei 12.015/2009 (STJ).....596

Art. 299 - Falsidade ideológica.....561

## COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Tráfico de drogas - Processamento e julgamento na Justiça Comum - Desclassificação para crime de menor potencial ofensivo - Fase recursal - Não remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal - Princípio da *perpetuatio jurisdictionis* .....506

## COMPRA E VENDA

Bem imóvel - *Pacta sunt servanda* - Relativização - Princípio da boa-fé objetiva - Princípio do equilíbrio econômico - Função social do contrato - Princípio da boa-fé objetiva.....169

## CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO

Transporte coletivo - Integração - Tarifa em dinheiro - Quebra do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste - Imposição do número de crédito no cartão magnético - Venda casada - Devolução em dobro.....331

Energia elétrica - Descarga atmosférica - Caso fortuito - Não ocorrência - Danos a aparelhos elétricos - Serviço defeituoso - Dever de indenizar.....383

**CONCORRÊNCIA DESLEAL**

Não configuração - Uso de marca mista - Expressão corriqueira - Ausência de má-fé.....439

**CONCURSO PÚBLICO**

Servidor público - Posse e exercício - Determinação por decisões precárias - Concessão de aposentadoria voluntária - Teoria do fato consumado - Inadequação do tema 476 fixado no RE 608.482 (STF).....634

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

Juizado Especial da Fazenda Pública - Indenização por dano moral - Agressão física em sala de aula - Estabelecimento de ensino da rede municipal - - Incapaz como parte - Polo ativo - Inexistência de vedação.....367

Juizado Especial da Fazenda Pública - Proveito econômico pretendido superior a sessenta salários mínimos - Competência da Justiça Comum.....415

**CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

Art. 36 - Caráter contributivo e solidário do regime próprio de previdência para fins de aposentadoria.....73

Art. 66, III - Iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo - Criação de cargo e função pública - Remuneração de servidor público.....95

Arts. 145, 150, IV - Instituição de taxa - Exercício do poder de polícia - Base de cálculo - Custo da atividade estatal vinculada ao fato gerador.....59

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

Art. 5º, XII - Quebra de sigilo telefônico - Hipóteses restritivas - Esfera penal.....417

Art. 5º, XXXVIII - Tribunal do Júri - Conselho de Sentença - Princípio da soberania do veredicto .....475, 552

Art. 5º, LXXIV - Assistência judiciária integral e gratuita - Necessidade de prova da insuficiência de recursos financeiros..... 370

Art. 5º, LXXVIII - Razoável duração do processo no âmbito judicial e administrativo - Meios para a celeridade da tramitação do processo - Garantia constitucional (STF).....	634
Arts. 23, VI, 24, VI, 30, I - Município - Legislação de interesse local - Proteção do meio ambiente e combate à poluição - Competência comum - Competência concorrente.....	578
Art. 37, § 4º - Ato de improbidade administrativa - Sanções.....	276
Art. 37, § 6º - Responsabilidade objetiva do ente público - Prática de ato ilícito.....	113
Art. 37, XXI, § 6º - Processo de licitação - Manutenção das condições efetivas da proposta - Equilíbrio econômico-financeiro do contrato - Danos causados a terceiros - Dever de ressarcimento.....	331
Art. 40, §§ 4º, 5º - Normas autoaplicáveis - Pensão por morte - Valor correspondente à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido.....	407
Art. 93, IX - Decisões judiciais - Necessidade de fundamentação - Sentença - Fundamentação sucinta - Ausência de nulidade.....	349
Art. 150, VI, a - Imunidade tributária - Sociedade de economia mista - Fornecimento de energia elétrica - Caráter público e essencial do serviço prestado - Imóvel vinculado à finalidade essencial - IPTU - Cobrança - Não cabimento.....	267
Art. 225 - Direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - Defesa e proteção do meio ambiente.....	155
Art. 225, § 1º, VII - Proteção à fauna - Preservação das espécies.....	605
Art. 226, § 3º - União estável - Entidade familiar.....	324
Art. 226, § 7º - Entidade familiar - Paternidade responsável.....	196

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO**

TV a cabo - Inadimplemento - Rescisão contratual - Cobrança indevida - Restituição em dobro - Não cabimento - Ausência de má-fé - Juros de mora - Correção monetária - Termo inicial.....417

**CONTRAVENÇÃO PENAL**

Omissão de cautela na guarda e condução de animal perigoso - Ataque a cão por *pitbull* em via pública - Risco à integridade física das pessoas - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação.....541

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA**

Caráter contributivo e solidário - Regime próprio de previdência - Servidor público - Ilícito administrativo - Apuração na esfera criminal - Aposentadoria - Direito adquirido - Cassação - Enriquecimento ilícito do erário.....73

