TJRJ

REVISTA DE DIREITO

VOLUME 117

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A Ética nos Esportes

DOUTRINA

Os Efeitos da Insolvência em Portugal e no Brasil

O Tratamento das Omissões Inconstitucionais no Âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais em Portugal e no Brasil

Minorias Raciais e Ações Afirmativas – Estudos sobre a *Equal Protection Clause* (Princípio da Igualdade) nos EUA e Princípio da Igualdade no Brasil

PJERJ
PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Diretoria-Geral de Comunicação
e de Difusão do Conhecimento – DGCOM

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DE DIREITO

VOLUME 117

DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

TJRJ

Diretoria-Geral de Comunicação
e de Difusão do Conhecimento – DGCOM

2019
MAIO/AGOSTO

REVISTA DE DIREITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DIRETORIA-GERAL DE COMUNICAÇÃO E DE DIFUSÃO DO CONHECIMENTO – DGCOM
Solange Rezende Carvalho Duarte

DEPARTAMENTO DE GESTÃO E DISSEMINAÇÃO DO CONHECIMENTO – DECCO
Marcus Vinicius Domingues Gomes

DIVISÃO DE ORGANIZAÇÃO DE ACERVOS DO CONHECIMENTO – DICAC
Ana Claudia Elsuffi Buscacio

PROJETO GRÁFICO
Thais Gallart

EDITORAÇÃO
Hanna Kely Marques de Santana

ÍNDICE DA REVISTA DE DIREITO
www.tjrj.jus.br
http://portaltj.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/revista-de-direito
sejur@tjrj.jus.br

34 (815.3)
R 454

Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 1 – jun. 1985 – Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 1985 – v. semestral

NOTA HISTÓRICA: de 1941 a 1945, foram publicados 26 números da **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Apelação**, do antigo Distrito Federal, editada pela Imprensa Nacional.

TÍTULOS ANTERIORES: nº 1–33, 1962–74: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara**; segunda fase, nº 34–50, 1975–84: **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

DIRETORES: (1962–71) **Tenório, Oscar.** – (1972–74) **Tostes Filho, Olavo.** – (1975–78) **Silva, Romeu Rodrigues.** – (1978–80) **Tostes Filho, Olavo.** – (1981–84) **Passos, José Joaquim da Fonseca.** – (1985–87) **Gusmão, Paulo Dourado de.** – (1988) **Freitas, Paulo Roberto de Azevedo.** – (1989) **Domingos, Rui Octávio.** – (1990) **Cunha, Luiz Fernando Whitaker Tavares da.** – (1993) **Aguiar, João Carlos Pestana de.** – (2001) **Glanz, Semy.** – (2009) **Schwartz Júnior, Cherubin Helcias.** – (2011) **Almeida Filho, Agostinho Teixeira de.** – (2015) **Pereira Júnior, Jessé Torres**.

1. Direito – Rio de Janeiro (Estado) – Periódicos. 2. Direito – Rio de Janeiro (Estado) – Jurisprudência. I. Rio de Janeiro (Estado) Tribunal de Justiça. II. Tenório, Oscar, dir. III. Silva, Romeu Rodrigues, dir. IV. Tostes, Olavo, dir. V. Passos, José Joaquim da Fonseca, dir. VI. Gusmão, Paulo Dourado de, dir. VII. Freitas, Paulo Roberto de Azevedo, dir. VIII. Domingos, Rui Octávio, dir. IX. Cunha, Luiz Fernando Whitaker Tavares da, dir. X. Aguiar, João Carlos Pestana de, dir. XI. Glanz, Semy, dir. XI. Malcher, José Lisboa da Gama, vice-dir., dir. XII. Schwartz Júnior, Cherubin Helcias, dir. XII. Almeida Filho, Agostinho Teixeira de, vice-dir., XIII. Almeida Filho, Agostinho Teixeira de, dir., XIII. Francisco, Luiz Felipe Miranda de Medeiros. vice-dir.., XIV. Pereira Júnior, Jessé Torres, dir., XIV. Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda. Vice-dir., XV. Fernandes, Sérgio Ricardo de Arruda, dir.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRESIDENTE
Des. Cláudio de Mello Tavares

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA
Des. Bernardo Moreira Garcez Neto

1º VICE-PRESIDENTE
Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho

2º VICE-PRESIDENTE
Des. Paulo de Tarso Neves

3º VICE-PRESIDENTE
Desª. Elisabete Filizzola Assunção

REVISTA DE DIREITO

DIREÇÃO DA REVISTA
Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

EQUIPE TÉCNICA
Andréa de Assumpção Ramos Pereira (Chefe de Serviço)
Claudia Silveira Serra de Castro Gonçalves
Wanderlei Barreiro Lemos

ÓRGÃO ESPECIAL

Luiz Zveiter
Antônio Eduardo Ferreira Duarte
Nilza Bitar
Maria Inês da Penha Gaspar
Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Reinaldo Pinto Alberto Filho
Milton Fernandes de Souza
Otávio Rodrigues
Nildson Araújo da Cruz
Nagib Slaibi Filho
Adriano Celso Guimarães
Bernardo Moreira Garcez Neto
Elisabete Filizzola Assunção
Cláudio de Mello Tavares
Marco Antonio Ibrahim
Leila Maria R. P. de Carvalho e Albuquerque
Rogério de Oliveira Souza
Paulo de Tarso Neves
Elton Martinez Carvalho Leme
Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes
Antônio Iloízio Barros Bastos
Adolpho Correa de Andrade Mello Júnior
Sandra Santarém Cardinali

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Cláudio de Mello Tavares
Bernardo Moreira Garcez Neto
Reinaldo Pinto Alberto Filho
Paulo de Tarso Neves
Elisabete Filizzola Assunção
Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco
Renata Machado Cotta
Fábio Dutra
Sidney Rosa da Silva
Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

Des. Fernando Antônio de Almeida
Des. Cairo Ítalo França David
Desª. Claudia Pires dos Santos Ferreira
Des. Plínio Pinto Coelho Filho
Desª. Maria Isabel Paes Gonçalves

COMISSÃO DE LEGISLAÇÃO E NORMAS

Des. José Muiños Piñeiro Filho
Des. Antônio Carlos Nascimento Amado
Desª. Inês da Trindade Chaves de Melo
Des. Marcelo Lima Buhatem
Des. Marcos André Chut

CÂMARAS CÍVEIS

1ª CÂMARA CÍVEL
Des. José Carlos Maldonado de Carvalho
Des. Camilo Ribeiro Rulière
Des. Custódio de Barros Tostes
Des. Fábio Dutra
Des. Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

2ª CÂMARA CÍVEL
Des. Jessé Torres Pereira Júnior
Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos
Des. Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Desª. Maria Isabel Paes Gonçalves
Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho

3ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Helda Lima Meireles
Des. Fernando Foch de Lemos Arigony Silva
Des. Mário Assis Gonçalves
Desª. Renata Machado Cotta
Des. Peterson Barroso Simão

4ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo
Des. Marco Antonio Ibrahim
Des. Antônio Iloízio Barros Bastos
Desª. Myriam Medeiros da Fonseca Costa
Desª. Maria Helena Pinto Machado Martins

5ª CÂMARA CÍVEL
Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira
Desª. Cristina Tereza Gaulia
Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes
Desª. Claudia Telles de Menezes
Desª. Denise Nicoll Simões

6ª CÂMARA CÍVEL
Des. Nagib Slaibi Filho
Des. Benedicto Ultra Abicair
Desª. Teresa de Andrade Castro Neves
Desª. Inês da Trindade Chaves de Melo
Desª. Cláudia Pires dos Santos Ferreira

7ª CÂMARA CÍVEL
Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Des. André Gustavo Corrêa de Andrade
Des. Ricardo Couto de Castro
Des. Claudio Brandão de Oliveira
Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho

8ª CÂMARA CÍVEL
Des. Adriano Celso Guimarães
Desª. Mônica Maria Costa Di Piero
Desª. Norma Suely Fonseca Quintes
Des. Cezar Augusto Rodrigues Costa
Des. Augusto Alves Moreira Júnior

9ª CÂMARA CÍVEL
Des. Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco
Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Júnior
Des. Carlos Azeredo de Araújo
Des. José Roberto Portugal Compasso
Desª. Daniela Brandão Ferreira

10ª CÂMARA CÍVEL
Des. José Carlos Varanda dos Santos
Des. Celso Luiz de Matos Peres
Des. Pedro Saraiva de Andrade Lemos
Desª. Patrícia Ribeiro Serra Vieira
Des. Juarez Fernandes Folhes

11ª CÂMARA CÍVEL

Des. Otávio Rodrigues
Des. Fernando Cerqueira Chagas
Des. Cesar Felipe Cury
Des. Luiz Henrique Oliveira Marques
Des. Sérgio Nogueira de Azeredo

12ª CÂMARA CÍVEL

Des. Mário Guimarães Neto
Des. Cherubin Helcias Schwartz Júnior
Desª. Geórgia de Carvalho Lima
Des. Jaime Dias Pinheiro Filho
Des. José Acir Lessa Giordani

13ª CÂMARA CÍVEL

Des. Fernando Fernandy Fernandes
Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho
Desª. Sirley Abreu Biondi
Des. Gabriel de Oliveira Zefiro
Des. Mauro Pereira Martins

14ª CÂMARA CÍVEL

Des. José Carlos Paes
Des. Cléber Ghelfenstein
Des. Gilberto Campista Guarino
Des. Plínio Pinto Coelho Filho
Des. Francisco de Assis Pessanha Filho

15ª CÂMARA CÍVEL

Des. Ricardo Rodrigues Cardozo
Des. Horácio dos Santos Ribeiro Neto
Desª. Jacqueline Lima Montenegro
Desª. Maria Regina Fonseca Nova Alves
Des. Gilberto Clóvis Farias Matos

16ª CÂMARA CÍVEL

Des. Mauro Dickstein
Des. Lindolpho de Moraes Marinho
Des. Carlos José Martins Gomes
Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo
Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto

17ª CÂMARA CÍVEL

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos
Des. Elton Martinez Carvalho Leme
Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas
Desª. Márcia Ferreira Alvarenga
Desª. Flávia Romano de Rezende

18ª CÂMARA CÍVEL

Des. Maurício Caldas Lopes
Des. Carlos Eduardo Da Rosa da Fonseca Passos
Des. Cláudio Luis Braga Dell'orto
Des. Eduardo de Azevedo Paiva
Desª. Margaret de Olivaes Valle dos Santos

19ª CÂMARA CÍVEL

Des. Milton Fernandes de Souza
Des. Ferdinaldo Nascimento
Des. Guaraci de Campos Vianna
Desª. Valéria Dacheux Nascimento
Des. Lúcio Durante

20ª CÂMARA CÍVEL

Desª. Maria Inês da Penha Gaspar
Desª. Conceição Aparecida Mousnier T. Guimarães Pena
Desª. Marília de Castro Neves Vieira
Desª. Mônica de Faria Sardas
Desª. Maria da Glória Oliveira Bandeira de Mello

21ª CÂMARA CÍVEL

Desª. Denise Levy Tredler
Des. Pedro Freire Raguenet
Des. André Emílio Ribeiro Von Melentovytch
Desª. Regina Lúcia Passos
Desª. Mônica Feldman de Mattos

22ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Odete Knaack de Souza
Des. Carlos Santos de Oliveira
Des. Rogério de Oliveira Souza
Des. Carlos Eduardo Moreira da Silva
Des. Marcelo Lima Buhatem

23ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Sônia de Fátima Dias
Des. Murilo André Kieling Cardona Pereira
Des Antônio Carlos Arrabida Paes
Des. Marcos André Chut
Des. Celso Silva Filho

24ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Nilza Bitar
Des. Alcides da Fonseca Neto
Desª. Andréa Fortuna Teixeira
Desª. Cíntia Santarém Cardinali
Des. Luiz Roberto Ayoub

25ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Leila Maria R. Pinto de Carvalho e Albuquerque
Des. Werson Franco Pereira Rêgo
Des. Sérgio Seabra Varella
Desª. Marianna Fux
Des. Luiz Fernando de Andrade Pinto

26ª CÂMARA CÍVEL
Desª. Ana Maria Pereira de Oliveira
Desª. Sandra Santarém Cardinali
Desª. Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira
Des. Arthur Narciso de Oliveira Neto
Des. Wilson do Nascimento Reis

27ª CÂMARA CÍVEL
Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres
Des. Antonio Carlos dos Santos Bitencourt
Desª. Lucia Helena do Passo
Desª. Tereza Cristina Sobral Bittencourt Sampaio
Desª. Maria Luiza de Freitas Carvalho

SEÇÃO CÍVEL
Reinaldo Pinto Alberto Filho
Mário Assis Gonçalves
Marília de Castro Neves Vieira
Agostinho Teixira de Almeida Filho
Marcos Alcino de Azevedo Torres
Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara
Claudio Luis Braga Dell'orto
Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto
Claudia Pires dos Santos Ferreira
Maria Regina Fonseca Nova Alves
Marcelo Lima Buhatem
Claudia Telles de Menezes
André Emílio Ribeiro Von Melentovytch
Gilberto Campista Guarino
Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho
Myriam Medeiros da Fonseca Costa
Valéria Dacheaux Nascimento
Flávia Romano de Rezende
Juarez Fernandes Folhes
José Roberto Portugal Compasso
Augusto Alves Moreira Júnior
Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira
Luiz Henrique Oliveira Marques
Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Werson Franco Pereira Rêgo
José Acir Lessa Giordani
Marcos André Chut
Luiz Roberto Ayoub

CÂMARAS CRIMINAIS

1ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Luiz Zveiter
Des. Marcus Henrique Pinto Basílio
Des. Antônio Jayme Boente
Desª. Katya Maria de Paula Menezes Monnerat
Desª. Maria Sandra Rocha Kayat Direito

2ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Celso Ferreira Filho
Des. Antônio José Ferreira Carvalho
Desª. Kátia Maria Amaral Jangutta
Desª. Rosa Helena Penna Macedo Guita
Des. Flávio Marcelo de Azevedo Horta Fernandes

3ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Carlos Nascimento Amado
Desª. Suimei Meira Cavalieri
Desª. Mônica Tolledo de Oliveira
Des. Paulo Sérgio Rangel do Nascimento
Des. Carlos Eduardo Freire Roboredo

4ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Antônio Eduardo Ferreira Duarte
Desª. Gizelda Leitão Teixeira
Des. Francisco José De Asevedo
Desª. Márcia Perrini Bodart
Des. João Ziraldo Maia

5ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Cairo Ítalo França David
Des. Paulo De Oliveira Lanzellotti Baldez
Desª. Denise Vaccari Machado Paes
Des. Luciano Silva Barreto
Des. Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

6ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Nildson Araújo da Cruz
Desª. Rosita Maria de Oliveira Netto
Des. Luiz Noronha Dantas
Des. José Muiños Piñeiro Filho
Des. Fernando Antonio de Almeida

7ª CÂMARA CRIMINAL

Des. Siro Darlan de Oliveira
Desª. Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes
Des. Sidney Rosa da Silva
Des. José Roberto Lagranha Távora
Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto

8ª CÂMARA CRIMINAL

Desª. Suely Lopes Magalhães
Des. Gilmar Augusto Teixeira
Desª. Elizabete Alves de Aguiar
Des. Cláudio Tavares de Oliveira Júnior
Desª. Adriana Lopes Moutinho Daudt D'oliveira

SEÇÃO CRIMINAL

RESOLUÇÃO TJ/TP/RJ Nº 01/2015

Art. 1º - Fica extinta a Seção Criminal, cuja Competência passa a ser exercida pelo Órgão Especial, os Grupos de Câmaras Criminais e as Câmaras Criminais, nos termos desta Resolução.

(...)

(Composição em 06 de agosto de 2019)

Sumário

DOUTRINA

Os Efeitos da Insolvência em Portugal e no Brasil **12**
LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO

O Tratamento das Omissões Inconstitucionais no Âmbito dos Direitos Fundamentais Sociais em Portugal e no Brasil **20**
CAROLINA DE FREITAS E SILVA
ANTÓNIO LUÍS SILVA BAPTISTA

Minorias Raciais e Ações Afirmativas — Estudos sobre a Equal Protection Clause (Princípio da Igualdade) nos EUA e Princípio da Igualdade no Brasil **57**
CAMILA MELLO E SILVA FORTUNA RODRIGUES
FABIANA DE ALCÂNTARA PACHECO COELHO

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça **77**
Temática — A Ética nos Esportes **125**
Cível **186**
Criminal **256**

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

Por Assunto **294**
Por Relator **302**
Por Ordem Numérica **305**

DOUTRINA

Os efeitos da insolvência em Portugal e no Brasil[1]

LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO
Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Advogado e Presidente do Conselho Superior da Ordem dos Advogados

1. Introdução

Nesta conferência, iremos analisar os efeitos da insolvência em Portugal e no Brasil.[2] Afirma PHILIP R. WOOD que "na insolvência o direito tem que efectuar uma escolha particularmente difícil entre um dos lados e o outro. Não há suficientemente dinheiro para circular e não há consequentemente possibilidade de evitar essa escolha". Assim, "a lei tem que decidir o vencedor e o perdedor, o vitorioso e a vítima. É por isso que a lei é definitivamente tão rude. É particularmente rude na insolvência por causa do profundo efeito que a insolvência tem na vida das pessoas, nos acordos empresariais e na própria economia do Estado. A insolvência é fundamental ao Direito Comercial e Financeiro porque a maior parte das numerosas doutrinas do Direito Comercial só são verificáveis face ao que acontece na insolvência.

O Direito da Insolvência é, por exemplo, uma das demonstrações de quando se verifica a transmissão da propriedade no contrato de compra e venda e é a demonstração da eficácia das garantias. Não há motivo para utilizar a reserva da propriedade se ela falhar na insolvência, porque o inteiro objectivo da reserva é que ela deva prevalecer em caso de insolvência. Não há grandes vantagens no penhor, se o penhor for posto de lado em caso de insolvência do devedor, já que a única razão para obter um penhor é proteger o credor contra essa insolvência. Não há razão para facilitar a compensação de créditos, se ela não funcionar em caso de insolvência, porque é precisamente quando uma das partes pretende ser protegida contra o incumprimento da outra. A eficácia do Direito das Sociedades é muito reduzida se ele for incapaz de proteger os titulares do capital ou administradores em caso de insolvência — um dos básicos objectivos do Direito das Sociedades não é meramente obter conveniências administrativas ou funcionais, mas antes proteger aqueles que capitalizam ou gerem a empresa contra o fracasso dessa iniciativa. A eficácia dos institutos do enriquecimento sem causa ou da restituição dos ganhos ilícitos é enfraquecida se não se admitir um direito de recuperação desses ganhos em caso de insolvência, já que é normalmente aí que a aplicação desses institutos se apresenta como mais ponderosa".[3]

1 Doutrina publicada originariamente na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Ano 2018/2 - Vol.: LIX.

2 Corresponde ao texto escrito da conferência que proferimos no I Congresso Internacional de Insolvência do IBAJUD, que teve lugar em São Paulo nos dias 28 e 29 de agosto de 2018.