**CRIME AMBIENTAL - Use: CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE**

**CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL Use: ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

**CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

Sonegação fiscal - ICMS - Autodenúncia - Sócio administrador - Vendedor e *design* da empresa - Contrato social - Dolo - Ausência de prova - Absolvição.....575

**CRIME CONTRA A PROPRIEDADE IMATERIAL - Use: VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL**

**CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL - Use: VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL**

**CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Induzir consumidor a erro - Afirmções falsas quanto à natureza do negócio jurídico - Anúncio publicitário - Obtenção de vantagem ilícita em prejuízo do consumidor - Estelionato - Não configuração - Condenação.....585

**CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE**

Destruição e corte de árvores em floresta considerada de preservação permanente- Circunstância elementar não descrita na denúncia - Atipicidade - Absolvição - Conduta dificultadora para regeneração natural da vegetação ciliar - Princípio da insignificância - Inaplicabilidade - Condenação.....514

Poluição atmosférica - Crime material - Dano à saúde humana - Ausência de prova - Absolvição - Poluição sonora - Responsabilidade do gerente operacional - Pessoa jurídica - Crime continuado - .....578

**CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO Use: EXTORSÃO, FURTO QUALIFICADO, ROUBO,****CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA - Use: FEMINICÍDIO,, HOMICÍDIO, HOMICÍDIO QUALIFICADO****- D -****DANO AO MEIO AMBIENTE**

Edificação em área de preservação permanente - Bem de caráter coletivo - Ação civil pública - Pretensão de reparação do dano - Imprescritibilidade - Inversão do ônus da prova - Princípio da precaução - Princípio do *in dubio pro natura*..... 379

**DANO MATERIAL - Use também: DANOS MORAIS E MATERIAIS****DANO MORAL - Use também: DANOS MORAIS E MATERIAIS****DANOS MORAIS E MATERIAIS - Use também: DANO MORAL, DANO MATERIAL****DENUNCIAÇÃO DA LIDE**

Antigo proprietário - Dano ambiental - Indenização - Responsabilidade civil objetiva - Obrigação *propter rem* - Indeferimento do pedido..... 379

**DESPESA DE CONDOMÍNIO**

Taxa de condomínio - Responsabilidade do proprietário do imóvel - Obrigação *propter rem* - Contrato de locação - Vinculo entre as partes ..... 435



**DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Divulgação de fato criminoso - Denunciado absolvido - Tutela inibitória - Retirada da notícia - Princípio da dignidade da pessoa humana.....294

**DIREITO EMPRESARIAL**

Plano de recuperação judicial - Prazos e condições especiais - Assembleia de credores - Aprovação - Homologação - Controle de legalidade - Impossibilidade de controle de viabilidade econômica.....386

- E -

**EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

IPTU - CEMIG - Sociedade de economia mista - Prestação de serviço público essencial - Imunidade tributária recíproca - Extinção do processo executivo.....267

**EMBARGOS DE TERCEIRO**

Defesa da meação - Bem imóvel - Inventário - Alegação de aquisição conjunta - Convivente falecida - União estável *post mortem* - Insuficiência de prova - Sociedade de fato - Possibilidade de partilha mediante prova do esforço comum - Improcedência do pedido.....324

**EMPRÉSTIMO BANCÁRIO**

Consignação em folha de pagamento não efetivada - Falta de margem consignável - Ausência de responsabilidade do consumidor - Servidor público - Alongamento automático do prazo do contrato - Previsão contratual.....345

**ENTIDADE FAMILIAR**

Ampliação da tutela normativa às formas de manifestação da parentalidade - Casal homoafetivo - ADI 4.277 e ADPF 132 STF.....196

**ESCRITURA PÚBLICA**

Outorga - Contrato de compra e venda - Bem imóvel - Procuração pública - Inexistência de vício - Validade do negócio jurídico - Cumprimento do contrato pelos compradores - Morte do outorgado antes da assinatura da escritura - Obrigação do outorgante.....213

**ESTATUTO DO DESARMAMENTO**

Lei 10.826/2003, art 12 - Posse irregular de arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido -  
 Condenação.....486

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Autoria - Materialidade - Prova - Menor de quatorze anos - Vulnerabilidade - **Ciência da idade da vítima**  
 - Erro de tipo - Não configuração - Posse irregular de munição - Tráfico de drogas - Concurso material -  
 Condenação.....486

**EXECUÇÃO DA PENA**

Cumprimento da pena em regime semiaberto - Concessão de saídas temporárias - Não preenchimento  
 do requisito objetivo - Revogação - Compensação do período indevidamente usufruído - Ausência  
 de previsão legal.....456