3 Cfr. PHILIP R. WOOD, "Comparative Financial Law: a Classification of the World's Jurisdictions", em ROSS CRANSTON, ***Making Commercial Law. Essays in Honour of Roy Goode***, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 31-89 (35-36)

Ora, o Direito, em caso de insolvência, pode tomar uma posição pró-credor ou pró-devedor. No entender de WOOD uma posição pró-credor é aquela que procura evitar a frustração do crédito no caso da insolvência, *v.g.*, reconhecendo as garantias e admitindo a compensação. Já uma posição pró-devedor procurará aumentar o património deste, *v.g.*, restringindo as garantias, recusando a compensação em caso de falência, recusando reconhecer direitos financeiros, como o *leasing* ou direitos de propriedade separada, como a reserva de propriedade ou o *trust*, anulando os pagamentos e transacções durante um longo período suspeito, com possibilidade de oposição limitada pelos credores, tornando inseguras as transacções com base numa formal retroactividade da insolvência, promovendo processos de recuperação da empresa, em ordem a tornar a sua liquidação mais difícil, e autorizando o administrador da insolvência a manter os contratos proveitosos e exigir o cumprimento deles, mas autorizando-o a repudiar os contratos não proveitosos (*cherry-picking*).[4]

WOOD classificava assim as jurisdições numa escala entre 1 e 10, consoante eram pró-credor (1 e próximos) ou pró-devedor (10 e próximos):

01. Hong-Kong, Singapura, e outros países de influência inglesa.
02. Austrália, Inglaterra, Irlanda, Irlanda do Norte, e País de Gales.
03. Alemanha, Holanda, Indonésia, Suécia, Suíça.
04. Escócia, Japão, Coreia, Nova Zelândia, Noruega.
05. EUA, Canadá (com excepção do Quebec, mais pró-devedor).
06. Áustria, Dinamarca, África do Sul, Botswana, Zimbabwe.
07. Itália.
08. Grécia, Espanha, Portugal, Brasil e restantes Estados da América Latina.
09. Bélgica, Luxemburgo e a maior parte das antigas colónias francesas.
10. França.[5]

Conforme iremos verificar, tanto Portugal, com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, de 18 de março de 2004, como o Brasil, conforme resulta da sua Lei nº 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005, são leis com uma orientação pró-devedor, embora em alguns casos ambos os países façam algumas concessões a favor do sistema pró-credor.

2. Os efeitos da insolvência sobre as dívidas do insolvente

Tanto em Portugal (art. 91º, nº 1, do CIRE), como no Brasil (art. 77º da Lei nº 11.101) se estabelece que a declaração de insolvência implica o vencimento de

4 Cfr. WOOD, *op. cit.*, p. 36.

5 Cfr. WOOD, *op. cit.*, pp. 36-37.

todas as obrigações do insolvente. Tal solução justifica-se pelo *facto* de o concurso de credores não poder ser adequadamente assegurado se permanecessem dívidas por vencer e de a declaração de insolvência implicar a perda de confiança do credor nas capacidades de pagamento do devedor, o que justifica que este deixe de poder beneficiar do prazo concedido. Em ambos os direitos se prevê igualmente o desconto do *interusurium*, relativamente aos juros ganhos em consequência da antecipação do vencimento (art. 91º, nº 1, CIRE) e 77º da Lei nº 11.101. É também relativamente semelhante a solução que vigora no Brasil e em Portugal relativamente ao pagamento de juros pela massa insolvente. No Brasil o art. 127º da Lei nº 11.101 prevê que contra a massa falida não são exigíveis juros vencidos após a decretação da falência, previstos em lei ou em contrato, se o ativo apurado não bastar para o pagamento dos credores subordinados, salvo quanto aos juros das debêntures e dos créditos com garantia real, mas por eles responde, exclusivamente, o produto dos bens que constituem a garantia. Da mesma forma, em Portugal, o art. 48º b) CIRE considera créditos subordinados os juros de créditos constituídos após a declaração da insolvência, com excepção apenas dos abrangidos por garantia real e por privilégios creditórios gerais, até ao valor dos bens respectivos.

Relativamente à admissibilidade da compensação com as dívidas do falido, a solução tradicional da lei portuguesa era a de não admitir essa compensação, em homenagem ao princípio *par conditio creditorum* (art. 153º do antigo CPEREF). Hoje o art. 99º, nº 1, do CIRE vem admitir abertamente a possibilidade de declarar a compensação se os seus pressupostos legais ou convencionais já se verificassem naquela data. A compensação só é excluída em Portugal em quatro casos: a) Se a dívida à massa se tiver constituído após a data da declaração de insolvência, designadamente em consequência da resolução de actos em benefício da massa insolvente; b) Se o credor da insolvência tiver adquirido o seu crédito de outrem, após a data da declaração de insolvência; c) Com dívidas do insolvente pelas quais a massa não seja responsável; d) Entre dívidas à massa e créditos subordinados sobre a insolvência.

Da mesma forma, no Brasil o art. 122º da Lei nº 11.101, vem determinar que se compensam, com preferência sobre todos os demais credores, as dívidas do devedor vencidas até o dia da decretação da falência, provenha o vencimento da sentença de falência ou não, obedecidos os requisitos da legislação civil, só sendo excluída essa compensação em relação aos créditos transferidos após a decretação da falência, salvo em caso de sucessão por fusão, incorporação, cisão ou morte; ou em relação aos créditos, ainda que vencidos anteriormente, transferidos quando já conhecido o estado de crise econômico-financeira do devedor ou cuja transferência se operou com fraude ou dolo.

Ora, funcionando a compensação como garantia, reconhecer a compensação após a declaração de insolvência representa violar o princípio da paridade dos credores, sendo esta uma solução que tutela o credor garantido pela compensação em detrimento dos credores comuns. Verificamos assim que neste ponto tanto o Brasil como Portugal adoptam uma solução pró-credor em sede de compensação, havendo aqui um desvio em relação ao sistema geral pró-devedor.

3. O direito de opção do administrador judicial

Comum aos dois direitos é igualmente o direito de opção do administrador judicial relativamente aos negócios em curso, que lhe permite escolher apenas os melhores de acordo com o princípio *cherry picking* (escolha das cerejas).

> **"Em ambos os países [Brasil e Portugal], a solução é claramente pró-devedor, uma vez que os direitos da outra parte no contrato podem vir a ser livremente afectados em consequência do exercício do direito de opção por parte do administrador da insolvência."**

Em Portugal, o art. 102º do CIRE, nos contratos bilaterais em que o insolvente seja parte, dá como alternativa ao administrador judicial a opção pela execução do contrato ou pela "recusa de cumprimento", caso em que a outra parte fica constituída no direito de reclamar indemnização como crédito da insolvência, ou seja, sujeito ao regime do concurso de credores. Em caso de recusa de cumprimento, limita-se a indemnização ao valor da prestação do devedor, abatido do valor da contraprestação de que a outra parte ficou exonerada, admitindo-se ainda que o administrador da insolvência possa exigir da outra parte o valor da prestação já realizada pelo devedor, na parte em que o mesmo exceda o valor da contrapartida recebida.

Também no Brasil, o art. 117º da Lei nº 11.101 determina que os contratos bilaterais não se resolvem pela falência do devedor e podem ser cumpridos pelo administrador judicial se o cumprimento reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, mediante autorização do Comitê. Nos termo do seu § 1º, o contratante pode interpelar o administrador judicial, no prazo de até 90 dias, contado da assinatura do termo de sua nomeação, para que, dentro de 10 (dez) dias, declare se cumpre ou não o contrato. Nos termos do seu § 2º, a declaração negativa ou o silêncio do administrador judicial confere ao contraente o direito à indemnização, cujo valor, apurado em

processo ordinário, constituirá crédito quirografário. O art. 118º da Lei nº 11.101 prevê ainda a faculdade de o administrador judicial, mediante autorização do Comitê, dar cumprimento a contrato unilateral se esse *facto* reduzir ou evitar o aumento do passivo da massa falida ou for necessário à manutenção e preservação de seus ativos, realizando o pagamento da prestação pela qual está obrigada.

Em ambos os países se aplica assim plenamente a conhecida solução do *cherry-picking* pelo administrador judicial, permitindo-se-lhe optar pelo cumprimento dos contratos bons e rejeitar o cumprimento dos maus, o que é uma solução tipicamente pró-devedor, já que, se o contrato ainda não estiver integralmente cumprido, o administrador da insolvência pode rejeitar o seu cumprimento, afectando assim os direitos da outra parte.

4. Os efeitos da insolvência em caso de utilização da propriedade como garantia

Relativamente à utilização da propriedade como garantia, são igualmente similares as legislações dos dois países. Em Portugal, o art. 104º do CIRE, e o art. 8º do Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência, determinam que, em caso de venda com reserva de propriedade, locação financeira e locação-venda, a insolvência do vendedor não afecta a posição do comprador, no caso de a coisa lhe já ter sido entregue. Da mesma forma, no Brasil, o art. 49º, § 3º, da Lei nº 11.101 estabelece que, tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva. Da mesma forma o art. 119º, IV, da mesma lei estabelece que o administrador judicial, ouvido o Comitê, restituirá a coisa móvel comprada pelo devedor com reserva de domínio do vendedor se resolver não continuar a execução do contrato, exigindo a devolução, nos termos do contrato, dos valores pagos.

Trata-se de uma solução mais pró-credor, na medida em que estes direitos dos credores são reconhecidos em sede de insolvência, mas a solução consagrada parece de elementar justiça. Efectivamente, defendendo a doutrina mais moderna de que a reserva de propriedade constitui uma mera garantia a favor do vendedor, a mesma não deve privar o comprador do domínio da coisa em caso de falência daquele,[6]

6 Neste sentido, já LIMA PINHEIRO, **A cláusula de reserva de propriedade**, Coimbra, Almedina, 1988, pp. 78 e ss.

não devendo da mesma forma ser afectado o direito do vendedor a recuperar o bem em caso de falência do comprador. Também esta solução se justifica em relação à locação-venda e locação financeira, uma vez que estas constituem igualmente meras garantias do locador, que não devem prejudicar a aquisição da propriedade pelo locatário.

5. Os efeitos da insolvência sobre o contrato de compra e venda

Em Portugal é objecto de uma regulação especial no art. 105º CIRE o caso da venda sem entrega, em que já ocorreu a transmissão da propriedade, distinguindo a lei as situações de insolvência do vendedor e do comprador. Em caso de insolvência do vendedor, mesmo que o contrato não esteja cumprido por nenhuma das partes, a situação não poderia ser enquadrada no art. 102º e objecto do direito de escolha do administrador da insolvência, dado que a recusa do cumprimento declarada pelo administrador da insolvência não poderia impedir o comprador, já proprietário de reivindicar a sua propriedade, como resulta expressamente do art. 8º do Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, que determina que o direito de um terceiro a reivindicar um bem nunca é afectado pelos processos de insolvência. Relativamente à insolvência do comprador, este artigo 105º admite a recusa de cumprimento pelo administrador, caso em que terá que o comprador terá de devolver a diferença entre o valor da prestação incumprida e o valor da coisa na data da recusa, que constitui crédito sobre a insolvência.

No Brasil o regime da venda sem entrega é regulado no art. 119º I, II e III, da Lei nº 11.101. Nos termos destas disposições, o vendedor não pode obstar a entrega das coisas expedidas ao devedor e ainda em trânsito, se o comprador, antes do requerimento da falência, as tiver revendido, sem fraude, à vista das faturas e conhecimentos de transporte, entregues ou remetidos pelo vendedor. Da mesma forma, se o devedor vendeu coisas compostas e o administrador judicial resolver não continuar a execução do contrato, poderá o comprador pôr à disposição da massa falida as coisas já recebidas, pedindo perdas e danos. Por último, não tendo o devedor entregue coisa móvel ou prestado serviço que vendera ou contratara a prestações, e resolvendo o administrador judicial não executar o contrato, o crédito relativo ao valor pago será habilitado na classe própria.

Em ambos os países, a solução é claramente pró-devedor, uma vez que os direitos da outra parte no contrato podem vir a ser livremente afectados em consequência do exercício do direito de opção por parte do administrador da insolvência. Exceptua-se apenas o caso de já ter ocorrido a transmissão da propriedade (o que em Portugal ocorre normalmente no momento da celebração do contrato), caso em que

o administrador judicial perde o direito de recusar o cumprimento. Da mesma forma, no Brasil a revenda das coisas pelo comprador antes da falência, impede que as mesmas deixem de ser entregues. Estas excepções no sentido do sistema pró-credor justificam-se pela necessidade de evitar que a aquisição dos bens seja frustrada pela declaração de falência.

6. Os efeitos da insolvência nas operações a prazo

Relativamente às operações a prazo, no Brasil o art. 119º, V, da Lei nº 11.101 dispõe que, tratando-se de coisas vendidas a termo, que tenham cotação em bolsa ou mercado, e não se executando o contrato pela efectiva entrega daquelas e pagamento do preço, prestar-se-á a diferença entre a cotação do dia do contrato e a da época da liquidação em bolsa ou mercado. Já em Portugal o art. 107º do CIRE estabelece que se a entrega de mercadorias, ou a realização de prestações financeiras, que tenham um preço de mercado, tiver de se efectuar em determinada data ou dentro de certo prazo, e a data ocorrer ou o prazo se extinguir depois de declarada a insolvência, a execução não pode ser exigida por nenhuma das partes, e o comprador ou vendedor, consoante o caso, tem apenas direito ao pagamento da diferença entre o preço ajustado e o preço de mercado do bem ou prestação financeira no 2.º dia posterior ao da declaração de insolvência, relativamente a contratos com a mesma data ou prazo de cumprimento, a qual, sendo exigível ao insolvente, constitui crédito sobre a insolvência. Trata-se neste caso de uma solução pró-devedor, exigindo a liquidação imediata do contrato antes do prazo estipulado, sendo o crédito da diferença considerado como quirografário.

7. Os efeitos da insolvência no contrato-promessa

Em relação à promessa de compra e venda de imóveis no Brasil o art. 119º, VI, d, Lei nº 11.101 remete para a legislação respectiva. A solução tradicional no Direito Brasileiro, uma vez que a transmissão da propriedade depende do registo, é a de que o promitente-comprador não tem direito à transmissão de alvará para outorga da escritura, em caso de falência do promitente-vendedor, mesmo que já tenha pago a totalidade do preço. Já em Portugal, o art. 106º CIRE passou a consignar que a não afectação do contrato-promessa com eficácia real, em caso de insolvência do promitente vendedor, depende de o beneficiário estar na posse da coisa à data da declaração de insolvência, solução que temos por dificilmente justificável. Efectivamente o contrato-promessa com eficácia real constitui um direito real de aquisição a favor do beneficiário da promessa, que não se vê por que deva ser afectado pela

insolvência. Em ambos os casos temos assim uma solução tipicamente pró-devedor, uma vez que não se reconhecem direitos adquiridos por terceiro.

8. Os efeitos da insolvência no contrato de locação

Em Portugal os efeitos da insolvência sobre o contrato de locação são regulados nos arts. 108º e 109º CIRE, enquanto que no Brasil os mesmos constam do art. 119º, VII, da Lei nº 11.101. No caso de o locatário ser o insolvente, determina o art. 108º CIRE que o administrador pode denunciar o contrato, salvo se se tratar de arrendamento para habitação, em que apenas se pode excluir do processo de insolvência o direito ao pagamento de rendas vencidas. O nº 3 estabelece uma solução com a qual estamos frontalmente em desacordo, que é a de excluir a possibilidade de o senhorio resolver o contrato com fundamento na falta de pagamento de rendas anteriores à declaração, mais uma vez uma solução tipicamente pró-devedor. No Brasil, a mesma solução pró-devedor consta do art. 119º, VII, da Lei nº 11.101, que estabelece que, na falência do locatário, o administrador judicial pode, a qualquer tempo, denunciar o contrato.

No caso, porém, de ser o locador o insolvente em Portugal os direitos do locatário só vêm a ser afectados pela insolvência se a coisa ainda não tiver sido entregue a este (art. 109º). No Brasil nem essa possibilidade existe, uma vez que, face ao art. 119º, VII, Lei nº 11.101, a falência do locador não resolve o contrato de locação, tendo assim o locador que o continuar a cumprir. Trata-se de uma solução tipicamente pró-credor, mas que se compreende em função do da necessidade de protecção dos arrendatários.

9. Conclusão

Conforme resulta desta exposição, as soluções adoptadas pelo Direito Português e pelo Direito Brasileiro em caso de insolvência do devedor são extremamente semelhantes, o que leva a que não existam diferenças significativas entre os dois ordenamentos em matéria de insolvência. Ambos se podem considerar como correspondendo a um modelo de insolvência pró-devedor, ainda que nalguns casos adoptem soluções pró-credor.

O tratamento das omissões inconstitucionais no âmbito dos direitos fundamentais sociais em Portugal e no Brasil[1]

Por CAROLINA DE FREITAS E SILVA[2] e ANTÓNIO LUÍS SILVA BAPTISTA[3]

1. Introdução

As constituições brasileira e portuguesa são ambas caracterizadas pela sua generosidade na consagração de direitos fundamentais, particularmente no âmbito dos chamados direitos sociais. Estes direitos fundamentais, além do mais, estão enquadrados naquilo que se poderia considerar um contrato social de natureza igualitária e um projeto "emancipatório" fundado na "dignidade da pessoa humana" (artigo 1.º da Constituição Portuguesa e artigo 1.º da Constituição Brasileira). Este projeto constitucional traduz-se, mais adiante, em inúmeras normas ditas "programáticas" ou "dirigentes", que vinculam o Estado a um conjunto de "tarefas", "fins", "objetivos", "incumbências" que buscam dar realização efetiva, e não meramente retórica, aos ideais do "Estado de direito democrático", da "democracia económica, social e cultural", da "igualdade real" (artigos 2.º e 9.º da Constituição Portuguesa) e levar à erradicação "da pobreza e (...) marginalização" e à promoção do "bem de todos" (incisos III e IV do artigo 3.º da Constituição Brasileira).

Esta preocupação com a efetividade prática dos direitos fundamentais, e com o cumprimento das normas dirigentes, levaram os legisladores constituintes – e os intérpretes da Constituição –, em ambos os países, a procurarem estratégias eficazes para lidar com o problema das omissões inconstitucionais que se revelam particularmente graves em matéria de direitos sociais. Buscar-se-á mostrar aqui os pontos de contato e divergência destas duas abordagens, procurando mostrar os argumentos fundamentais na evolução da realidade constitucional nesta matéria.

Antes, contudo, e atendendo ao atual contexto de crise econômica que faz uma pressão descendente sobre determinados direitos, impõe-se, por um lado, defender a igual dignidade e vinculatividade jurídica dos direitos fundamentais sociais face aos demais e, por outro, justificar brevemente a importância do tema das omissões.

---

1 Doutrina publicada originariamente na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - Ano 2018/2 - Vol.: LIX.
O texto é escrito em português do Brasil, com a adoção do acordo ortográfico, segundo as regras aplicadas naquele país.

2 Tem formação de base em direito brasileiro, é doutoranda em Direito Social pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e bolsista de investigação da Fundação para a Ciência e Tecnologia - FCT; *e-mail*: carolinafreitass@gmail.com.

3 Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Teoria Política pela Universidade de Lisboa. É pós-doutor pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (Brasil). Participa do grupo de investigação sobre Teoria Política da Universidade do Minho; *e-mail*: alsbaptista@gmail.com.

2. Os direitos sociais no quadro geral dos direitos fundamentais

Há autores e teses jurídicas que defendem a existência de categorias díspares de direitos fundamentais. Estas diferenças legitimariam a adoção de regimes distintos que, por sua vez, conformariam, por um lado, o grupo dos chamados direitos de liberdade e, por outro, o grupo dos direitos sociais. Seriam direitos fundamentais com características pretensamente distintas que funcionariam a duas velocidades: uns a serem realizados aprioristicamente, porque seriam mais fundamentais ou essenciais do que os outros, enquanto que o segundo grupo de direitos estaria dependente de uma série de condicionantes, podendo eventualmente ser preterido, caso estas não se verificassem. Tentar-se-á agora sumariar e contrariar alguns dos argumentos tipicamente aventados para sustentar essas teses.

Em primeiro lugar, os direitos de liberdade, como os direitos civis e políticos, seriam autoexecutáveis e imediatamente aplicáveis, uma vez que não padeceriam de indeterminabilidade e não exigiriam uma atitude positiva do poder político: reclamariam apenas o dever de abstenção do Estado. Os direitos sociais, por seu turno, como o direito à saúde, à moradia, à educação, não seriam imediatamente exigíveis ou diretamente aplicáveis, em razão do seu alto grau de indeterminabilidade. A efetividade destes últimos estaria carente, portanto, de uma atitude "positiva" do Estado, ou seja, de medidas legislativas densificadoras do conteúdo exato das normas e da criação e manutenção de um conjunto de prestações sociais. Por essa razão, alguns autores identificam os direitos sociais como meras "normas programáticas", que serviriam apenas como orientações ao legislador e à Administração Pública no cumprimento das suas incumbências. Como não existe, em regra, estipulação de prazos, nem, muitas vezes, ordens claras e precisas do poder constituinte, o grau de vinculação para o legislador e para os governos seria, na prática, nulo.

Não há como negar, com efeito, que as constituições, de um modo geral, estão repletas de fórmulas vagas e abstratas que encerram em si várias possibilidades de interpretação e concretização, concedendo ampla margem de atuação aos legisladores democraticamente legitimados quanto ao modo de realizar esses mandamentos constitucionais. Contudo, o poder político nunca poderia estar completamente livre para atuar como bem entender, sob pena de tornar inútil a Constituição enquanto mecanismo conformador da sociedade.

Não se pode negar que existem, de fato, princípios e valores que, operando concertadamente, numa leitura global e interdependente, enformam a ordem jurídica, dando-lhe sentido e apontando um modelo de sociedade e de relações sociais que não é compatível com qualquer solução. O problema que está subjacente aqui é o da pouca clareza ou densificação do conteúdo fundamental no texto constitucional,

mas – e este é o ponto fundamental - esta não é uma característica nem necessária, nem exclusiva dos direitos sociais. Como sustenta Jorge Reis Novais, as normas que dispõem que "todos têm direito à liberdade de religião" ou "liberdade de imprensa" encerram idêntico grau de indeterminação, e não menor, do que a norma que prescreve que "todos têm direito à proteção da saúde" ou que "todos têm direito à habitação", sendo que, tanto no primeiro como no segundo caso, se levantam diversas questões, inerentes aos limites do seu exercício, cujas respostas não se conseguem encontrar no texto constitucional[4].

Se, na realidade, todos os direitos fundamentais podem padecer do problema da indeterminabilidade no plano constitucional, a única diferença relevante que se perfilaria no horizonte entre os direitos sociais e os de liberdade é o fato de estes últimos (o seu conteúdo, alcance e extensão) já estarem sedimentados na sociedade, tendo em vista a longa tradição legiferante e a prática jurídica que a acompanhou. Ora, por estarem mais sedimentados na sociedade, por terem sido os primeiros a serem promovidos e protegidos na história legiferante moderna e contemporânea, o que fica em destaque, numa análise superficial destes direitos, é a atitude negativa ou de "abstenção" que o Estado deve apresentar perante esses mesmos direitos, de modo a não reduzir o patamar de efetividade já atingido. Também resulta desta "sedimentação" a naturalização desse patamar pela sociedade, que tende a ver estes direitos como indispensáveis, naturais e a-históricos. É por essa razão que determinadas densificações que um juiz possa dar a tais direitos, quando se verifique uma lacuna do poder político, ficam imunes a questionamentos, por parecerem "óbvias" demais.

Alguns exemplos de direitos de liberdade, a partir de preceitos constitucionais pouco densificados, poderão elucidar os poderosos efeitos desta "naturalização". O artigo 46.º da Constituição Portuguesa (doravante "CRP") estabelece o direito à *liberdade de associação*. Se, ao contrário do que sucede, nenhuma disposição existisse na Constituição relativamente ao direito à livre formação de *associações sindicais*, considerar-se-ia óbvio, ainda assim, que a liberdade de constituição de sindicatos está abrangida pela garantia da liberdade de constituição de associações a que se refere o artigo 46.º. Este resultado, contudo, é tudo menos óbvio: até porque, historicamente, a liberdade de associação sindical só foi reconhecida muito tempo depois da consagração da liberdade de associação e a duras penas. Na verdade, na França, na mesma época em que se reconhecia como um direito inalienável do homem a liberdade de associação, tornava-se ilegal, através da lei *Le Chapelier* de 1791, constituir associações sindicais (*rectius*, as suas antecessoras)[5].

4 Jorge Reis Novais. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra, 2010, pp. 144-145.

5 P. C. Timbal e André Castaldo. ***Histoire des institutions et des faits sociaux.*** Sixième édition. Paris, 1979, p. 517.

Observe-se, ainda, o que dispõe o inciso XXII do artigo 5.º da Constituição Federal Brasileira (doravante "CF/88"): "é garantido o direito de propriedade". Aqui, a Constituição não indica como se adquire a propriedade, nem como se deve proceder quando esta está sob ameaça. No entanto, ninguém se lembrará de dizer que este direito fundamental é obscuro demais para ser autoexecutável e exigível perante o poder jurisdicional.

Poder-se-ia argumentar, entretanto, que o direito de propriedade passou a ser um direito subjetivo, e por isso mesmo autoexecutável, na medida em que normas infraconstitucionais, nomeadamente as do Código Civil, passaram a protegê-lo adequadamente. No entanto, quando se invoca a aplicabilidade imediata e autoexequibilidade como distintiva dos direitos civis e políticos, assume-se, implicitamente, que eles são independentes da existência de norma regulamentadora. E aqui reside o erro. Da mesma forma, é errôneo pretender que o regime de "aplicação imediata" destes direitos decorra do cumprimento do dever de mera "abstenção" do Estado.

Na realidade, todos os direitos fundamentais, sejam eles mais ou menos densificados, exigem mais do que uma postura meramente negativa do Estado[6]. Todos os direitos exigem simultaneamente, do Estado, atitudes de *respeito* (ou seja, abstenção de agressão), *proteção* (contra terceiros) e um esforço de *realização* que dê concretização ou efetividade prática[7] aos mesmos. E, em última análise, estas três dimensões dos direitos pressupõem a existência e manutenção de um vasto conjunto de custosas instituições – o que significa dizer que todos os direitos fundamentais exigem a ação positiva do Estado. O direito de propriedade e o direito à vida só existem e são seguros na medida em que existam as instituições que assegurem a coercibilidade face a terceiros (isto é, face a potenciais agressões de privados e até do próprio Estado). Ou seja, estes direitos carecem de um Estado que mantenha em funcionamento um forte aparato policial, um sistema prisional e judiciário e uma burocracia administrativa que assegure o registo preciso de bens, pessoas e titularidades. Também a liberdade de expressão e o direito à participação democrática pressupõem um complexo aparato administrativo e coercivo para fiscalizar a transparência e correção do processo político e proteger os cidadãos contra os potenciais violadores destes direitos. Simplesmente, os processos

6 É por isso mesmo que todos os direitos são simultaneamente "negativos" e "positivos" e que todos têm custos substanciais: custos orçamentais e custos em termos da limitação que impõem à realização de outros direitos, princípios ou valores constitucionalmente relevantes. Daí também que todos os direitos, e não apenas os sociais, estejam sujeitos à "reserva do financeiramente possível". Neste sentido, a única diferença entre os direitos sociais e os de liberdade proviria da naturalização destes (e das suas "densificações" infraconstitucionais e modos de realização ou institucionalização material), que leva a "invisibilidade" dos custos que lhes estão associados. Para um argumento sólido e conclusivo nesse sentido. Cf.: Stephen Holmes / Cass Sunstein. ***The cost of rights: why libert depends on taxes***. New York, 1999. No mesmo sentido, ver: 1) Miguel Carbonell. Prólogo, in, ***Teoría e ideologia de la interpretación Constitucional***. Madrid, 2008, pp. 11-13; 2) Jorge Miranda. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais**, tomo IV. Coimbra, 2000, p. 109. Em sentido contrário, ver: José Carlos Vieira de Andrade. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, 2012.

7 Sobre esta tripartição, veja-se Jorge Reis Novais. **Direitos sociais**, pp. 42 e ss.

de naturalização e legitimação destas instituições ocultam a forte dimensão positiva dos "direitos de liberdade" ou ocultam a dependência estrutural destes face àquelas.

À luz destes argumentos, não parece haver, portanto, qualquer fundamento para uma distinção *a priori* ou de "natureza" entre os direitos sociais e os demais. As diferenças que efetivamente existirem serão consequência das opções dos legisladores constituinte e ordinário, assim como dos governos.

Ocorre que o caráter vago de algumas fórmulas consagradoras de direitos sociais, associado ainda à precária naturalização e legitimação das instituições e ações do Estado que lhes dão substância, coloca-os numa situação particularmente frágil e essa fragilidade torna, pois, manifestamente relevante o papel dos mecanismos processuais de fiscalização da constitucionalidade face às ações e sobretudo omissões do poder político. Daí que o tratamento e fiscalização das omissões inconstitucionais pelo Poder Judiciário se assevere decisivo para assegurar a vinculatividade real da Constituição nesta matéria[8] e para que os direitos sociais possam ser "levados a sério"[9].

Como se poderá ver nas próximas seções, a forma como as Constituições Portuguesa e Brasileira lidaram com este problema foi diferente.

3. A distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais na Constituição portuguesa

Se até agora se considerou não haver nenhuma razão para distinguir em termos teóricos os direitos de liberdade e os direitos sociais, não se deve deixar de referir que, no direito constitucional português, existe um fato jurídico incontornável: é o próprio texto constitucional que parece separar as águas entre os chamados "direitos, liberdades e garantias" e os "direitos (e deveres) econômicos, sociais e culturais", não apenas colocando-os em títulos diferentes na estrutura do texto, mas, sobretudo, criando um regime específico e aparentemente exclusivo para os primeiros.

Com efeito, e conforme o disposto no artigo 17.º, "o regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza

8 A primeira previsão explícita da inconstitucionalidade por omissão surgiu na Constituição Iugoslava de 1974 e surgiu posteriormente nas Constituições Portuguesa de 1976 e Brasileira de 1988, bem como noutros textos constitucionais do mundo lusófono. Todas estas constituições, portanto, destacam-se pela relevância dada ao problema do combate às desigualdades e à preocupação com a efetividade das disposições constitucionais, sobretudo em matéria de direitos sociais. Constituições como a Italiana, Alemã, ou mesmo Espanhola (posterior à Portuguesa e Iugoslava) não preveem a inconstitucionalidade por omissão. Contudo, segundo JORGE MIRANDA, os tribunais constitucionais destes países têm vindo a conseguir obter resultados similares a uma fiscalização e censura do Estado pelas omissões por meio de interpretações criativas em ações movidas contra inconstitucionalidades cometidas por ação. Até mesmo algo similar tem vindo a ocorrer com Supremo Tribunal Federal americano, apesar de o texto constitucional ser marcadamente antigo e de cunho liberal, o que revela a importância que assume o problema das omissões para a realização de qualquer ideal constitucional igualitário. Cf.: Jorge Miranda. **Manual de Direito Constitucional – Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**, tomo VI. Coimbra, 2006, p. 298.

9 Tomamos a expressão de empréstimo ao livro de RONALD DWORKIN, ***Taking Rights Seriously***, Cambridge, 1978.

análoga". Há, portanto, um regime diferenciado a afetar alguns direitos fundamentais. Sendo assim, em que consistiria esse regime?

Segundo o artigo 18.º, as normas relativas aos *direitos, liberdades e garantias constitucionais* são diretamente aplicáveis, diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais[10] e vinculativas das entidades públicas e privadas. Elas também não podem, como regra, sofrer restrições por lei infraconstitucional, a não ser que haja permissão constitucional expressa nesse sentido, ou que, por outro lado, seja absolutamente necessário restringi-las para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Caso haja uma restrição constitucionalmente autorizada a direitos, liberdades e garantias, esta restrição deve obedecer às características de abstração e de generalidade, não podendo ter efeitos retroativos nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos mesmos.

Assim sendo, seria possível concluir que a própria Constituição estabeleceu uma diferença entre os direitos fundamentais, reconhecendo inferioridade de estatuto aos direitos sociais exceto quando apresentem "natureza análoga" aos "direitos liberdades e garantias".

Todavia, a ordem jurídica portuguesa não admite que os direitos sociais sejam reduzidos ou limitados livremente como seria possível depreender, *a contrario*, a partir do que dispõe o artigo 18.º. Com efeito, que sentido faria consagrar na Constituição um direito, qualquer que ele seja, se ele pudesse ser limitado de tal modo que fosse afetado o seu conteúdo essencial[11]? Um direito constitucionalmente consagrado, mas na livre disponibilidade do legislador seria um oximoro, uma contradição nos seus próprios termos. Em última análise, os direitos consagram-se para serem exercidos, para terem alguma realidade material, e as constituições incorporam-nos precisamente para os defenderem de contrações que governos e maiorias democráticas possam querer fazer dos mesmos[12]. Porque, caso contrário, seria possível reduzir os direitos a "poesia constitucional", nas palavras de ALEXY[13], colocando-se em causa a ideia fundacional da Constituição como documento jurídico efetivamente

10 Contudo, de acordo com GOMES CANOTILHO: "a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*". José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª edição. Coimbra, 2003, p. 438.

11 No fundo, a desvalorização dos direitos sociais, como bem assinala JORGE MIRANDA, acarreta o risco "de desvalorização das próprias normas constitucionais, afinal degradadas ao domínio da política legislativa". Jorge Miranda. **Manual de Direito Constitucional**, tomo IV, p. 114.

12 Daí que LUIGI FERRAJOLI diga que os direitos fundamentais funcionam como "a lei do mais fraco" contra o que, de outro modo, seria a "lei do mais forte". Luigi Ferrajoli. "*Sobre los derechos fundamentales*", *in*, ***Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos.*** Madrid, 2007, p. 82.

13 Robert Alexy. "*Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*", *in*, ***Neoconstitucionalismo(s)***. Madrid, 2003, p. 33.

vinculante, destinado a proteger alguns direitos vistos como particularmente valiosos (os direitos fundamentais) contra as mudanças súbitas e arbitrárias das preferências de maiorias democráticas.

Se os direitos sociais já consagrados pudessem ser restringidos no seu conteúdo essencial sem que se colocassem obstáculos, o que significaria na vida real dos cidadãos a existência de um direito social fundamental na Constituição? Mais radicalmente até, muitos dos direitos políticos (e mesmo civis) tornar-se-iam, também eles, puramente "formais" – e de pouco valor, portanto, para a esmagadora maioria da população –, se os cidadãos titulares desses direitos não usufruíssem de pré-condições socioeconômicas que tornam o seu exercício uma real possibilidade[14].

Esta interrogação é pertinente, na medida em que, como se sabe, a CRP pretende explicitamente enformar uma sociedade democrática, não apenas num sentido formal, mas também material, através da consecução da democracia econômica, social e cultural (artigo 2.º), garantindo, para isso, aos seus cidadãos, o gozo de um conjunto de pré-condições que lhes permitam ser participantes informados e politicamente iguais do processo decisório. Parece impossível conseguir assegurar essas pré-condições sem assegurar simultaneamente que o conteúdo essencial dos direitos sociais seja respeitado pelo legislador em termos similares ao que estatui o 18.º da CRP para os direitos, liberdades e garantias.

Ora, será plausível sustentar que a Constituição quis determinado objetivo (a democracia econômica, social e cultural), estabeleceu mesmo os meios abstratos através dos quais se deveria tentar obter esse objetivo (os direitos sociais fundamentais como pré-condições da democracia), mas depois esvaziou de qualquer sentido prático as suas normas e deixou órfãos de qualquer garantia concreta esses mesmos meios abstratos para realizar um dos seus fins mais importantes?