Falta grave - Prática de novo crime doloso - Regressão de regime prisional por salto - Regime fechado.....566

- F -

**FALSIDADE IDEOLÓGICA**

Apresentação como pessoa diversa perante órgão de trânsito - Exame de reciclagem de condutor infrator  
 - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação.....561

**FAZENDA PÚBLICA**

Condenação - Correção monetária - Indexador - Índices oficiais de remuneração básica da caderneta de  
 poupança - Juros de mora a partir da citação - Aplicabilidade do art. 1º-F, da Lei 9.494/1997, com redação  
 dada pela Lei 11.960/2009.....137

**FEMINICÍDIO**

Crime qualificado - Homicídio praticado contra a mulher por sua condição de sexo feminino.....552

**FIXAÇÃO DA PENA**

Circunstância judicial desfavorável - Circunstância do crime - Exacerbação da pena-base - Redução.....495

Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Exacerbação da pena-base - Redução - Circunstância atenuante - Confissão espontânea - Circunstância agravante - Reincidência - Compensação - Regime fechado.....561

Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Culpabilidade - Consequências do crime - Redução da pena-base - Regime fechado.....527

Crime ambiental - Poluição sonora em área urbana e em período noturno - Circunstâncias agravantes - Regime aberto.....578

Penas-base fixadas pouco acima do mínimo legal - Circunstância judicial desfavorável - Maus antecedentes - Concurso material - Causas de aumento de pena - Regime fechado.....544

*Quantum* da pena - Réu reincidente - Regime fechado.....518

**FRAUDE PROCESSUAL**

Descarte de aparelho celular na viatura policial - Atipicidade da conduta.....500

**FURTO QUALIFICADO**

Concurso de agentes - Abuso de confiança - Circunstância de natureza subjetiva - Não comunicação - Furto privilegiado - Primariedade - Pequeno valor da *res furtiva*.....500

- G -

**GUARDA**

Pensão por morte da avó- Cumulação de pedidos - Prestação de assistência suplementar aos netos - Pai - Dificuldade econômica - Regular exercício do poder familiar - Improcedência dos pedidos.....264

## **HABEAS CORPUS**

Associação criminosa - Corrupção de menores - Valoração e exame minucioso da prova - Inadmissibilidade - Prisão em flagrante - Audiência de apresentação - Ausência de juízo acerca do mérito da ação penal - Constrangimento ilegal - Não configuração - Trancamento da ação penal - Denegação da ordem (STF).....647

## **HOMICÍDIO**

Acidente de trânsito - Dolo eventual - Ingestão de bebida alcoólica - Excesso de velocidade - Contramão direcional - Concurso formal - Condenação.....527

## **HOMICÍDIO QUALIFICADO**

Feminicídio - Legítima defesa da honra - Homicídio privilegiado - Não reconhecimento - Tribunal do Júri - Conselho de Sentença - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Soberania do veredicto.....552

Tentativa - Negativa de autoria - Tribunal do Júri - Conselho de Sentença - Decisão contrária à prova dos autos - Opção por uma das versões constantes dos autos - Súmula 28 do TJMG - Condenação.....475

IMPOSTO - Use: **ICMS, IPTU**

## **INCÊNDIO**

Fogo em cela de presídio -4 Exposição a perigo concreto da vida, da integridade física ou do patrimônio de terceiro - Autoria - Materialidade - Prova - Dolo - Desclassificação para o crime de dano - Inviabilidade - Condenação.....523

## **INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

Ação anulatória - Lançamento de tributo - Art. 272, Tabela II, da Lei municipal 2.235/2013 - Município de Caldas - Elevação de base de cálculo e alíquota - Ausência de justificativa - Violação ao princípio do não confisco.....59

## INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

Indenização - Acidente de trânsito - Processamento e julgamento de ação contra Município de outro Estado da Federação - Autonomia dos entes federados - Preliminar instalada de ofício.....412

## INDENIZAÇÃO

Ação regressiva - Seguradora - Dano material - Empresa concessionária de energia elétrica - Descarga atmosférica - Oscilação na rede elétrica - Defeito na prestação de serviço - Procedência do pedido.....383

Contrato bilateral - Obrigação sinalagmática - *Exceptio non adimpleti contractus* - Cumprimento parcial ou defeituoso - Inadimplemento - Improcedência do pedido.....232

Contrato de transporte de pessoas - Empresa transportadora - Responsabilidade objetiva - Roubo - Assalto a ônibus - Fortuito externo - Exclusão de responsabilidade civil - Dever de indenizar - Inexistência.....309

Dano material - Aquisição de imóvel - Construção de muro de arrimo pelo comprador - Obra essencial à utilização do bem com segurança - Inércia da construtora - Dever de indenizar.....169

Dano material - Construção de passarela pelo Poder Público - Utilização de frente de imóvel particular - Desvalorização do bem imóvel - Violação ao direito de propriedade - Dever de indenizar.....314

Dano material - Falha na prestação de serviço - Perfuração de poço para extração de água mineral em local diverso do autorizado pelo órgão competente - Reembolso do valor despendido - Lucros cessantes - Necessidade de prova - Dano moral - Não ocorrência.....225

Dano moral - Abordagem policial em estabelecimento comercial - Crime contra a propriedade intelectual - Não ocorrência de má-fé ou excesso pelo denunciante - Reconvenção - Danos morais e materiais por oferecimento de queixa - Exercício regular de direito.....217

Dano moral - Caracterização *in re ipsa* - Acidente de trânsito - Ultrapassagem próximo a curva - Contramão direcional - Culpa presumida - Negligência - Imprudência - Proprietário do veículo - Legitimidade passiva - Teoria da asserção - *Quantum* indenizatório.....248

Dano moral - Concessionária de serviço público - Interrupção no fornecimento de água por longo tempo - Caso fortuito - Força maior - Não ocorrência - Negligência - Dever de cuidado - <i>Quantum</i> indenizatório - Correção monetária - Juros de mora - Termo inicial.....	257
Dano moral - Erro médico - Implantação de parafuso em tornozelo - Soltura - - Falha cirúrgica - Conduta médica após cirurgia - Ato ilícito - Culpa - Negligência - Dano - Nexo causal - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação.....	424
Dano moral - Estabelecimento comercial - Abordagem injusta e abusiva de cliente - Imputação de prática de furto - Acusação injusta - Constrangimento perante terceiros - Ofensa ao direito da personalidade.....	191
Dano moral - Não configuração - Município - Não fornecimento de insumo alimentar a paciente - Ausência de dano - Não ofensa à honra ou imagem.....	298
Dano moral - Não configuração - Notícia de fato criminoso - Absolvição do denunciado - Manutenção da notícia na plataforma <i>on line</i> - Inexistência de ofensa à honra e à intimidade.....	294
Dano moral - Negativa de tratamento de quimioterapia - Agravamento do estado psicológico e angústia do segurado - Ato ilícito - Morte do autor - Transmissão do direito à reparação do dano imaterial aos herdeiros - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação.....	174
Dano moral - Prisão ilegal - Responsabilidade civil do Estado - Dever de indenizar - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação - Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade - Juros de mora - Correção monetária.....	113
Dano moral - Reiteração da prática de <i>bullying</i> em escola - Agressões físicas e verbais - Nexo causal - Dever de indenizar - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação.....	145
Dano moral - Rescisão contratual - Plano de saúde coletivo - Frustração da expectativa do usuário - Serviço defeituoso - Inexistência - Dano - Nexo causal - Ônus da prova - Dever de indenizar - Não configuração.....	360

Dano moral - Violação de capela particular - Cemitério público - Município - Culpa <i>in vigilando</i> - <i>Quantum</i> indenizatório - Majoração - Critério de fixação - Correção monetária - Juros de mora.....	151
Dano moral - Xingamentos - Exposição a situação vexatória - Constrangimento - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação - Extensão do dano - Correção monetária - Juros de mora.....	164
Danos morais e materiais - Compra de produto pela internet - Emissão de boleto falso - Pagamento efetuado - Produto não entregue - Fortuito interno - Dano moral - <i>Quantum</i> indenizatório - Princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.....	304
Danos morais e materiais - Dano ambiental - Pretensão reparatória imprescritível - Bem jurídico indisponível e fundamental.....	379
Danos morais e materiais - Demolição por particular de obra edificada por outrem - Ato ilícito - Prova - <i>Quantum</i> indenizatório - Critério de fixação.....	370
Danos morais e materiais - Descontos no salário de jurado - Ato ilícito - Serviço obrigatório do júri - Comparecimento à sessão do Tribunal do Júri - Procedência dos pedidos.....	446
Danos morais e materiais - Empréstimo bancário - Pessoa analfabeta - Descontos irregulares no benefício previdenciário - Dever de indenizar - Cobrança indevida - Repetição do indébito - Dano moral - Critério de fixação.....	131
Danos morais e materiais - Extravio de bagagem - Culpa exclusiva do consumidor - Furto de objetos - Ônus da prova - Transporte de réplica de arma de fogo - Material proibido - Improcedência do pedido.....	349
Danos morais e materiais - Falha na prestação de serviço - Ato ilícito - Saque em banco - Roubo nas imediações - Relação de consumo - Adoção de medidas protetivas - Inversão do ônus da prova - Responsabilidade objetiva.....	391
Danos morais e materiais - Locação de roupas para casamento religioso - Entrega aos nubentes de material impróprio ao uso - Prestação de serviço defeituoso - Prejuízo material - Dano moral - Critério de fixação - Dever de indenizar.....	206