Na prática, poder-se-á sempre argumentar que aquilo que é negado aos "meros" direitos fundamentais neste artigo 18.º parece ser reconquistado (pelo menos parcialmente)

14 Chamando a atenção para a função desempenhada pelos direitos sociais como mecanismo efetivador dos direitos civis e políticos, veja-se: RUI MEDEIROS. "O estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios", **Anuário Português de Direito Constitucional**, vol II. Coimbra, 2002, pp. 41-42. Este mesmo autor, de resto, sustenta que tem havido um progressivo esboroar da visão radicalmente dicotômica entre estas várias categorias de direitos, valorizando-se, por contraste, a noção de interdependência. Contudo, ressalva que "[n]ão significa isto que o caminho (...) passe pelo alargamento da força normativa directa das normas constitucionais que consagram direitos sociais a situações necessariamente carecedoras de interposição legislativa (...)", e isto porque tal operação, "levaria a uma compressão desmesurada da liberdade de conformação que, num Estado democrático, deve caber ao legislador legitimado democraticamente" (*idem, ibid.*). O mesmo tipo de preocupações é expresso por **Maria Lúcia Amaral**, que alerta para os perigos de um "fundamentalismo dos direitos fundamentais", reiterando que é fundamental reservar "espaço de respiração" para a lei enquanto "veículo autónomo para a prossecução do interesse público". Embora não seja este o lugar para responder detidamente aos autores, note-se que todos os direitos, e não apenas os sociais, carecem sempre de interposição legislativa, têm custos, orçamentais e sociais e, em última análise, comprimem o espaço de manobra do legislador democraticamente legitimado, pelo que se recoloca a questão de saber porque é que só as normas que consagram direitos sociais não devem ter a sua "força normativa directa" alargada...

através do princípio da proibição do excesso implícito à Constituição – um princípio, segundo GOMES CANOTILHO[15], intuído a partir do n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 2 do artigo 266.º, que se manifesta também, de forma mais concretizada no n.º 4 do artigo 19.º e no n.º 1 do artigo 272.º (princípios da tipicidade e da necessidade)[16].

A redução dos direitos sociais também está limitada pelo princípio da proibição do retrocesso social. O Tribunal Constitucional Português, ao analisar o pedido de apreciação preventiva da constitucionalidade formulado pelo Presidente da República a respeito de uma alteração legislativa que restringia o acesso a prestações sociais (denominadas "rendimento social de inserção"), delimitou o alcance e limites do princípio da proibição do retrocesso social: "é necessário harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos *direitos sociais* com a *liberdade de conformação* do legislador". Portanto, "a margem de liberdade do legislador para *retroceder* no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma *inconstitucionalidade por omissão* (...)". Para o Tribunal, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social deve ser considerada no sentido de proibir que haja uma "aniquilação" do *núcleo essencial* ou de que a redução do conteúdo do direito social viole o princípio da igualdade, da proteção da confiança ou, ainda, que atinja "o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade".

4. O tratamento da omissão inconstitucional no ordenamento jurídico português

O sistema português de garantia da Constituição segue um modelo "híbrido", simultaneamente com o controle abstrato "no topo" e difuso "na base", o que o torna único no panorama europeu, porque permite a fiscalização concentrada diretamente pelo Tribunal Constitucional, ao mesmo tempo que concede, por outro lado, no âmbito da fiscalização concreta, um poder-dever ao juiz *a quo* para emitir autonomamente sentença de desaplicação de normas que repute contrárias à Constituição. Não tem o juiz, por isso, que remeter as questões de constitucionalidade para o Tribunal

15 José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 271.

16 Cf.: Manuela Baptista Lopes. "Protecção dos Direitos Económicos e Sociais na Constituição e nos Tratados Internacionais". Relatório Português, *in*, **VIII Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional**. Nicarágua, Julho de 2010, disponível a partir de http://www.tribunalconstitucional.pt: "(...) se aceitarmos a indivisibilidade dos direitos humanos, que resulta desde logo de estarem ancorados no princípio da dignidade da pessoa humana, a diferença de grau na exigibilidade dos direitos, liberdades e garantias, por um lado e dos direitos económicos, sociais e culturais, por outro, terá de se fundar apenas na eventual maior dificuldade de garantir alguns dos segundos por escassez de recursos. Aliás, vários autores sustentam que o pretenso regime constitucional especial aplicável aos direitos, liberdades e garantias nos termos da CRP é, afinal o regime constitucional geral aplicável a todos os direitos fundamentais".

Constitucional, suspendendo a instância, como sucede, por exemplo, na Espanha[17]. Contudo, das decisões deste tribunal *a quo* cabe recurso direto (caso o juiz deixe de aplicar uma norma por considerá-la inconstitucional)[18] para o Tribunal Constitucional[19].

A verificação e apreciação das omissões inconstitucionais somente podem ser realizadas no âmbito da fiscalização abstrata da constitucionalidade, e a legitimidade para propor o respectivo requerimento, de acordo com o artigo 283.º da CRP, estende-se apenas ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça ou, se for caso de violação de direitos das regiões autônomas (da Madeira e dos Açores), aos presidentes das Assembleias Legislativas dessas regiões. É por meio da fiscalização abstrata da constitucionalidade, portanto, que se deve arguir a existência de omissão inconstitucional legislativa que impeça o acesso a um bem jurídico fundamental, não sendo possível, para este fim e por este meio, que uma pessoa ou um grupo de pessoas aceda diretamente ao Tribunal Constitucional, podendo fazê-lo somente de forma indireta, ou mediata, dirigindo-se a um dos legitimados a fim de que este, convencido da sua pretensão, faça o requerimento[20].

Não é possível, portanto, que o pleito de reconhecimento da omissão seja analisado incidentalmente, no domínio da fiscalização difusa ou concreta de constitucionalidade, porque a apreciação da inconstitucionalidade, nestes casos, segundo o artigo 204.º da CRP, é realizada com base em *normas existentes*. O recurso ao Tribunal Constitucional, nesse sentido, e consoante o disposto no artigo 280.º da CRP, deverá estar fundado na *aplicação de normas* inconstitucionais e não na inexistência delas[21].

17 Cf.: Fernando Alves Correia. **Direito Constitucional. A Justiça Constitucional**. Coimbra, 2001, p. 52. Sublinhando, contudo, a insegurança jurídica que assim é promovida, veja-se: Maria Lúcia Amaral. "Justiça constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais". **Anuário Português de Direito Constitucional.** Coimbra, 2002, pp. 11-22.

18 No caso contrário, isto é, quando o juiz aplicar norma alegadamente inconstitucional só haverá recurso, em regra, para o Tribunal Constitucional quando a decisão do juízo *a quo* não seja suscetível de recurso ordinário, "por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos que no caso cabiam" (n.º 2 do artigo 70 da Lei n.º 28/82, de 15/11, que regula a organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional).

19 Cf.: Cristina Queiroz. **Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional**. São Paulo, 2009, p. 319.

20 José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 343.

21 De resto, assim foi decidido pelo Tribunal Constitucional, por exemplo, no acórdão 116/1995 (julgamento em 23/02/1995, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950116.html), que reflete a atual posição deste Tribunal e também tem sido sustentada pela doutrina dominante. Nesse sentido, ver: José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra, 1994, p. 356; e Jorge Reis Novais. Direitos Sociais. Teoria Jurídica..., p. 375. JORGE PEREIRA DA SILVA, contudo, parece inclinar-se para uma posição diferente e ousada: sugere que não se deverá fazer uma interpretação literal do artigo 204.º que impeça aos tribunais, em sede de fiscalização concreta, a análise de omissões inconstitucionais. Este autor defende que nalguns casos de omissão se deve considerar que há uma norma implícita infraconstitucional "desencadeada pela conjugação de uma disposição constitucional não exequível atributiva de um direito, com a ausência de uma norma legal que lhe confira a necessária exequibilidade" e que esta norma implícita pode ser objeto de controle de constitucionalidade. Cf.: Jorge Pereira da Silva. Dever de

Não obstante, pode afirmar-se que no sistema português existem certos tipos de situações que podem ser entendidas gerando simultaneamente inconstitucionalidades por ação e omissão. Trata-se daqueles casos em que uma omissão (pelo menos do ponto vista material) resulta da intenção do legislador em concretizar os preceitos constitucionais de forma parcial ou incompleta e que consiste também numa verdadeira inconstitucionalidade por ação ao privilegiar alguns grupos ou circunstâncias excluindo outros de forma deliberada e explícita[22].

Nesta hipótese, será possível arguir, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma medida legislativa, por meio do controle difuso, com fundamento na violação do princípio da igualdade. Quando, por outro lado, a omissão parcial ocorrer pela *concretização imperfeita* de um determinado preceito constitucional, excluindo-se de *forma inadvertida* determinadas situações, diante da ausência de normas, poder-se-á questionar a sua inconstitucionalidade por omissão[23] somente pela via do controle abstrato.

A opção do legislador de não permitir a fiscalização concreta da omissão inconstitucional é passível de críticas e não se encontram explicações evidentes que a justifiquem[24]. Aliás, este modelo de fiscalização, que retira do cidadão a iniciativa de questionar a omissão no caso concreto, fragiliza o sistema de garantias dos direitos fundamentais; fragiliza, sobretudo, a tutela dos direitos sociais, porquanto a eventual inconstitucionalidade nesta matéria decorre, muitas vezes, da inércia legislativa[25], contra a qual o cidadão nada pode fazer.

O que existe em Portugal, portanto, é um sistema constitucional que reconhece abundantes direitos sociais, mas não concede mecanismos processuais diretos (ou os direitos processuais, adjetivos correspondentes) para exigi-los judicialmente, o que é particularmente chocante quando se toma em consideração aquilo que está proclamado no n.º 1 do artigo 20.º da Constituição: "A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos". Há uma clara incoerência entre os objetivos manifestos no mencionado dispositivo e a impossibilidade de os cidadãos suscitarem a intervenção do Judiciário, para que, no caso concreto, seja viabilizado o cumprimento da Constituição. Desta forma, parece

legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa, 2003, pp. 168-175. Jorge Miranda, contudo, expressa sérias dúvidas quanto a esta tese. Cf. Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional, tomo VI, p. 318

22 Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional, tomo VI, p. 309.

23 José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp. 1035-1036.

24 Neste sentido: Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu. Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento. A inércia do legislador e suas consequências. Lisboa, 2011, p. 131.

25 Jorge Reis Novais. Direitos Sociais, pp. 374-375.

estar comprometido, em Portugal, o brocardo segundo o qual, onde existe um direito, isto é, um interesse juridicamente protegido, deve existir um meio de os próprios titulares reclamarem a sua defesa pelos órgãos jurisdicionais[26].

Importa saber, ainda, o que caracterizaria uma omissão inconstitucional passível de ser fiscalizada em sede de controle abstrato. O disposto no artigo 283.º da CRP não esclarece esta questão. O Tribunal Constitucional, porém, já sedimentou o entendimento de que só tem lugar a verificação da omissão quando a Constituição houver dirigido ao legislador uma "específica e concreta incumbência" de legislar[27], quando o legislador deixar de cumprir um encargo ao qual estava obrigado constitucionalmente de forma explícita. Uma vez verificado o incumprimento do dever de legislar, o Tribunal Constitucional, por força do n.º 2 do artigo 283.º, alertará o órgão legislativo competente[28], não havendo, portanto, previsão na carta fundamental que indique a possibilidade de ser superada judicialmente a omissão legislativa a fim de afastar, mesmo que temporariamente, a inconstitucionalidade.

Embora as opções do legislador constituinte a respeito da fiscalização abstrata da inconstitucionalidade por omissão sejam passíveis de críticas, a verdade é que, ainda assim, existe uma ferramenta processual importante a ser utilizada nesses casos. Contudo, desde a sua criação até hoje, ações com esse objetivo foram utilizadas relativamente poucas vezes[29], sendo possível talvez esboçar aqui as suas possíveis causas.

---

26 Não obstante aquilo que se disse, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), em consonância com o n.º 4 do artigo 268.º da CRP, materializa parcialmente a garantia dos administrados ao acesso à justiça e à tutela jurisdicional efetiva. Parece ser admissível extrair daquele diploma a possibilidade de uma pessoa que se sinta prejudicada pela atividade omissiva da Administração Pública, no tocante aos seus direitos fundamentais, poder propor diretamente uma ação, ou ser beneficiada pela propositura de ação por outros legitimados (que também poderão intervir em processo já existente), a fim de obter "o reconhecimento de situações jurídicas subjectivas directamente decorrentes de normas jurídico-administrativas ou de actos jurídicos praticados ao abrigo de disposições do direito administrativo", bem como "a condenação da Administração ao pagamento de quantias, à entrega de coisas ou a prestação de *factos*" (alínea "e" do n.º 2 do artigo 2.º do CPTA). Note-se também que, o amplo rol de legitimados ativos para a propositura da ação, que inclui, para além da pessoa que participa diretamente da relação jurídica material controvertida, outras pessoas que apresentem ou não interesse pessoal na demanda, o Ministério Público, as autarquias públicas, as associações ou fundações que apresentem vocação para a defesa dos interesses em causa, garante efetivamente o amplo acesso à justiça dos administrados.

27 José Manuel M. Cardoso Costa. A Jurisdição Constitucional em Portugal. 3ª edição revista e actualizada. Coimbra, 2007, p. 45. Conferir também os Acórdãos do Tribunal Constitucional: 276/89 (julgamento em 28/02/1989, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890276.html) e 474/02 (julgamento em 19/11/2002, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html).

28 Antes da revisão constitucional de 1982, cabia ao Conselho da Revolução verificar a ocorrência da omissão e sendo caso disso uma recomendação era enviada ao órgão legislativo competente para que este pudesse densificar ou concretizar a norma constitucional. Esta prerrogativa não estava associada, caso o legislador se mantivesse silente, a um poder substitutivo de suprir a falha legislativa, mas estava implícita à recomendação, em última análise, a ideia de impor ao órgão legislativo um determinado "ritmo a que [pudesse e devesse processar-se] a prossecução daquelas metas fixadas pela Constituição". Cf. Parecer da Comissão Constitucional n.º 8/77, p. 80, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_01.pdf.

29 Existe um acórdão (n.º 474/02) que é paradigmático no domínio da omissão inconstitucional no âmbito dos direitos sociais. Tratou-se de uma ação de iniciativa do Provedor de Justiça que requereu que o Tribunal apreciasse e verificasse a ocorrência de omissão inconstitucional legislativa no sentido de tornar exequível o direito dos funcio-

A comunicação ao órgão legislativo competente como única consequência da verificação da omissão legislativa pelo Tribunal Constitucional pode ter um efeito dissuasor da proposição da ação, uma vez que o Legislativo não fica vinculado fortemente a esta comunicação, perdendo a ação muita da sua utilidade prática e, consequentemente, do seu interesse. Recorde-se também que os limites de admissibilidade da ação são muito restritos e isto pode condicionar o sucesso das ações por omissão inconstitucional: de acordo com o entendimento do Tribunal Constitucional, apenas poderão ser apreciadas as ações fundadas no incumprimento de *ordens específicas*, diretamente dirigidas pelo legislador constituinte aos órgãos legislativos. Sucede, porém, que as disposições constitucionais, sobretudo no tocante aos direitos sociais, apresentam, como regra, um conteúdo pouco concretizado, sem prazo estabelecido para o seu cumprimento, sem que isto signifique, ainda assim, que essas normas encerrem apenas meras declarações políticas. Pelo contrário: as constituições contemporâneas possuem um conteúdo normativo que reclama uma realização, uma efetivação.

Considerando, assim, que as normas constitucionais apresentam normalmente um conteúdo bastante abstrato, empregando uma linguagem por vezes muito imprecisa, que nível de concretização é, pois, necessário para indicar suficientemente a existência de um dever específico de legislar contra o qual não se possa opor o legislador?

É possível sustentar que há três tipos de normas em que se pode verificar com suficiente nitidez a existência de deveres de concretização recaindo sobre o Estado.

Em primeiro lugar, e compulsando a CRP, é possível verificar a existência de certos dispositivos que *emitem uma ordem positiva* ao Estado e, consequentemente, ao legislador, no sentido de concretizar certas normas jurídicas, como no caso do n.º 2 do artigo 63.º, que dispõe sobre a incumbência do Estado em "organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e centralizado". Similar afigura-se também o caso da alínea "a" do n.º 2 do artigo 64.º, que, sem usar expressões como "incumbe", "compete" ou "cabe ao legislador", emite uma inequívoca ordem de criação de "um serviço nacional de saúde universal e geral".

nários públicos a prestações materiais em decorrência do desemprego involuntário (alínea "e", n.º 1, do artigo 59 da CRP). Na decisão restou reconhecido que "o Tribunal não pode determinar, por critérios estritamente jurídicos, o incumprimento do dever de legislar", e que "a verificação da inconstitucionalidade por omissão supõe a existência de uma concreta e específica situação de violação da Constituição, demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada, a que o legislador ordinário não conferiu atempadamente exequibilidade". Também, no caso em apreciação, reconheceu o Tribunal que a alínea "e", n.º 1, do artigo 59.º, dispõe sobre uma forma específica de prestação e que este artigo deve ser entendido de forma conjugada com o n.º 3 do artigo 63.º, que dispõe sobre o alcance do sistema de segurança social. Esta prestação específica não pode ser estabelecida sem a precedência do recurso à via legislativa: "[está-se] perante uma concreta e específica imposição legiferante, constante de uma norma com um grau de precisão suficientemente densificado". Acrescenta ainda que o legislador, embora não possa se esquivar de legislar sobre as prestações destinadas aos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, poderá optar, por exemplo, quanto às formas de organização e critérios de fixação dos valores dessa prestação, tendo em vista a sua "larga margem de liberdade conformadora". Cf. Acórdão n.º 472/02 do Tribunal Constitucional (julgamento em 19/11/2002, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html), pp. 8 e 12.

Em segundo lugar, também é possível verificar normas de *tipo teleológico, de conteúdo mais vago,* como aquelas relativas à promoção da justiça social como *incumbência prioritária do Estado* (alínea "b" do artigo 81.º); à promoção do "bem-estar e da qualidade de vida" ou à promoção da "efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais", como *tarefas fundamentais do Estado* (alínea "d" do artigo 9.º). Não há aqui uma ordem clara no sentido de agir de uma determinada maneira, mas existe, indubitavelmente, um dever geral do Estado em promover ações para atingir esses escopos, cabendo às instituições soberanas, no respeito pelo processo democrático, moldarem as suas ações àqueles objetivos[30].

Em terceiro e último lugar, há também um grupo de normas consagradoras de direitos sociais cuja linguagem não sendo direta, nem emitindo uma ordem expressa, é, ainda assim, suficientemente explícita para prescindir da criação de legislação ordinária que indique o seu verdadeiro sentido e os seus destinatários. Esse grau de explicitação, de densificação, não dispensa a atuação do legislador infraconstitucional para conformar estas normas no sentido, por exemplo, de quantificar as vantagens destinadas aos cidadãos e de estabelecer procedimentos administrativos para a concessão dessas mesmas vantagens. O que se afirma, na verdade, é tão só que algumas normas consagradoras de direitos sociais podem não ser autossuficientes, mas, ainda assim, revelar-se suficientemente claras e precisas de modo a apresentar uma dimensão nitidamente subjetiva[31], não podendo assim o Estado simplesmente ignorá-las, sob pena de infringir a própria Constituição.

Assim, consegue-se observar uma indeterminabilidade apenas relativa em passagens tais como: "todos têm direito à segurança social" (n.º 1 do artigo 63.º); "todos têm direito à proteção da saúde" (n.º 1 do artigo 64.º); "todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto..." (artigo 65.º); "todos têm o direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado..." (artigo 66.º), etc.

Nesse mesmo sentido, e afastando-se do entendimento do Tribunal Constitucional, GOMES CANOTILHO[32] entrevê outras possibilidades de ocorrência de omissão que não decorrem, nem de uma ordem concreta, permanente e explícita da Constituição, nem de imposições únicas não permanentes destinadas ao legislador para que este crie uma determinada instituição. Nestes casos, estar-se-á perante uma *ordem implícita de legislar*

30 Não fica claro se o autor JORGE MIRANDA consideraria estes casos como normas de onde se possa retirar "(...) específica e concreta incumbência ou encargo constitucional". Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional, tomo VI, p. 307.

31 Jorge Reis Novais. Direitos Sociais, p. 374.

32 José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, pp. 1034-1035.

para dotar de exequibilidade prática normas constitucionais que, por si sós, não possuem densidade suficiente para tanto. O mesmo autor faz referência à doutrina recente que considera ser uma omissão lesiva à Constituição "o fato de não se proceder à adaptação ou ao aperfeiçoamento de leis para corrigir normas de prognose que acabaram por ficar incorretas ou defasadas em virtude de circunstâncias supervenientes", acrescentando ainda que assume relevo constitucional o fato de essas faltas de correção darem origem a "consequências gravosas para a efetivação dos direitos fundamentais".

Em conclusão, sugere-se que todos estes tipos de normas devem nortear as ações do Estado e as decisões do Poder Judiciário, em particular quanto à análise da admissão da ação de fiscalização abstrata da constitucionalidade, de modo a espelhar aquelas que são as tendências do constitucionalismo contemporâneo[33], superando a limitada visão do Tribunal Constitucional que apenas vislumbra a omissão perante uma obrigação explícita e específica de legislar.

Importa aqui mencionar ainda, para finalizar, que, para lá da solução constitucional para enfrentar as omissões inconstitucionais do Estado, as progressivas modificações no âmbito do direito administrativo e processual administrativo nacional têm vindo a alargar as potencialidades do sistema de fiscalização e defesa dos direitos sociais em Portugal, nomeadamente em matéria de acesso à justiça.

Uma situação, potencialmente muito controversa, resultante deste alargamento, será a possibilidade de se mover, por exemplo, ação popular, sob os auspícios do art. 77.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, quando o objetivo da ação for o de pedir a apreciação e verificação da situação de ilegalidade por omissão, requerendo-se uma espécie de "injunção" que coloque fim à omissão. A respectiva ação terá cabimento quando a Administração não tenha criado as normas que lhe cabia criar e que sejam necessárias para dar exequibilidade a atos legislativos carentes de regulamentação, sobretudo quando estejam em causa direitos fundamentais. O que é inovador e relevante aqui é que, ao contrário do que sucede na ação de fiscalização constitucional, na ação popular a legitimidade é aparentemente irrestrita, podendo ser seus autores qualquer cidadão ou associação.

Originalmente, no âmbito do processo administrativo, ao constatar esta omissão da Administração, o tribunal dava ciência disso à entidade competente para que, num prazo a ser fixado pelo juiz, mas nunca inferior a 6 meses, procedesse à emissão da norma. Agora, nos termos da redação dada pelo DL 214/2015, de 02/10 ao

33 JORGE PEREIRA DA SILVA, embora reconhecendo a existência de dificuldades acrescidas na medição jurídica do "tempo" para efeitos da avaliação das omissões respeitantes à concretização de normas abstratas e de conteúdo "dirigente", entende que "esta dificuldade não nos deve levar, todavia, a reconduzir a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão apenas às normas não exequíveis, deixando completamente a descoberto as normas programáticas". Jorge Pereira da Silva. Dever de legislar e protecção jurisdicional, p. 160.

dispositivo, o tribunal *condena* efetivamente a entidade competente à emissão de regulamento, fixando um prazo para que a omissão seja suprida.

À luz da redação anterior do art. 77.º do CPTA, discutia-se muito a questão de saber a partir de quando se deveria reconhecer a situação de omissão a exigir declaração do tribunal nesse sentido e a posterior comunicação à entidade em falta. Discutia-se, em outras palavras, o momento a partir do qual a existência da norma regulamentatória passaria a ser definitivamente exigível. Com efeito, para que a pretensão do autor fosse julgada procedente, segundo o Supremo Tribunal Administrativo, não bastaria que a situação de omissão decorresse, inequivocamente, de uma exigência legal. Também não era suficiente a constatação de que o ato legislativo estivesse carente de regulamentação e que, por isso mesmo, fosse inexequível. Para além dos dois requisitos anteriores, seria necessário observar cumulativamente um terceiro requisito: o fato de a obrigação de regulamentar aquilo que o legislador dispôs se tenha tornado exigível pelo transcurso do prazo para efetuar a regulamentação[34]. O mais difícil dos três requisitos era o de saber, exatamente, quando deveria a Administração passar a ser considerada omissa, ou seja, que prazo servia de parâmetro para que a Administração pudesse ser "convidada" judicialmente a emitir o correspondente regulamento quando a lei nada dispusesse a este respeito.

Atualmente, no silêncio da lei, o "prazo" para que a autoridade competente aprove o regulamento necessário para dar exequibilidade ao ato administrativo será de 90 dias, com fundamento no n.º 1 do art. 137.º do CPTA. Por outro lado, parecem ter sido concedidos maiores poderes aos tribunais para reconhecer a situação de omissão e ultrapassá-la, uma vez que o n.º 2 do art. 77.º do CPTA dispõe sobre a *condenação* da entidade demandada no cumprimento de uma obrigação "injuntiva", em prazo a ser fixado pelo juiz, sob pena de sanção pecuniária compulsória[35]. A omissão regulamentar pode dar origem também ao pedido de condenação da parte demandada à reparação pecuniária dos danos causados[36] aos indivíduos diretamente implicados ou aos cidadãos, indetermináveis na sua totalidade, e que compõem a sociedade. Esta maior amplitude dos poderes jurisdicionais tem em conta não apenas a nova redação do dispositivo legal, que é muito mais assertiva e explícita do que a anterior, mas também parte do pressuposto teórico (que não é novíssimo[37]) de que não existe uma completa discricionariedade por parte da Administração no cumprimento do dever

34 Ana Raquel Gonçalves Moniz. "Aproximações a um conceito de 'norma devida' para efeitos do artigo 77.º do CPTA". In Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 87, maio/junho, 2011, pp. 4 e 5.

35 Ana Raquel Gonçalves Moniz. "O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto". In GOMES, Carla Amado (et. al.) (Coord.). Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 368.

36 Ibidem, p. 372.

37 Ana Raquel Gonçalves Moniz. Aproximações a um conceito... cit., p. 8.

legal e de que a falta de um prazo legal expressamente fixado em lei não implica a inexistência de um dever de regulamentar.

5. O sistema de direitos fundamentais e o tratamento da omissão inconstitucional no Brasil

A ordem constitucional brasileira, à partida, somente pode ser compreendida se forem considerados simultaneamente o seu sistema de direitos fundamentais e a existência de uma diversidade de instrumentos constitucionais de que dispõem os cidadãos, bem como os seus representantes, para reclamar o cumprimento da Constituição, nomeadamente o cumprimento dos direitos fundamentais[38]. Estes instrumentos processuais constituem ferramentas que proporcionam verdadeiramente um maior acesso à Justiça e são destinadas à fiscalização do Poder, de acordo com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, é importante ressaltar que os direitos e garantias fundamentais, constantes do título II da CF/88 (artigos 5.º a 17) abrangem explicitamente e textualmente os direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5.º), os direitos sociais (artigos 6.º a 11), os direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13), os direitos políticos (artigos 14 a 16) e as normas sobre os partidos políticos (artigo 17). Todos os direitos e garantias fundamentais – sejam os relativos à primeira, segunda ou terceira gerações de direitos, e independentemente de reclamarem uma postura positiva ou negativa do Estado ou, ainda aqueles que devam ser observados nas relações entre privados (décimo terceiro salário, subsídio de férias, remuneração do descanso para os trabalhadores, por exemplo) – gozam de idêntico regime, conforme o disposto no § 1.º do artigo 5.º da CF/88, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"[39].

38 Existem 4 tipos de ações de fiscalização concentrada ou abstrata da constitucionalidade: a) a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) com o objetivo de ser declarada pelo STF a conformidade com a Constituição de determinada lei ou ato normativo federal, na sua integralidade ou parcialmente; b) a ação direta de inconstitucionalidade por ação (doravante "ADIn"), a fim de que o STF declare que o teor de uma determinada lei ou de um ato normativo federal ou estadual, no todo ou em parte, ou ainda uma determinada forma de interpretar, não está em conformidade com a Constituição; c) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (doravante "ADO"), quando ocorra omissão total do legislador ou da Administração Pública, no âmbito federal ou estadual, ou ainda uma omissão parcial, que resulte numa concretização da Constituição incompleta, insuficiente ou defeituosa que incumpra comandos explícitos da Constituição ou decisões constitucionais identificadas durante o processo de interpretação; d) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) com o objetivo de "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante do Poder Público", quando não couber a propositura de outra ação de controle abstrato de normas e quando for "relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluído os anteriores à Constituição" (artigo 1.º da Lei n.º 9.882/1999). Cf. Gilmar Ferreira Mendes et al. Curso de Direito Constitucional. 4ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2009, pp.1076 e ss.

39 Observe-se também que os direitos e garantias individuais, que incluem em seu bojo os direitos sociais, são considerados cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser objeto de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-los, conforme o disposto no § 4.º do artigo 60 da Constituição Federal.

Assim, não há qualquer base textual na Constituição Brasileira que dê sustentação a um regime diferenciado similar ao sugerido pela Constituição Portuguesa. A todos os direitos fundamentais são concedidos igual dignidade, valor e proteção[40].

Os direitos fundamentais não se restringem àqueles previstos no título II da Constituição: eles estão dispersos por todo o texto da lei fundamental. A seguridade social, por exemplo, que abrange a previdência social, a saúde e o amparo aos necessitados (assistência social) é expressamente reconhecida como direito fundamental social no artigo 6.º, sendo, porém, mais densificada nos artigos 194 e seguintes. A Constituição Brasileira está, portanto, toda ela, repleta de direitos e garantias fundamentais, resultantes quer de normas de conteúdo mais concreto, como é o caso do direito à seguridade social, quer de normas mais abstratas e principiológicas, que colocam, por exemplo, a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como, respectivamente, fundamento e objetivo fundamental da República brasileira (inciso III do artigo 1.º e inciso I do artigo 3.º).

Para dotar de efetividade estas normas, são reconhecidos, dentro do rol de direitos fundamentais, instrumentos processuais que podem ser manejados sempre que houver lesão ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais. Aos direitos substantivos são associados os necessários mecanismos que dão corpo e efetividade à sua exigibilidade junto dos órgãos jurisdicionais. No tocante ao tema específico das omissões inconstitucionais, existem dois instrumentos especialmente votados para enfrentar essas questões: o primeiro, o mandato de injunção, a ser proposto perante o Supremo Tribunal Federal (na maior parte das vezes), a fim de que seja suprida a omissão para que o impetrante goze do bem fundamental; e o segundo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está contido no sistema de controle abstrato de constitucionalidade, tendo sido inserido na ordem constitucional pela CF/88 e inspirado pela ação portuguesa de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 283.º da CRP.

Serão analisados, em seguida, esses dois instrumentos processuais específicos. Porém, não se pode deixar de mencionar uma terceira possibilidade que está muito mais acessível e que é normalmente convocada pelos cidadãos quando apresentam uma pretensão perante o Judiciário. Em função do direito fundamental de acesso à Justiça, por intermédio de uma ação ordinária, de natureza individual ou coletiva, um indivíduo, ou um conjunto deles, poderá levar à apreciação do Poder Judiciário,

40 No entanto, JOSÉ AFONSO DA SILVA não entende que haja total equivalência constitucional entre direitos sociais e direitos de liberdade. Segundo este autor, a "Constituição (...) faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os direitos fundamentais". Esclarece ainda que, no seu entender, em regra, as normas definidoras de direitos individuais têm eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto que os direitos econômicos e sociais dividem-se em regras de eficácia contida e aplicabilidade imediata e em regras de eficácia limitada e aplicabilidade indireta, neste último caso quando se tratarem de princípios programáticos. José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª edição. São Paulo, 2012, p. 182.

inicialmente perante o juízo de primeira instância, a ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental (inciso XXXV do artigo 5.º da CF/88), ainda que decorrente de uma omissão inconstitucional.

Este tipo de ação "ordinária" justifica-se, em primeiro lugar, porque toda a estrutura judicial (formada por juízes e tribunais de primeira instância, instância de revisão e superior) tem o poder-dever de enfrentar a questão constitucional, ainda que se trate de uma omissão inconstitucional, sempre que esta impeça o cidadão de gozar do bem jurídico fundamental. Há alguma doutrina que tenta estabelecer limites a esse poder, sobretudo quando não existe um dever explícito ou expresso do poder constituinte no sentido de determinar aos poderes constituídos que normatizem uma determinada situação ou circunstância. Porém, a verdade é que, diferentemente do que acontece com a fiscalização concreta em Portugal, não existe, *a priori*, limitação no texto constitucional que impeça o juiz de conhecer o incidente de inconstitucionalidade (por ação ou omissão) que prejudique, no caso concreto, o autor da ação.

Em segundo lugar, esse tipo de ação "ordinária" também é possível porque os direitos fundamentais (inclusive os de natureza social) gozam de um estatuto especial "uno" que, como visto anteriormente, lhes asseguram aplicabilidade imediata nos termos do § 1.º do artigo 5.º da CF/88). Portanto, nos casos em que não existam as leis infraconstitucionais que deem corpo ao direito constitucional reclamado, e desde que a norma constitucional esteja minimamente delimitada e densificada (ainda que não emita uma ordem concreta ao legislador ordinário), o juiz (desde a primeira instância), e por força do artigo 4.º do Decreto-lei n.º 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), está autorizado a decidir o caso "de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Esta abertura é ainda mais ampla no caso dos litígios laborais, uma vez que a Justiça do Trabalho, diante da falta de disposições legais ou contratuais, e para ultrapassar a omissão, poderá valer-se da jurisprudência, da analogia, da equidade e de outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, considerando-se também os usos e costumes e o direito comparado, mas "sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público", conforme disposto no artigo 8.º do Decreto-lei n.º 5.452, de 1/5/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho).

Em todo o caso, dada a extensão do tema, não se crê oportuno analisar com mais profundidade os meandros dessas ações judiciais ordinárias. Em vez disso, e para completar esta perspectiva panorâmica e comparativa do tema, serão dedicadas em seguida algumas páginas para as chamadas ações ou remédios constitucionais criados específica e especialmente para enfrentar as situações de omissão inconstitucional.

5.1. MANDADO DE INJUNÇÃO

De acordo com o art. 5.º, LXXI, da CF/88, "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Antes da promulgação da recentíssima lei que veio finalmente regulamentar (pela primeira vez) o exercício do mandado de injunção (Lei n.º 13.300, de 23 de junho de 2016), muito havia sido discutido, na academia e nos tribunais, sobre se o dispositivo constitucional que dispunha sobre o mandado de injunção deveria ter aplicação imediata, uma vez que a Constituição o consagrava como direito fundamental, mas não dispunha sobre as condições e pressupostos da ação que deveriam ser observados antes da sua propositura, bem como sobre os demais aspectos processuais a serem observados durante a sua tramitação[41].

Havia também muitas dúvidas sobre se o mandado de injunção constituía uma ação meramente declaratória da omissão; se se tratava de uma ação mandamental, por meio da qual o interessado podia pedir que o Judiciário determinasse o cumprimento da norma constitucional a quem tinha o dever de a cumprir; ou, finalmente, se se tratava de uma ação constitutiva, em que se requeria que o Judiciário, ultrapassando a omissão inconstitucional, tornasse viável o exercício do direito reclamado. Existiram ainda muitas controvérsias sobre a legitimidade processual *ad causam*[42] e houve alguma hesitação no sentido de determinar os efeitos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção: não se sabia ao certo se a decisão atingia apenas as partes implicadas ou se atingia todos os que se encontrassem em idêntica situação.

Todas essas questões foram sendo enfrentadas ao longo dos anos pelo próprio Supremo Tribunal Federal (doravante "STF"), que tem a competência para analisar a maior parte dos casos, nomeadamente quando a omissão é atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo nacionais, nos termos da alínea "q" do artigo 102 da CF/88. Sobre o problema da legitimidade *ad causam* para figurar como autor da ação, a jurisprudência acabou por firmar o entendimento de que seria possível impetrar não

41 Esta discussão foi ultrapassada no sentido de ser concedida aplicabilidade imediata no Mandado de Injunção (doravante "MI") n.º 107/DF (julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 23/11/1989, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908).