Perdas e danos - Nulidade do contrato de locação - Fiança - Fiadores - Legitimidade passiva.....283

## **INTERESSE PROCESSUAL - Use: INTERESSE DE AGIR**

### **INTERVENÇÃO DE TERCEIROS**

Assistência - Conselho Federal da OAB - Ação civil pública - Improbidade administrativa - Escritório de advocacia - Contratação com o Poder Público - Ausência de licitação - Inexistência de interesse jurídico - Indeferimento do pedido.....126

**- J -**

### **JUSTIÇA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE**

Ações judiciais - Isenção de custas e emolumentos - Honorários advocatícios.....298

**- L -**

### **LEGISLAÇÃO**

Decreto estadual 43.932/2004, arts. 2º, 3º - Estabelecimento de 15m de área não edificante ao longo de rodovia - Preservação do meio ambiente e do patrimônio público.....314

Decreto estadual 45.175/2009, art. 7º, § 1º - Regulamentação da Lei federal 9.985/2000.....401

Emenda Constitucional 3/1993 - CF - Contributividade para a Previdência imposta aos servidores públicos federais.....73

Emenda Constitucional 20/1998 - CF - Contribuição previdenciária facultada aos servidores estaduais e municipais.....73

Emenda Constitucional 41/2003 - CF - Contribuição previdenciária recolhida pelo Estado - Destinação - Custeio de aposentadoria de forma compulsória.....73

Lei 5.406/1969 - Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.....	73
Lei 6.766/1979, art. 4º, II - Lei de parcelamento do solo urbano - Interpretação em consonância com garantias fundamentais inseridas na Constituição.....	242
Lei 6.938/1981, arts. 4º, 14 - Objetivos da política nacional do meio ambiente - Danos causados pela degradação da qualidade ambiental - Penalidades.....	155
Lei 7.102/1983, regulamentada pelo Decreto 89.056/1983 - Estabelecimentos financeiros - Fixação de regras sobre adoção de sistema de segurança.....	391
Lei 8.137/1990, art. 1º, II, V - Supressão ou redução de tributo - Fraude à fiscalização tributária - Inexistência de dolo - Absolvição.....	575
Lei 8.137/1990, art. 7º, VII, c/c art. 11 - Indução do consumidor em erro.....	585
Lei 8.429/1992, art. 2º, 10, 11, 12, III - Improbidade administrativa - Aplicação da lei aos agentes públicos - Agentes políticos.....	276
Lei 9.605/1998, arts. 3º, parágrafo único, 6º, 12, 15, II, <i>f. i.</i> 21, III, 23, IV, 54, <i>caput</i> , § 2º, II - Poluição atmosférica e sonora - Responsabilidade da pessoa física e da jurídica - Prestação de serviços à comunidade - Infração em área urbana e em período noturno - Circunstâncias agravantes.....	578
Lei 9.605/1998, arts. 38, 39, 48 - Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente - Cortar árvores em floresta de preservação permanente - Dificultar a regeneração natural de floresta e vegetação.....	514
Lei 9.656/1998, art. 13, parágrafo único, II - Vedação do cancelamento imotivado - Aplicabilidade aos planos de assistência à saúde individuais e familiares.....	360
Lei 9.985/2000 - Aplicabilidade após a vigência do prazo da licença de operação concedida - Caráter temporário.....	401