42 Relativamente à questão da legitimidade passiva ad causam, o STF definiu que deve figurar como parte a autoridade que deveria ter cumprido a Constituição. No caso do MI 1525-AgR (julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 24/03/2011, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621823), o agravante, isto é, o impetrado na ação original (o Estado de Santa Catarina) argumenta que, no caso de ser reconhecida a omissão inconstitucional para conceder a aposentadoria especial a funcionário público, dever-se-ia admitir como litisconsorte passivo necessário o instituto de previdência social. O seu pleito foi considerado incabível porque o STF já solidificou o entendimento de que deve constar no polo passivo da demanda a autoridade que foi omissa em relação à Constituição, não aquelas que deveriam realizar as respectivas readaptações posteriores pela via regulamentar.

apenas mandados individuais de injunção, por aqueles que se sentissem prejudicados pela omissão inconstitucional, mas também seria possível impetrar mandados de injunção de natureza coletiva, por meio de entidades representativas de classe[43], a exemplo dos partidos políticos e sindicatos, para defender interesses que extrapolam a esfera de proteção de um único indivíduo.

As decisões proferidas no mandado de injunção (sejam elas de natureza individual ou coletiva), tal como aquelas proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, apresentavam (de certa forma) uma eficácia *erga omnes*, ou seja, eram extensíveis a todas as situações semelhantes. Isto porque, de acordo com aquilo que parece ser o entendimento mais atualizado do Tribunal (construído antes da promulgação da lei que veio regulamentar o mandado de injunção), o legislador constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão – controle difuso e abstrato – idênticas consequências jurídicas. A diferença entre as ações deveria residir, contudo, no seguinte: no mandado de injunção, o impetrante deveria provar o interesse jurídico no tocante à proteção do direito subjetivo, e, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por se tratar de processo objetivo, ela poderia ser instaurada independentemente de demonstração do interesse jurídico[44] [45]. Estas soluções foram alteradas, como se mostrará a seguir, com a edição da Lei n.º 13.300/2016.

Relativamente ao tipo de provimento a ser deferido pelo Tribunal, inicialmente, o entendimento era o de que o STF, diante da omissão inconstitucional (total ou parcial)[46], só poderia declarar a existência desta situação. Portanto, pelo menos nessa fase incipiente da jurisprudência, a natureza do instrumento era considerada como puramente declarativa: constatando-se a mora do órgão competente, deveria ser solicitada a edição da norma[47], muito à imagem do que sucede em Portugal com

43 MI n.º 20/DF, julgado pelo STF em 19/05/1994, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733.

44 MI n.º 107/DF, julgado pelo STF em 23/11/1989, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908.

45 A regra do interesse jurídico parece "falhar" no mandado de injunção coletivo, tendo em vista que os legitimados para a propositura da ação não apresentam, em princípio, esse pressuposto processual para a propositura da ação. É que, tal como acontece com os demais processos de natureza coletiva, os autores não defendem direitos ou interesses materiais próprios, mas aqueles compartilhados por vários indivíduos e conhecidos como direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. Em sede de processos coletivos, alguns dos institutos jurídicos do direito processual tradicional se esbatem. Os meandros desse tipo de ação coletiva não podem, contudo, ser tratados neste trabalho.

46 A ocorrência de omissão legislativa total tende a ser, na visão de GILMAR MENDES, cada vez mais rara, tendo em vista a densificação gradual pelo legislador das normas constitucionais desde a promulgação da Constituição. A omissão legislativa parcial, por sua vez, pode ser decorrente (a) do cumprimento incompleto do mandamento constitucional; (b) da inconstitucionalidade superveniente da lei que inicialmente cumpria estritamente com o estabelecido na Constituição; (c) da concessão de um benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade. Gilmar Mendes. "Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional", disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf, p. 14.

47 MI n.º 107/DF, julgado pelo STF em 23/11/1989, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908.

o disposto no n.º 2 do artigo 283.º da CRP. O STF não era capaz de elidir a mora legislativa e limitava-se a expedir comunicado para que o Poder Legislativo suprisse a omissão, sem a fixação de qualquer prazo, sob o fundamento de que era impossível cominar penas em razão da inobservância do prazo para legislar[48].

Em 1991, no Mandado de Injunção n.º 283, o Tribunal começou a mudar a sua concepção acerca da natureza da ação para assumir uma postura mais incisiva, proferindo decisão de natureza aditiva, numa solução de pendor mais normativo: estabeleceu que o Poder Legislativo deveria afastar a lacuna legislativa a fim de garantir o exercício do direito reclamado em 45 dias (com um acréscimo de 15 para a sanção presidencial), sob pena de ser assegurado ao prejudicado, pela via processual adequada, uma reparação contra a União Federal em função das perdas e danos[49]. Mais tarde, em 1992, o STF fixou o prazo de 6 meses para que o legislador suprisse a falha e, caso não o fizesse, o requerente poderia gozar do direito pretendido[50]. No mesmo ano, e tendo em vista a emissão anterior de uma comunicação dirigida ao Poder Legislativo sobre a mesma matéria, o STF decidiu ser desnecessária nova comunicação, garantindo-se desde logo aos impetrantes o direito de ingressarem com uma ação ordinária, na jurisdição comum, requerendo a respectiva reparação econômica[51].

Para se ter uma noção mais exata dos enormes avanços empreendidos pelo STF no tocante ao controle das omissões inconstitucionais pela via do mandado de injunção, serão agora analisados dois episódios jurisprudenciais paradigmáticos e que correspondem à sua orientação mais recente.

O primeiro caso envolvia o direito de greve dos funcionários públicos. O direito de greve é um direito fundamental que está previsto no *caput* do artigo 9.º da CF/88. Contudo, relativamente aos funcionários Públicos, a Constituição, na parte relativa à "Administração Pública", dispôs, no inciso VII do artigo 37, o seguinte: "o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica". Portanto, havia alguma doutrina jurídica que era contrária à existência de um verdadeiro direito de greve dos funcionários públicos, e isto, por seu turno, acabava por dar "ares de legitimidade" à atitude hostil do Estado (enquanto empregador em face dos seus trabalhadores subordinados) no sentido de travar o movimento

48 MI n.º 361-1/RJ, julgado pelo STF em 08/04/1994, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794; MI n.º 584/SP, julgado pelo STF em 29/11/2001, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81868.

49 MI n.º 283/DF, julgado pelo em 20/03/1991, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766.

50 MI n.º 232/RJ, julgado pelo STF em 02/08/1991, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759.

51 MI n.º 284/DF, julgado pelo STF em 22/11/1991, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767.

de paralisação dos trabalhadores, sob o argumento de que a continuidade dos serviços públicos é regra de observação imperiosa. Noutras ocasiões, a greve era simplesmente "tolerada", sobretudo quando as questões de direito reclamadas pelos trabalhadores eram vistas como justas, adequadas ou prementes pela sociedade. À luz daquele primitivo entendimento, portanto, o direito de greve nunca seria dotado de plena eficácia ou exequível até que fosse promulgada uma lei específica que regulamentasse o seu exercício[52]. Faltando, como faltava – e ainda falta –, por inércia do Legislativo, uma tal lei, o Estado beneficiava materialmente da sua própria conduta constitucionalmente censurável.

Nesta matéria, o STF tinha firmado inicialmente o entendimento de que, sem a edição da lei necessária para regulamentar a norma constitucional de eficácia limitada, os servidores públicos não poderiam exercer o direito de greve[53]. Limitava-se a declarar a existência de mora legislativa excessiva e irrazoável na criação da lei específica, tendo emitido pela primeira vez, na oportunidade do julgamento do MI 20-DF, uma comunicação ao Congresso Nacional[54].

Em 2007, na ocasião do julgamento de diversos mandados de injunção coletivos propostos por associações sindicais que reclamavam a efetividade do direito de greve[55], o STF passou a ter uma atuação mais desinibida nos casos de inatividade do Legislativo e especificamente na questão da greve dos funcionários públicos. Neste contexto, decidiu o STF que, diante da omissão legislativa, "incumbe ao poder judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos", definindo, ainda, que a lei a ser aplicada para garantir o direito reclamado enquanto o legislador se mantiver omisso é a Lei Geral de Greve, inicialmente promulgada para regular as relações entre privados. Relativamente aos limites ao direito de greve, em

52 É possível defender, contudo, que, em função do disposto § 1.º do artigo 5.º da CF/88, segundo o qual "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", as greves que, entretanto, foram deflagradas no setor público, antes do posicionamento mais recente do STF em 2007 que colmatou a lacuna, não poderiam ser consideradas abusivas mesmo com a falta de regulamentação legislativa. O direito de greve, como direito fundamental, foi reconhecido pela Constituição, não podendo ter o seu conteúdo esvaziado porque o legislador ordinário não definiu os seus limites. E o STF, de certa forma, já tinha reconhecido isto, ao julgar, por exemplo, um recurso extraordinário proposto por um trabalhador que tinha sido demitido da função pública de forma justificada pelo fato de ter aderido ao movimento grevista. Observe-se o seguinte excerto: "a ausência de regulamentação do direito de greve não transforma os dias de paralisação em movimento grevista em faltas injustificadas". Cf. Recurso Extraordinário n.º 226.966, julgado pelo STF em 11/11/2008, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601215.

53 MI n.º 20/DF, julgado pelo STF em 19/05/1994, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733..

54 Mandado de Injunção n.º 20/DF; Cf. também: MENDES, Gilmar. Jurisdição Constitucional no Brasil, pp. 17-18.

55 MI n.º 670/ES, julgado pelo STF em 25/10/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549; MI n.º 708/DF, julgado pelo STF em 25/10/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551; MI n.º 712-8/PA, julgado pelo STF em 25/10/2007, disponível em www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=712&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M.

atenção ao princípio da continuidade do serviço público, ficou definido que ao Supremo "impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício", caso a caso. Por exemplo, no caso concreto do MI 712-8/PA, determinou-se a observância da "coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social que a prestação continuada dos serviços assegura".

Pode-se dizer que o voto do ministro GILMAR MENDES influenciou sobremaneira o julgamento no MI712-8/PA. Entre afirmações convictas e peremptórias sobre a vinculatividade do Estado perante a ordem constitucional, afirmou aquele ministro que ao legislador não cabe fazer um juízo de oportunidade e conveniência quanto à edição da norma diante de uma ordem da Constituição[56]. Afirmou, ainda, que, diante do cenário de omissão prolongada, e mesmo após as comunicações destinadas ao Congresso Nacional ao longo de anos "a não atuação no presente momento já se configuraria quase uma espécie de 'omissão judicial'"[57]. É perceptível no voto do ministro o desejo de dar à jurisdição constitucional brasileira um papel mais ativo, por meio de uma sentença de tipo criativo, inspirada nas sentenças aditivas italianas e nas decisões alemãs (de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade)[58].

É bem verdade que o direito de greve constitui um direito de liberdade. Porém, o mandado de injunção também pode ser manejado quando o direito constitucional, cuja efetividade se pretende exigir, apresenta como principal característica uma dimensão positiva ou prestacional. É com este preâmbulo que se apresenta o segundo caso (dentre os vários enfrentados em sede de mandado de injunção) escolhido por ser paradigmático no que diz respeito à concretização de direitos sociais prestacionais.

No mandado de injunção n.º 721-7/DF[59] estava em causa o direito ao recebimento de prestações de reforma. Tratava-se de uma ação manejada por uma funcionária pública, auxiliar de enfermagem, que trabalhava em funções insalubres desde 1986, e que requereu, não obstante a ausência de regulamentação legal exigida pela Constituição, que fosse suprida a omissão para ser reconhecido o seu direito à aposentadoria especial[60]. A concessão deste direito implicava reconhecer

56 MI n.º 712-8/PA, p. 436.

57 MI n.º 712-8/PA, p. 431.

58 MI n.º 712-8/PA, p. 436.

59 MI n.º 721-7/DF, julgado pelo STF em 30/08/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390.

60 O conteúdo constitucional ofendido pela omissão era o seguinte: "Artigo 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados (...) é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo (...) § 4.º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (...) III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

o cabimento de uma contagem diferenciada do tempo de serviço, de modo a que a funcionária pudesse reformar-se com um menor tempo de serviço em função da exposição a agentes insalubres durante o exercício da atividade profissional. A impetrante requereu que a omissão inconstitucional fosse afastada pela aplicação da Lei n.º 8.213/91 que dispõe sobre o Regime Geral da Previdência Social aplicado aos trabalhadores da iniciativa privada.

É interessante notar a apreciação que o relator desta ação faz sobre a nova postura que o STF tem que assumir para garantir a supremacia da Constituição, passando necessariamente por uma nova perspectiva do mandado de injunção:

> Ao agir, o judiciário não lança, na ordem jurídica, preceito abstrato. Não. O que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito (...). É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo (...). É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional (...). Impetra-se este mandado de injunção não para lograr-se simples certidão de omissão do Poder [competente para a edição da lei] (...). Busca-se o judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas consequências da inércia do legislador[61].

Por unanimidade, a ação foi julgada parcialmente procedente para reconhecer que, diante da inexistência de disciplina especial para os funcionários públicos, dever-se-ia aplicar o Regime Geral da Previdência Social dos trabalhadores privados, para conceder à impetrante, que contava com 25 anos de serviços prestados com a dilação fictícia do tempo em razão da aplicação da Lei n.º 8.213/91, o direito à aposentadoria especial e, consequentemente, o direito às prestações de reforma.

Como já dito anteriormente, o conteúdo e a extensão do mandado de injunção foram sendo definidos a pouco e pouco pela própria atividade do STF, sendo possível vislumbrar, com bastante nitidez, mudanças substanciais ao longo dos tempos no enfrentamento das omissões inconstitucionais. Não obstante a imensa doutrina judicial desenvolvida sobre o tema, ainda persistiam muitas dúvidas sobre a natureza da ação, sobretudo quanto aos efeitos da decisão judicial. Tratar-se-ia de um controle puramente difuso ou concreto de normas como sugere GILMAR MENDES? Ou um controle com contornos mais abstratos, atendendo a que os efeitos da decisão tendem a ser universalizados?

61 MI n.º 721-7/DF, pp. 9-10.

Observe-se que, no caso do direito à greve, depois da decisão, o seu exercício deixou de ser considerado algo ilícito ou apenas tolerado, cujos limites poderão ser objeto de apreciação judicial, caso a caso, apenas quando emerja algum litígio a este propósito. De igual forma, na ação sobre o direito à aposentadoria especial, várias ações semelhantes foram apreciadas e julgadas no mesmo sentido. Portanto, o que parece existir é um "resíduo" de direito que deve ser analisado no caso concreto, mas, de um modo geral, pode-se dizer que aquelas decisões, proferidas nos *leading cases*, parecem ser replicadas para atingir todas as pessoas que estão ou que venham a estar em idêntica situação. Assim sendo, depois daqueles julgamentos, pacificou-se o entendimento de que a inexistência de uma lei específica sobre o direito de greve ou sobre o direito à aposentadoria especial pelos funcionários públicos não pode impedir o exercício desses direitos. As decisões judiciais do STF "supriram" a lacuna até que uma lei, de iniciativa parlamentar, especificamente aprovada pelo Congresso Nacional, passasse a regulamentar as situações concretas. Esta eficácia mais alargada da decisão judicial, em sede de mandado de injunção, parece não se compaginar com algumas características do controle concreto de constitucionalidade. Portanto, se se mantivesse essa tendência jurisprudencial, seria possível afirmar que uma pessoa poderia provocar diretamente o STF para que este concretizasse um determinado direito diante de uma omissão persistente e irrazoável do responsável pela emissão da respectiva norma. O mandado de injunção consubstanciar-se-ia numa poderosa arma nas mãos dos cidadãos para a defesa dos seus direitos sociais constitucionais.

O advento da Lei n.º 13.300/2016, todavia, veio colocar um ponto final em algumas controvérsias, não sendo seguro que não tenha aberto as portas para outras.

Em primeiro lugar, o Judiciário deverá reconhecer o estado da mora legislativa e a "injunção" materializar-se-á, nos termos dos incisos I e II do art. 8.º, na determinação de prazo "razoável" para que a entidade faltosa edite a norma regulamentatória, estabelecendo o tribunal, de antemão, "as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamadas".

Caso não seja suprida a omissão legislativa no prazo determinado, na própria decisão que reconhecer a mora, o tribunal poderá fixar as condições em que o interessado poderá mover ação própria a fim de exercer aqueles direitos, liberdades e prerrogativas. Se, relativamente à mesma matéria, for proposto outro mandado de injunção em face do mesmo impetrado, e se restar verificado que ele incumpriu prazo estabelecido na primeira ação, o tribunal não fixará novo prazo, nos termos do parágrafo único do art. 8.º A lei, no entanto, não esclarece o que deverá o tribunal fazer caso se depare com esta última situação. De qualquer forma, parece continuar perfeitamente válida a pretensão, individual ou coletiva, de responsabilização do Estado em razão da omissão.

Em segundo lugar, os efeitos da sentença, em regra, serão limitados subjetivamente às partes, de acordo com o *caput* do art. 9.º, podendo, como se verá a seguir, ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes*, de acordo com o § 1.º do mesmo dispositivo. É possível, também, que os efeitos da decisão após o seu trânsito em julgado, nos termos do § 2.º, sejam estendidos a outros casos análogos, por decisão monocrática do relator. Do exposto parecem existir três situações perfeitamente diferenciadas, devendo-se concluir o seguinte: 1) o mandado de injunção só atingirá as partes processuais se se tratar de *mandado de injunção individual*; 2) os efeitos *ultra partes* e *erga omnes* à sentença só serão conferidos aos mandados de injunção coletivo, pois, aqui se parte do pressuposto de que os efeitos da sentença devem extrapolar necessariamente as esferas jurídicas das partes processuais; 3) por fim, a terceira situação visa dar uma solução aos processos repetidos, sejam eles de natureza individual ou coletiva, não havendo uma *extensão automática* dos efeitos *erga omnes* a todos os casos semelhantes judicializados ou não, como acontecia anteriormente.

Note-se que a lei não explica em que situações será concedida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, devendo-se recorrer ao disposto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), porque é neste dispositivo que o legislador conceitua essas expressões que, por sua vez, são próprias dos chamados "processos coletivos", ou seja, processos que visam satisfazer pretensões fundadas em interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos[62]. Portanto, haverá coisa julgada (caso julgado na nomenclatura portuguesa) *ultra partes*, ou seja, limitada ao grupo, categoria ou classe, nas situações litigiosas envolvendo interesses coletivos; haverá coisa julgada *erga omnes*, se se tratar de interesses individuais homogêneos ou difusos. Ressalte-se que o disposto no § 3.º do art. 9.º já reconhece a flexibilização da coisa julgada em função da insuficiência de provas, admitindo-se a renovação do pedido desde que existam "outros elementos probatórios".