Lei 11.101/2005, arts. 47, 53, 54, 58 - Plano de recuperação judicial - Prazo - Forma - Homologação.....	386
Lei 12.016/09, art. 14, § 4º - Lei do mandado de segurança - Concessão do <i>mandamus</i> - Servidor público - Pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias vencidos a partir do ajuizamento da inicial.....	73
Lei 12.153/2009, art. 2º - Competência do Juizado Especial da Fazenda Pública - Causas cíveis de interesse dos Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios - Limite de sessenta salários mínimos.....	367, 415
Lei 12.850/2013, arts 1º, § 1º; 2º, <i>caput</i> , c/c §§ 2º, 3º, 4º, I - Organização criminosa - Emprego de arma de fogo - Comando individual ou coletivo - Participação de criança ou adolescente.....	461
Lei 19.490/2011, art. 19, parágrafo único - Servidor público estadual - Empréstimo consignado - Não liquidação das parcelas na forma contratada - Alongamento do contrato.....	345
Lei Complementar 64/1990, art. 1º - Estabelecimento de prazos de inelegibilidade.....	95
Lei Complementar 109/2001, arts; 14, I, 17, parágrafo único, 68, § 1º - Planos de previdência - Entidade fechada - Alterações de regulamento - Aplicação a todos os participantes - Idade mínima para recebimento de benefício proporcional - Manutenção do equilíbrio atuarial.....	338
Lei estadual 10.366/1990, art. 23, <i>caput</i> , com a redação dada pela Lei estadual 13.962/2001, art. 4º - Valor global da pensão - Equivalência ao estípcndio de benefício do segurado.....	407
Lei estadual 13.317/1999, art. 71, II - Código de Saúde do Estado de Minas Gerais - Fornecimento de suplemento nutricional - Prova da imprescindibilidade.....	298
Lei municipal 1.238/2005, arts. 8º, 10, 45 - Município de João Pinheiro - Pensão por morte - Benefício devido aos dependentes do segurado.....	264
Lei municipal 2.235/2013, art. 272, Tabela II - Município de Caldas - Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento - Aumento da base de cálculo e alíquota sem justificativa - Inconstitucionalidade.....	59

Lei municipal 9.505/2008 - Município de Belo Horizonte - Controle de ruídos, sons e vibrações.....	578
Lei municipal 10.200/2011 - Município de Belo Horizonte - Estabelecimento de regras para segurança de clientes em instituições financeiras.....	391
Portaria 55/2012 - Instituto Estadual de Florestas - IEF - Estabelecimento de procedimentos para formalização de processos de compensação ambiental.....	401
Resolução 207/2011, Anexo I - ANAC - Réplica de arma de fogo - Transporte proibido em áreas de segurança e em cabines de aeronaves.....	349
Resolução 700/2012 do TJMG. - Causas cíveis de interesse do Estado, do Município até sessenta salários mínimos - Competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.....	367

Use também: **CÓDIGO CIVIL, CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, CÓDIGO PENAL, LEI ANTIDROGAS, LEI DA FICHA LIMPA, LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS, LEI DE EXECUÇÃO PENAL, LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO, LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS**

## **LEI ANTIDROGAS**

Lei 11.343/2006, art. 28 - Uso de drogas - Crime de menor potencial ofensivo.....	506
Lei 11.343/2006, art. 33, <i>caput</i> , c/c art. 40, III - Tráfico de drogas - Causa de aumento de pena - Utilização de transporte público para a traficância.....	518

## **LEI DA FICHA LIMPA**

Lei municipal 1.288/2017 - Município de Córrego do Bom Jesus - Provimento de cargo comissionado e função gratificada - Exigência de honorabilidade - Princípio da probidade e da moralidade administrativa - Lei municipal - Constitucionalidade.....	95
---	----

## **LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS**

Decreto-lei 3.688/1941, art. 31 - LCP - Omissão de cautela na condução e guarda de animal perigoso - Ataque a cão por <i>pitbull</i> - Risco à integridade física das pessoas.....	541
--	-----

**LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

Lei 7.210/1984, art. 118, *caput*, I - LEP - Prática de fato definido como crime doloso ou falta grave - Transferência para qualquer regime prisional mais rigoroso.....566

Lei 7.210/1984, art. 123 - Saída temporária - Requisitos.....456

**LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

Concurso público - Candidato aprovado que passa a figurar dentro do número de vagas - Direito subjetivo à nomeação - Limite de despesas com pessoal - Justificativa insuficiente.....65

**LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO**

Lei 6.766/1979, art. 4º - Reserva de faixa não edificável - 15m para cada lado ao longo das rodovias - Requisito urbanístico para loteamento.....314

**LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS**

Lei 9.099/1995 - LJE - Crime de menor potencial ofensivo - Institutos despenalizadores.....506

**LEGITIMATIO AD CAUSAM** - Use: **LEGITIMIDADE ATIVA, LEGITIMIDADE PASSIVA**

**LEGITIMIDADE DE PARTE** - Use: **LEGITIMIDADE ATIVA, LEGITIMIDADE PASSIVA**

**LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA**

Deformidade permanente - Incapacitação para as ocupações habituais por mais de trinta dias - Autoria - Materialidade - Prova - Legítima defesa - Ausência de requisito - Condenação.....495

**MANDADO DE SEGURANÇA**

Concurso público - Candidato aprovado fora do número de vagas previsto no edital - Desistência de candidato melhor classificado - Inclusão na lista - Direito subjetivo à nomeação - Concessão da segurança.....65

Servidor público - Policial civil - Processo administrativo disciplinar - Aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais - Contraprestação das contribuições pagas durante o período trabalhado - Cassação do benefício - Concessão da segurança.....73

- O -

### ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Interceptação telefônica - Apreensão de droga, armas de fogo, munições - Prova ratificada em juízo - Indeferimento de provas - Princípio do livre convencimento - Interrogatório - Ausência de nulidade - Condenação.....461

- P -

### PENA DE MULTA

Redução - Fixação desproporcional à pena privativa de liberdade.....578

### PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Abuso de incapazes - Tentativa - Substituição por penas restritivas de direitos - Prestação de serviços à comunidade - Prestação pecuniária - Regime aberto.....450

Prática de novo crime doloso - Unificação das penas - Conversão da pena restritiva de direitos - Prestação pecuniária - Cumprimento simultâneo.....566

### PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Assembleia geral de credores - Aprovação - Soberania das decisões - Homologação - Impugnação mediante alegações genéricas - Não demonstração de ilegalidade de cláusula - Manutenção da decisão.....386

### PLANO DE SAÚDE

Exclusão de cobertura - Quimioterapia - Cláusula contratual - Abusividade - Restrição de obrigação inerente à natureza do contrato - *Pacta sunt servanda* - Princípio do equilíbrio econômico - Função social do contrato - Princípio da boa-fé objetiva.....174

**PRESCRIÇÃO**

Ação de indenização por dano material - Dano causado ao direito de propriedade industrial - Prazo prescricional.....439

Não ocorrência - Pensão por morte - Beneficiário maior incapaz - Imprescritibilidade.....407

**PREVIDÊNCIA PRIVADA**

Entidade fechada de previdência complementar - Alteração das regras do plano de benefícios - Vinculação de todos os participantes.....338

**PROPRIEDADE INDUSTRIAL**

Registro de marca - INPI - Expressão corriqueira, genérica, sem originalidade - Uso comum - Exclusividade - Não ocorrência - Abstenção do uso de marca - Indenização - Improcedência dos pedidos..... 439

**- R -****RECURSO**

Apelação cível - Tempestividade - Parte com procuradores diversos - Prazo em dobro.....283

Apelação criminal - Ausência de menção expressa dos fundamentos na petição de interposição - Argumentos contidos nas razões recursais - Conhecimento.....475

Apelação criminal - Manifestação do réu quando da intimação da sentença - Interesse da defesa - Interposição fora do prazo legal - Tempestividade.....486

**REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA - Use: REGIME ABERTO, REGIME FECHADO, REGIME SEMIABERTO**

**REGIME PRISIONAL - Use: REGIME ABERTO, REGIME FECHADO, REGIME SEMIABERTO**



**REGISTRO CIVIL**

Retificação - Fins de aquisição de dupla nacionalidade - Ascendente imigrante - Via extrajudicial - Faculdade da parte - Via judicial - Descendente - Legitimidade ativa - Interesse de agir - Litisconsórcio - Não cabimento - Procedência do pedido.....187

**REGISTRO PÚBLICO** - Use: **REGISTRO CIVIL**

**REPARAÇÃO DE DANOS** - Use: **INDENIZAÇÃO**

**REPETIÇÃO DO INDÉBITO**

Cartão de crédito - Cobrança de taxa de seguro - Ausência de prova de opção pelo consumidor - Venda casada - Abusividade - Restituição em dobro - Procedência do pedido.....398

**RESCISÃO CONTRATUAL**

Contrato de hospedagem - Tempo compartilhado - Arrependimento do pacto - Inadimplemento - Ausência de prova - Cláusula penal - Valor abusivo - Redução.....119

Indenização - Cumulação de pedidos - Quebra do sigilo telefônico da empresa - Emissão de fatura em momento posterior à rescisão - Inadimplemento - Cobrança indevida - Meros aborrecimentos - Dano moral - Não configuração.....417

**RESPONSABILIDADE CIVIL**

Dano ao meio ambiente - Degradação de área de preservação permanente - Dever de reparação dos danos causados.....270

Demolição de muro construído pelo proprietário do imóvel confrontante - Conduta ilícita - Dano - Nexo causal - Dever de indenizar.....370

Ente público municipal - Violação de capela particular em cemitério - Culpa *in vigilando* - Dever de indenizar.....151

Excludente - Exercício regular do direito - Inexistência do dever de indenizar.....217

Fornecedor de produtos e serviços - Ato fraudulento praticado por terceiro - Dano ao consumidor - Dever de indenizar.....304

Médico - Obrigação de meio - Negligência - Imprudência - Dever de indenizar.....424

Município - Legitimidade passiva - Omissão no fornecimento de suplemento alimentar - Responsabilidade subjetiva - Necessidade de prova de dolo ou culpa, dano e nexo causal.....298