Em terceiro lugar, e à luz do art. 11.º, a norma produzirá efeitos *ex nunc*, não sendo possível aos interessados beneficiarem retroativamente da decisão. Esta solução parece resolver, pelo menos à primeira vista, um eventual problema de justiça na relação entre privados, ao impedir a possibilidade de se pedir a observância retroativa de um determinado direito a quem não era obrigado a observá-lo em virtude da ausência de norma legal que o dotasse de eficácia. Neste caso, aquele

62 De acordo com o parágrafo único do art. 81º do CDC: "A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

que não gozou de um determinado bem fundamental por inação do Estado também não poderá suportar os ônus da omissão inconstitucional: caberá aqui ação de responsabilização do Estado[63].

5.2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Não obstante a influência da ordem constitucional portuguesa no tocante ao tratamento das omissões inconstitucionais em sede de fiscalização abstrata, a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no Brasil é muito mais ampla do que se verifica no caso português. Em princípio, têm legitimidade para suscitar a existência de inconstitucionalidade por omissão todos aqueles que possuem legitimidade para ingressarem com ações em sede de controle abstrato de normas, observadas as regras da pertinência temática onde couber[64] [65]. Esta compreensão de um poder amplo de iniciativa para a propositura da ação, acolhida pelo STF, não sem críticas, decorre de uma interpretação mais extensiva do artigo 103 da CF/88, de modo a assegurar a maior eficácia possível à norma constitucional. A crítica contra essa interpretação, também formulada por ministros do STF, decorre do fato de se permitir que o Poder Legislativo (por intermédio da Mesa do Senado Federal, da Mesa da Câmara dos Deputados, ou da Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal) ingresse com a respectiva ação, muito embora possua responsabilidade (ou corresponsabilidade) pelo eventual estado de inconstitucionalidade e seja o primeiro destinatário da decisão que reconhecer a omissão inconstitucional[66].

63 O prejudicado pela omissão inconstitucional do Estado não deverá suportar definitivamente o ônus dessa omissão: ele poderá requerer o reconhecimento da responsabilidade do Estado e, consequentemente, o seu dever de reparação. Em defesa da responsabilização do Estado em razão da omissão legislativa, por infração do princípio da legalidade, ver: André Puccinelli Júnior. Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador. 2ª edição. São Paulo, 2013, p. 251.

64 ADIn n.º 1.151/MG, julgada pelo STF em 11/11/1994, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346857.

65 A pertinência temática pode ser conceituada como aquela relação de afinidade estabelecida entre as finalidades defendidas pelo proponente da ação, previstas nos seus estatutos sociais, e o objeto de discussão judicial.

66 ADO n.º 3.682/MT, julgada pelo STF em 09/05/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460. No caso português, foi o texto constitucional que, deliberadamente, restringiu a legitimação da propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão a somente três entidades. Houve, contudo, em 1982, uma proposta subscrita pelo então deputado Jorge Miranda, por meio da qual se previa o alargamento do direito de iniciativa, de modo que o regime da fiscalização da omissão fosse praticamente idêntico ao da inconstitucionalidade por ação. A proposta, contudo, foi rejeitada com base no argumento de que "seria pouco razoável atribuir poder de iniciativa em matéria de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão a entidades que pudessem exercer iniciativa legislativa junto do órgão competente". Contudo, como muito bem retorque JORGE PEREIRA DA SILVA, este argumento não é convincente, já que o poder de iniciativa legislativa não pode substituir ou compensar a perda do poder de iniciativa de fiscalização. Para o autor, causa espanto o fato de os deputados da Assembleia da República terem sido afastados desse poder de iniciativa, "uma vez que tal regime pode redundar na proteção das maiorias responsáveis pelas omissões legislativas e, porventura, no abandono das minorias empenhadas na concretização das normas constitucionais". A Constituição Portuguesa acaba por permitir, desta forma, que "as minorias suscitem

Quanto à decisão que reconhece a inércia inconstitucional, observe-se que o § 2.º do artigo 103 da CF/88 admite a possibilidade de ser declarada, em sede de fiscalização abstrata, não apenas a inconstitucionalidade da omissão legislativa, mas também aquela de origem administrativa. Dispõe ainda o mesmo dispositivo que "o STF deverá dar ciência da decisão ao órgão competente para que este possa adotar as medidas necessárias, sendo certo que, se se tratar de órgão administrativo, este deverá realizá-las em trinta dias".

Outras duas características podem ser retiradas da prática jurisprudencial brasileira atual para evidenciar a forma como são tratadas, judicialmente, as questões relativas às omissões legislativas inconstitucionais em sede de controle abstrato: a primeira está relacionada com a indicação de um tempo razoável para que o Poder Legislativo colmate a lacuna; a segunda relaciona-se com o fato de se reconhecer a existência objetiva de omissão constitucional, mesmo nas situações em que ficou reconhecido o grande esforço do Poder Legislativo quanto à apresentação de vários projetos de lei no sentido de densificar a norma constitucional[67]. Por fim, e por se tratar de ação movida no âmbito da fiscalização abstrata, as decisões produzirão efeitos, em regra, *erga omnes* e vincularão os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal (§ 2.º do artigo 102).

As violações negativas da Constituição relativas aos direitos sociais também podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade: não apenas as violações decorrentes da falta de concretização pelo legislador de direito fundamental constitucional não exequível, mas também as omissões quanto à concretização de direitos decorrentes de normas mais abstratas e dirigentes, normalmente denominadas de normas programáticas[68]. Neste sentido, destaca-se, pela sua grande importância, a ação direta de inconstitucionalidade impetrada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura em que se discutiu, dentre outras matérias, uma inconstitucionalidade por omissão parcial, tendo em vista que a Medida Provisória

a fiscalização da constitucionalidade das leis aprovadas pela maioria", mas não permite que "as minorias suscitem a questão da inconstitucionalidade das omissões perpetuadas pela rejeição maioritária de projectos de lei". Jorge Pereira da Silva. Dever de legislar e protecção jurisdicional, pp. 140-141.

67 Ficou reconhecido, na decisão da ADI n.º 3682 (mencionada acima), que a inércia do legislativo, não obstante os esforços empreendidos para ultrapassá-la, consolida objetivamente o estado de inconstitucionalidade e fere a ordem constitucional. Desta forma, o STF fixou um prazo de 18 meses para que o órgão competente cumprisse com o determinado constitucionalmente, afirmando que: "não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal [em outras ações judiciais]...".

68 "O Estado não pode dispensar tratamento inconsequente às diretrizes constitucionais que definem, a partir da identificação das necessidades sociais básicas do trabalhador e de sua família, os critérios que devem orientar o legislador na fixação do salário mínimo, sob pena de se admitir que a classe operária seja titular de direitos abstratos e destinatária de proclamações retóricas tão elegantes na forma quanto vazias de significação em sua própria essência". Cf.: ADO n.º 1.442-1/DF, julgada pelo STF em 03/11/2004, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=389587.

n.º 1.415, de 24/04/96, editada pelo Presidente da República, que fixou o valor do salário-mínimo nacional em R$ 112,00 e fixou critérios de reajustes, violou a norma dirigente que está explícita no inciso IV do artigo 7.º da Constituição, que dispõe:

> Artigo 7.º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Apesar de não ter conhecido da ação, tendo em vista a revogação superveniente do diploma questionado, segundo o STF, o valor do salário mínimo, após o reajuste fixado na medida provisória, era insuficiente para atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às dos membros da sua família, configurando-se um incumprimento, ainda que parcial, da Constituição, porquanto:

> o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna (CF, art. 7.º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica[69].

O STF deixa também bastante claro qual o papel do legislador diante das regras e princípios constitucionais:

> A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também compromete a eficácia da declaração constitucional de direitos e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional, ainda que se cuide de omissão parcial, refletem comportamento estatal que deve ser repelido, pois a inércia do Estado – além de gerar a erosão da própria consciência constitucional – qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança ilegítima da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário.

69 ADO n.º 1.442-1/DF, p. 137.

6. Considerações finais

Se se abstrair do fato de a Constituição Brasileira apresentar uma maior abertura para mecanismos processuais que permitem com maior facilidade o questionamento pelo Judiciário dos incumprimentos pelo Poder Político dos direitos sociais, a maior diferença entre Portugal e Brasil reside, claro, na autocontenção e relativa timidez do Tribunal Constitucional Português quando comparado com o ativismo mais desinibido do Supremo Tribunal Federal.

Os fatores responsáveis por esta diferente postura são vários. Desde logo, por influência norte-americana, o Brasil sempre exibiu uma tradição mais "jurisprudencialista". Soma-se a isto, mais recentemente, o movimento de progressiva "constitucionalização" da ordem jurídica, por vezes também chamado de "neoconstitucionalismo". Porém, os dois fatores possivelmente mais decisivos passam por um sentimento de "crise do direito legislado" e outro sentimento, associado ao primeiro, de "crise das instituições políticas" tradicionais – particularmente as instituições representativas. Nenhum dos dois é exclusivo do Brasil, mas apresentam intensidade especial neste país.

O sentimento da crise do direito legislado é algo vago, que abrange potencialmente várias dimensões. Uma das mais típicas é a noção de que a criação legislativa de direitos e da sua regulamentação é extremamente lenta, além de ineficaz. Esta lentidão prende-se, claro, com a compreensível dificuldade em obter consensos e compromissos políticos alargados em sociedades pluralistas como as contemporâneas. Por contraste, porém, as necessidades sociais e as demandas que elas geram exigiriam respostas urgentes, sobretudo atendendo à aceleração das mutações tecnológicas, sociais, políticas e econômicas de um mundo moderno e globalizado.

Este sentimento de falta de celeridade e inadequação da produção legislativa seria exacerbado no Brasil pelas próprias características do sistema político. Com efeito, à proliferação de partidos, pouco ou nada estruturados do ponto de vista ideológico, soma-se uma personalização extrema do sistema eleitoral, a fraqueza de associações da sociedade civil normalmente associadas à participação política e, mais recentemente, a percepção crescente de corrupção. A própria estrutura federal do sistema, ao multiplicar os interesses e complexificar os processos negociais, tornaria mais difíceis e insatisfatórios os acordos políticos e a produção de legislação deles decorrente.

Estas características do sistema político, associadas à incapacidade do Poder Legislativo e Executivo de responder adequadamente às demandas, reforçaram, por outro lado, a "crise das instituições políticas" e, assim, a própria percepção da legitimidade do poder político oriundo de eleições. Os representantes, assim, seriam pouco representativos da sociedade e, por isso, as suas decisões não representariam

genuinamente, com autoridade moral suficiente, a vontade do povo[70]. Neste contexto, à medida que o Poder Legislativo e as suas opções são vistos como cada vez menos legítimos, a legitimidade relativa de instituições como o Judiciário, em particular o STF, vistos como órgãos caracterizados pela independência e imparcialidade, parece sair reforçada. Com esta legitimidade reforçada, não é de admirar também que os tribunais superiores brasileiros se tenham sentido mais legitimados e até "convocados" também para assumir um papel mais ativo, quase como um "segundo legislador" determinado em concretizar e dar efetividade prática aos direitos sociais e às normas dirigentes da Constituição.

Esta postura teve, é certo, efeitos manifestamente positivos no cenário brasileiro, precisamente pelo atraso estrutural em que este se encontrava no período que sucedeu imediatamente ao fim da ditadura e consolidação da nova ordem constitucional: o *welfare state*, tal como conhecido na Europa ocidental, era virtualmente inexistente; o acesso a direitos básicos, como moradia, educação, saúde, água potável e saneamento básico, era escasso, precário e, sobretudo, extremamente desigual; as desigualdades de classe e regionais eram, e permanecem, o grande flagelo do país[71].

Pode, pois, argumentar-se que a postura "ativista" e, por vezes, francamente "criadora" do Judiciário teve um efeito "progressista" e benéfico para o país e para a realização do projeto constitucional, nomeadamente pelo progresso que obteve em matéria de direitos sociais. Assim, pelo menos por ora, esta postura do Judiciário está justificada pelos efeitos que teve, debelando os problemas causados pela "crise do direito legislado e das instituições políticas" e promovendo a célere adaptação do direito às transformações tecnológicas e às demandas sociais.

Embora este tema ultrapasse em muito os objetivos do texto e seja imensamente complexo – de tal modo que não poderia ser satisfatoriamente tratado nestas poucas linhas finais –, importa sublinhar que esta solução encerra também riscos substanciais e pode, em contextos diferentes, revelar-se impraticável e mesmo nefasta.

Desde logo, levada muito longe, esta tendência do Judiciário pode levar ao "governo dos juízes", isto é, à usurpação do poder que legitimamente pertence aos representantes democraticamente eleitos. Mesmo órgãos como o STF ou os tribunais

70 De acordo com uma pesquisa realizada e apresentada em 2013 pelo Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística (IBOPE), que auferiu os índices de confiança da população em instituições e organizações sociais, os brasileiros confiam muito pouco nas instituições políticas: numa escala de 0 a 100 pontos, a Presidente da República detém 42 pontos, os sindicatos têm 37, o Congresso Nacional aparece com 29, e os partidos políticos ocupam o último lugar do ranking, com apenas 25 pontos na escala de confiança da população. Pesquisa disponível em http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx. Entretanto, e face ao adensar dos escândalos de corrupção e o aprofundamento da crise política, é provável que estes índices tenham piorado substancialmente.

71 Confirme-se este diagnóstico aqui: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010, n.º 27. Rio de Janeiro, 2010.

constitucionais europeus, não têm legitimidade democrática direta, apenas derivada[72]. As constituições atuais reservam, de resto, lugar de destaque, entre outros, ao princípio democrático e à igualdade política, pelo que a substituição do Poder Legislativo pela capacidade de ilimitada criação do Poder Judiciário, uma minoria sujeita a escasso controle, constituiria uma violação dos próprios projetos constitucionais[73]. Além dos riscos de criar um órgão "aristocrático", sujeito a pouco ou nenhum controle – os membros do STF têm mandato vitalício –, parece falhar o "alvo" uma estratégia que, perante um problema político, que é o da deslegitimação democrática das instâncias representativas, ignore a necessidade de efetuar uma reforma "redemocratizante" e "relegitimizadora" do próprio sistema político, adiando a resolução do problema de fundo.

Por outro lado, o pressuposto de que o ativismo judicial, nomeadamente perante normas com parca densificação, seria sempre benévolo em relação à realização dos direitos sociais é dificilmente sustentável. Historicamente, essa tem sido a realidade no território brasileiro, num contexto de crescimento econômico sustentado nas últimas décadas. Porém, noutro contexto econômico e político, um poder judicial mais interventivo e "criador" poderia funcionar em sentido inverso, como sucedeu, por exemplo, com a Suprema Corte americana que se opôs tenazmente à legislação progressista do *New Deal* Rooseveltiano com base numa leitura ultraliberal e principiológica da Constituição. Na verdade, este nem era um fenômeno novo: já antes, em 1905, no caso Lockner vs. New York[74], o tribunal invalidara a legislação estadual que proibia jornadas de trabalho superiores a 10 horas diárias e 60 semanais no setor da panificação, alegando que tal regulação constituía uma "intervenção irrazoável, desnecessária e arbitrária da liberdade de contrato" (*i.e.*, da autonomia privada) que estaria implícita na cláusula do "devido processo" (*due process*) constante da 14ª Emenda à Constituição. A estas decisões sucederam-se outras do mesmo teor.

Note-se, de resto, que, por vezes, alguma rigidez e autocontenção dos órgãos jurisdicionais no domínio da interpretação do texto constitucional até podem revelar-se protetoras do grau de realização já atingido dos direitos sociais. Perante cenários de crise econômica prolongada e de expectativas pessimistas ou mesmo catastróficas, órgãos jurisdicionais com superior margem de manobra poderiam lançar mão de

72 A origem e atuação histórica desta venerada instituição americana, a judicial review, embora frequentemente romantizada, está muito mais ligada a querelas políticas banais e pouco grandiosas. Cf.: Maria Benedita Urbano. Curso de Justiça Constitucional. Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade. Coimbra, 2012, pp. 28 e ss.

73 Para uma obra clássica que contesta a legitimidade do Supremo Tribunal Federal Americano para operar qualquer controle de constitucionalidade para lá daquelas leis ou medidas que possam interferir com o próprio processo democrático, veja-se: John Hart Ely. Democracy and Distrust. Cambridge, 1981.

74 Lockner vs. New York, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 17/04/1905, disponível em http://plaza.ufl.edu/edale/LOCHNER.htm

interpretações mais principiológicas e flexíveis para, a reboque do clima entretanto gerado, e alegando estar a proceder a uma "necessária adaptação" da legislação às novas condições, compactuar com leituras e medidas violadoras da Constituição e do nível já realizado dos direitos sociais[75].

Em todo o caso, e não obstante as cautelas e reservas que aqui foram sugeridas face a um intervencionismo potencialmente excessivo e arbitrário por parte do poder judicial, manifestamente longínquo da realidade no caso português, releva reiterar aqui a importância de "levar a sério" a Constituição como um todo, como um sistema interligado de direitos e de normas principiológicas, que exigem a sua efetivação. Assim, uma Constituição só o será propriamente, só cumprirá a sua função de documento juridicamente vinculante de todos os poderes e conformador da sociedade, se forem respeitados todos os direitos lá previstos, assim como as ordens explícitas e implícitas de legislar que lá se encontram para dar efetividade prática aos mesmos. O tratamento até agora dado às omissões inconstitucionais, no ordenamento jurídico português, parece ter ficado aquém daquele papel que o texto constitucional lhe parecia reservar e que lhe seria devido, pelo que, se se deve guardar algum receio em relação à postura do Poder Judiciário e do Tribunal Constitucional em Portugal, esse receio deve ser o de este se comportar com excessiva timidez e contenção perante reiterados comportamentos lesivos da Constituição.

75 A tendência global para a constitucionalização de direitos e o alargamento dos poderes de fiscalização dos órgãos jurisdicionais é analisada, a partir de uma perspectiva comparada e altamente crítica por Ran Hirschl na sua obra: Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge, 2004.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento. A inércia do legislador e suas consequências**. Lisboa, 2011.

ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", *in*, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, 2003, pp. 21-37.