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Estabelecimento de ensino público estadual - Negligência - *Bullying* - Agressão sofrida por aluno - Lesão corporal e abalo psicológico - Responsabilidade objetiva.....145

Expedição de autos de prisão em flagrante - Equívoco - Prisão indevida - Responsabilidade objetiva.....113

Falha na prestação de serviço essencial - Dano - Nexo causal - Teoria do risco administrativo - Responsabilidade objetiva.....257

## RESSARCIMENTO DE DANOS - Use: INDENIZAÇÃO

### ROUBO CIRCUNSTANCIADO

Extorsão qualificada - Crimes autônomos - Concurso material de crimes - Palavra das vítimas - Conjunto probatório - Autoria - Materialidade - Prova - Condenação.....544

### ROUBO MAJORADO - Use: ROUBO CIRCUNSTANCIADO

- S -

### SENTENÇA

Improbidade administrativa - Qualificação jurídica adequada - Enquadramento em hipótese diversa da requerida - Direito indisponível - Princípio da congruência.....276

**SUCUMBÊNCIA**

Honorários advocatícios - Fixação - Complexidade da causa - Razoabilidade.....407

Honorários advocatícios - Provimento do recurso - Redistribuição dos ônus sucumbenciais na seara recursal - Honorários recursais - Não fixação.....248

**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Súmula 54 - Responsabilidade extracontratual - Juros de mora - Termo inicial - Evento danoso.....164

Súmula 54 e Súmula 362 - Indenização por danos morais - Incidência de juros de mora e correção monetária - Termo inicial.....113

Súmula 340 - Benefício previdenciário - Pensão por morte - Aplicação da lei vigente na data do óbito do segurado.....407

Súmula 362 - Indenização - Correção monetária - Termo inicial - Arbitramento.....164

Súmula 469 - Contrato de plano de saúde - Relação de consumo - Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor.....174

Súmula 502 - Violação de direito autoral - Exposição à venda de CDs e DVDs piratas - Autoria - Materialidade - Tipicidade - Configuração do delito.....569

Súmula 563 - Contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas - Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade.....338

Súmula 574 - Violação de direito autoral - Mídias apreendidas - Perícia por amostragem - Suficiência - Desnecessidade de identificação dos titulares das obras.....569

Súmula 593 - Estupro de vulnerável - Conjunção carnal - Ato libidinoso - Consentimento da vítima, experiência sexual ou relacionamento amoroso com o agente - Irrelevância.....486

Súmula 610 - Seguro de vida - Não cobertura de suicídio nos dois primeiros anos do contrato - Direito dos beneficiários ao montante da reserva técnica.....321

## **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Súmula 269 - Mandado de segurança - Cobrança de parcelas vencidas antes do ajuizamento da inicial - Inadmissibilidade.....73

Súmula 271 - Mandado de segurança - Concessão - Não produção de efeitos patrimoniais em relação a períodos pretéritos.....73

Súmula 380 - Sociedade de fato entre concubinos - Dissolução judicial - Partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum.....324

Súmula 523 - Declaração de nulidade - Deficiência da defesa - Necessidade de prova do prejuízo.....475

**- T -**

## **TRÁFICO DE ENTORPECENTES**

Crime majorado - Transporte de droga em ônibus em horário escolar - Autoria - Materialidade - Prova - Desclassificação para o delito de uso próprio - Inviabilidade - Condenação.....518

Finalidade mercantil - Insuficiência de prova - Sentença condenatória - Desclassificação do crime pelo Tribunal - Posse de droga para uso próprio - Crime de menor potencial ofensivo - Pena de prestação de serviços à comunidade.....506

## **TRIBUNAL DO JÚRI**

Homicídio - Condenação - Decisão contrária à prova dos autos - Não ocorrência - Conselho de sentença - Opção por uma das versões constantes dos autos - Soberania do veredicto.....527

## **TRIBUTO**

Taxa de Localização, Fiscalização e Funcionamento - Base de cálculo - Alíquota - Elevação - Ausência de justificativa - Inobservância do princípio da proporcionalidade.....59

Use também: **ICMS. IPTU**

- U -

## **UNIÃO ESTÁVEL**

Dissolução - Animal de estimação - Vínculo afetivo dos conviventes com o animal - Aquisição na constância da convivência - Direito de visita - Possibilidade (STJ) 605

- V -

## **VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL**

Exposição à venda de CDs e DVDs contrafeitos - Perícia por amostragem - Análise visual do receptáculo da obra - Identificação de cada autor da obra - Desnecessidade - Inaplicabilidade dos princípios da adequação social e da intervenção mínima - Condenação.....569