AMARAL, Maria Lúcia. Justiça constitucional, protecção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais. *Anuário Português de Direito Constitucional*. Coimbra, 2002, pp. 11-22.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra, 2012.

DWORKIN, Ronald. ***Taking Rights Seriously***. Cambridge, 1978.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust**. Cambridge, 1981.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª Edição, Coimbra. 2003.

CARBONELL, Miguel. "Prólogo", *in* ***Teoría e ideologia de la interpretación Constitucional***. Madrid, 2008, pp. 9-25.

CORREIA, Fernando Alves. **Direito Constitucional**. **A Justiça Constitucional**. Coimbra, 2001.

COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A Jurisdição Constitucional em Portugal**. 3ª edição revista e actualizada. Coimbra, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. "*Sobre los derechos fundamentales*". *In* ***Teoria del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos***. Madrid, 2007, pp. 71-89.

HIRSCHL, Ran. ***Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.*** Cambridge, 2004.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why libert depends on taxes*. New York, 1999.

LOPES, Manuela Baptista. "Protecção dos Direitos Económicos e Sociais na Constituição e nos Tratados Internacionais. Relatório Português", *in,* **VIII Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional**. Nicarágua, Julho de 2010, disponível a partir de http://www.tribunalconstitucional.pt.

MEDEIROS, Rui. "O estado de direitos fundamentais português: alcance, limites e desafios". **Anuário Português de Direito Constitucional**, vol II. Coimbra, 2002, pp. 23-43.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al*. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ª edição revista e atualizada. São Paulo, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional no Brasil: o problema da omissão legislativa inconstitucional**, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Lituania.pdf.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Direitos Fundamentais**, tomo IV. Coimbra, 2000.

_____. **Manual de Direito Constitucional - Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição**, tomo VI, Coimbra, 2006.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Aproximações a um conceito de 'norma devida' para efeitos do artigo 77.º do CPTA. *In* **Cadernos de Justiça Administrativa**, n.º 87, maio/junho, 2011, pp. 3-16.

_____. O controlo judicial do exercício do poder regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos revisto. *In* GOMES, Carla Amado (*et. al.*) (Coord.). **Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA.** Lisboa, 2016, pp. 331-377.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra, 2010.

Parecer da Comissão Constitucional n.º 8/77, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/biblioteca/cc/cc_volume_01.pdf.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Omissão legislativa inconstitucional e responsabilidade do Estado legislador**. 2.ª edição. São Paulo, 2013.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional. As instituições do Estado Democrático e Constitucional**. São Paulo, 2009.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010**, n.º 27. Rio de Janeiro, 2010.

Instituto Brasileiro de Pesquisa e Estatística - IBOPE, índices de confiança da população em instituições e organizações sociais, 2013, disponível em: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Paginas/Cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx, acesso em: 26/05/2015.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão**. Lisboa, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª edição. São Paulo, 2012.

TIMBAL, P. C.; CASTALDO, André. ***Histoire des institutions et des faits sociaux***. Sixième édition. Paris, 1979.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de Justiça Constitucional. Evolução Histórica e Modelos do Controlo da Constitucionalidade**. Coimbra, 2012.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIAS | PELA ORDEM EM QUE SÃO CITADAS

Acórdão 116/195 do Tribunal Constitucional, julgamento em 23/02/1995, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19950116.html.

Acórdão 276/89 do Tribunal Constitucional, julgamento em 28/02/198, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890276.html.

Acórdão 474/02 do Tribunal Constitucional, julgamento em 19/11/2002, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020472.html.

Acórdão n.º 472/02 do Tribunal Constitucional, julgamento em 19/11/2002, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020474.html.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 107/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julgamento em 23/11/1989, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 1525-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 24/03/2011, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621823.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 361-1/RJ, Rel. para o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 08/04/1994, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 584/SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julgamento em 29/11/2001, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81868.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 20/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 19/05/1994, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81733.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 283/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 20/03/1991, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 232/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES, julgamento em 02/08/1991, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 284/DF, julgamento em 22/11/1991, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81767.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de RE 226.966, Rel., para o acórdão Min. CÁRMEN LÚCIA, julgamento em 11/11/2008, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601215.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 670/ES, Rel. orig. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Rel. para o acórdão Min. GILMAR MENDES, julgamento em 25/10/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 708/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 25/10/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI 712-8/PA, Rel. Min. EROS GRAU, julgamento em 25/10/2007, disponível em www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=712&classe=MI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de MI n.º 721-7/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgamento em 30/08/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497390.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADI 1.151/MG, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgamento em 11/11/1994, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346857.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADO 3.682/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgamento em 09/05/2007, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460.

Supremo Tribunal Federal. Informação disponível em http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional.

Acórdão do Supremo Tribunal Federal em sede de ADO 1.442-1/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento em 03/11/2004, disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=389587.

Acórdão da Suprema Corte americana no âmbito do caso *Lockner vs. New York*, julgamento em 17/04/1905, disponível em http://plaza.ufl.edu/edale/LOCHNER.htm.

Minorias Raciais e Ações afirmativas – Estudos sobre a *Equal Protection Clause* (Princípio da Igualdade) nos EUA e Princípio da Igualdade no Brasil

CAMILA MELLO E SILVA FORTUNA RODRIGUES[1]
FABIANA DE ALCANTARA PACHECO COELHO[2]

1. Introdução

A *Equal Protection Clause* (Princípio da Igualdade) seria para os norte-americanos tratar igualmente os cidadãos, pressupondo que todos são iguais, que partem do mesmo ponto. Havendo diferenças e estando estas a impedir o exercício de algum direito, procede-se à correção da distorção seja através de atuações do Poder Executivo, seja através do Poder Judiciário. Encontra tal princípio seu alicerce normativo na 5ª e, principalmente, na 14ª Emendas da Constituição Americana, operando estas como limites de atuação do governo e impedindo o abuso do poder normativo. Eis o conteúdo da Emenda 14:

> Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.

Verifica-se, então, que a *Equal Protection Clause* não obriga que todos os indivíduos tenham um tratamento igualitário estabelecido por lei, havendo a possibilidade de estabelecimento de discrímen juridicamente tolerável, valendo-se da Suprema Corte norte-americana para análise da legitimidade deste discrímen do *class base system* (sistema de classe).

O sistema de classe utilizado encerra uma série de categorizações prévias, que importa em identificar se o tratamento adotado pela legislação, ao tratar de forma diferente um grupo ou grupos de pessoas, visa a satisfazer um determinado interesse

1 Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito Público e Evolução Social na Universidade Estácio de Sá. Ex-servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e atual Analista do Ministério Público do Rio de Janeiro, atuante na área de tutela coletiva.

2 Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e Mestre em Direito Público e Evolução Social na Universidade Estácio de Sá. Advogada militante na área cível.

social (*social goal*). Através desse sistema criado, busca-se coibir o uso arbitrário e abusivo do poder normativo estatal na edição de diplomas normativos.

Muitos são os exemplos de casos jurídicos importantes envolvendo a análise pela Suprema Corte americana da *Equal Protection Clause* e questão racial nos Estados Unidos da América, como, por exemplo, o caso Plessy x Fergunson (1896), que acabou por resultar na doutrina dos "Separados, mas iguais", a ser explicada neste artigo; o caso Brown x *Board of Education of Topeka* (1954), que colocou fim à doutrina dos "Separados, mas iguais", e pode-se ainda citar o emblemático caso *Regents of the University of California* x *Bakke* (1978).

No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, o art. 5º, cabeça, da Carta Política de 1988, dispõe que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", o que retrata um axioma aristotélico, articulado por RUI BARBOSA, que é "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades". Tal percepção permite, então, que existam e se naturalizem desigualdades jurídicas na aplicação da lei na cultura jurídica brasileira.

O Estado, por sua vez, no Brasil, deve prestar positivamente meios de redução das desigualdades, o que surge claro na *Lex Mater*, no art. 3º, inciso III, em que resta consagrado que "é objetivo da República Federativa a redução das desigualdades". Com as mudanças dos contextos socioculturais, políticas públicas fomentadoras da igualdade material devem ser priorizadas, o que não implica em absoluta igualdade, mas sim em desigualdade pautada sob aspectos proporcionais e lícitos.

Reconhecendo-se estas desigualdades em ambos os ordenamentos jurídicos, são implementadas ações afirmativas para diminuição de desigualdades, que podem ser definidas como um conjunto de leis, políticas públicas, diretrizes e práticas administrativas que têm como meta finalizar e corrigir os efeitos de uma forma específica de discriminação. Analisar-se-á, então, neste artigo, como se aplicam as medidas nos Estados Unidos e no Brasil.

2. O *Class Base System* e a análise da *Equal Protection* clause na suprema corte norte-americana

A Suprema Corte Americana analisa as violações do princípio da igualdade através de categorizações prévias valendo-se do chamado *class base System* (sistema de classes) para análise de constitucionalidade do ato ou diploma legal combatido.

A Corte desenvolveu duas abordagens complementares: *scrutiny* (escrutínio) e *classification* (classificação).

O escrutínio relaciona-se ao grau de rigor da análise argumentativa ao qual deverá ser submetido o discrímen. É um teste que deve ser vencido pela legislação para aferir sua adequabilidade à Constituição Federal.

Apresenta três graus de rigor analítico: *strict scrutiny*, *intermediate* (*heightened ou semisuspect*) *scrutiny* e *minimum scrutiny*. Considera-se, nesse momento, a relação entre a pertinência do critério e o peso do interesse social que está em jogo.

A *classification*, por sua vez, diz respeito ao tipo de classe, categoria, diferenciação utilizada para a elaboração da norma. Esse teste requer que o Estado mostre que o esquema classificatório escolhido se relacione razoavelmente com um interesse público legítimo, com uma ampla margem de discricionariedade política para o legislador em oposição a uma atitude de maior contenção da Corte.

São essas as divisões de categorias para análise da *classification:* a primeira, a *non suspect,* leva à presunção de constitucionalidade e se resolve no *rational basis classification* – levará ao *minimum scrutiny test* –, cabe ao interessado suportar o ônus argumentativo de justificar a ausência de razoabilidade da diferenciação utilizada. Nessa categoria, encontra-se a maior parte dos casos de *equal protection*: idade, preferências políticas, riqueza ou deficiências físicas e mentais. Nessas hipóteses, a tradição da Corte é de reconhecer a constitucionalidade da norma.

A segunda categoria de classificação é a *quasi suspect classification*, que leva ao *intermediate scrutiny* – presunção relativa de constitucionalidade –, geralmente casos envolvendo gênero e orientação sexual.

A terceira categoria é a *suspect classification*, que leva a *strict scrutiny*, em que há presunção de constitucionalidade por reconhecer que a distinção adotada pela norma viola a *equal protection clause*. Na prática, a presunção é quase absoluta, impedindo o uso desse critério classificatório.

Para exemplificar uma análise da Suprema Corte com utilização do *class base* system, em caso envolvendo a *Equal Protection Clause* e questão racial, DUARTE e IORIO (2015, p. 212) assim minudenciam as etapas seguidas para a análise da legislação:

> 01. Primeiro a Corte distingue entre legislações que utilizam a raça ou outra classificação suspeita e legislações, que, apesar de não baseadas em questões não raciais, têm um impacto considerável sobre minorias raciais.
> 02. Se a legislação usar termos raciais, deve passar pelo teste da *strict scrutiny*, o que significa que a legislação deve ter como foco proporcionar objetivos sociais extremamente importantes. O uso da categoria racial, nesta legislação, deve ser essencial para atender a estes objetivos.
> 03. O encaixe entre o objetivo social e a classificação deve ser muito próximo.
> 04. Por outro lado, se as legislações são inicialmente neutras ao não usar termos raciais, o fato de eles terem um impacto diverso na prática não vai automaticamente conduzir a *strict scrutiny*.
> 05. Somente se um impacto injusto sobre as minorias estiver sendo perpetrado pela legislação, a Corte exigirá um *strict scrutiny*.
> 06. A legislação objeto de análise pode estar simplesmente usando um método

racional de classificação para atingir objetivos sociais específicos, considerados importantes pelo legislador.

Observa-se, então, que a Suprema Corte condiciona o tipo de escrutínio a ser usado em função da classe de pessoas e do interesse social considerado. Se um determinado grupo de pessoas for reconhecido como classe suspeita (suspect class), o grau de proteção que a Constituição outorgará a seus direitos em face do princípio da igualdade será bem mais extenso e contundente.

Cabe trazer à baila que a Suprema Corte tem como diretriz de atuação a proteção das minorias impopulares, desapoderadas nos processos políticos, como negros, hispânicos, homossexuais, mulheres, por exemplo, o que é uma ideia totalmente aceita entre juristas e estudiosos.

Trata-se da denominada *counter-majoritarian difficulty* (função contramajoritária da Corte), que, numa sociedade democrática como a americana, em que há primazia do indivíduo, considerado singularmente como um fim em si mesmo, com capacidade de autodeterminação, e não apenas como mais um membro do corpo social, acaba por proteger direitos fundamentais como a igualdade, em face da vontade dita da maioria, que, como sabemos, nem sempre envereda pelo bem-estar comum (*vide* o exemplo da Alemanha nazista).

O sistema de prévias categorizações utilizado no *class base system*, apesar de ser um eixo axiológico da *Common Law*, que visa a uma maior previsibilidade das decisões judiciais, no entanto, não é infenso a críticas pelos estudiosos. Muitos sustentam haver uma falta de precisão relacionada às categorias terminológicas chaves, o que faz com que o aplicador do direito não tenha muita segurança prévia na abordagem que será dada ao seu caso concreto quando da efetiva arguição de inconstitucionalidade da legislação perante a Corte Suprema. Tal segurança visada, no entanto, em um sistema de precedentes judiciais, é núcleo primordial sobre que se funda o sistema legal norte-americano.

2.1. ANÁLISE DE CASOS PARADIGMÁTICOS ENVOLVENDO A *EQUAL PROTECTION CLAUSE*

2.1.1. O caso Scott v. Sandford (1856)

O primeiro grande julgamento significativo envolvendo a questão racial ocorreu no caso Scott v. Sandford em 1856, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, e marcou todo o período conturbado de meados do século XIX, sendo fundamental para o início da Guerra de Secessão.

Dred Scott era um escravo de propriedade do médico do Exército dos Estados Unidos, John Emerson. Em 1834, John Emerson mudou do Estado escravista do Missouri para o Estado de Illinois, vindo a residir no forte militar de Rock Island.

Em 1836, ele foi para o Forte Snelling. Dred Scott chegou a se casar quando esteve no Forte Snelling e ainda teve duas filhas. Em 1838, John Emerson retornou para o Estado do Missouri, levando consigo Dred Scott e sua família.

Com a morte do seu proprietário em 1843, Scott ajuizou uma ação buscando declarar a sua liberdade, pois ele havia vivido em Estados abolicionistas, Illinois e no território conhecido como Upper Louisiana, e considerava-se livre.

Ocorre que o resultado do pleito não foi favorável. Na primeira instância Dred Scott obteve vitória, mas na Suprema Corte do Missouri a decisão foi reformada negando o direito à liberdade e à cidadania plena. Contudo, Scott voltou a discutir os seus direitos na órbita federal, até que o processo alcançou a Suprema Corte.

Mesmo diante dessa nova realidade, Scott não obteve sucesso. A Suprema Corte dos Estados Unidos não acolheu os seus argumentos e negou-lhe a possibilidade de ser um homem livre.

O racismo se fez presente neste caso principalmente pela desconsideração dos negros como seres humanos. Na visão da época, eram tão somente objetos de um sistema de produção. Já os índios norte-americanos tinham um tratamento "melhor" se comparado ao dos negros, muito embora não fossem vistos como seres civilizados.

Em alguns momentos, os índios eram reconhecidos como povos livres e independentes e que não pertenciam ao universo colonial. Diferentemente dos negros, que jamais seriam considerados cidadãos dos Estados Unidos, conforme a visão do *Chief Justice* Roger Taney, os índios poderiam até mesmo se tornar cidadãos com a garantia dos mesmos direitos e privilégios dos brancos. Eles podem, sem dúvida, como sujeitos de qualquer outro Governo estrangeiro, ser naturalizados pela autoridade do Congresso e tornarem-se cidadãos de um estado e dos Estados Unidos. E se um indivíduo tem que deixar sua tribo ou nação e fixar sua residência junto à população branca, a ele são garantidos todos os direitos e privilégios pertencentes a um imigrante de qualquer outro povo estrangeiro.

Ainda segundo o *Chief Justice* Roger Taney, os negros, nem mesmo com a liberdade, alcançariam o mesmo *status* dos brancos, pois continuariam subjugados e considerados como uma classe inferior. Eles eram, naquela época, considerados como uma classe subordinada que foi subjugada pela raça dominante, e, se emancipada ou não, ainda permaneceria sujeita ao jugo dessa última classe.

Sendo assim, a Corte concluiu o julgamento legalizando o racismo com relação aos negros nos Estados Unidos e afirmando que Dred Scott não era um

cidadão americano e que jamais poderia ser titular de direitos e obrigações sob a Constituição de 1787, tendo inclusive vedação no acesso ao Judiciário. O julgamento deste caso também foi responsável por assegurar a hegemonia dos estados frente à União, uma vez que, a Suprema Corte afirmou que o Congresso americano não tinha poderes para proibir qualquer cidadão de possuir escravos, e que mesmo que uma legislatura estadual decidisse conceder cidadania a um "negro", isso não implicaria que este "negro" possuía cidadania norte-americana.

2.1.2. A doutrina do "separados, mas iguais" (caso Plessy v. Ferguson)

O caso Plessy v. Ferguson, ocorrido em 1896 foi determinante na história do Direito estadunidense, pois legitimou e difundiu a doutrina "separados, mas iguais". Representou, também, um retrocesso, uma vez que foi na contramão dos anseios igualitários e democratizantes advindos da Guerra de Secessão.

No dia 7 de junho de 1892, Homer Plessy, que era cidadão estadunidense descendente de negros na proporção de 1/8 do seu sangue e residente no Estado de Louisiana, adquiriu uma passagem de trem, na primeira classe, para realizar uma viagem entre New Orleans e Covington, vindo a ocupar um lugar destinado aos exclusivamente brancos. Ocorre que uma lei estadual obrigava a separação de lugares entre brancos e negros nos meios de transporte, ou seja, brancos e negros teriam lugares próprios e distintos uns dos outros.

Plessy foi "convidado" pelo condutor do trem a ocupar os lugares reservados aos negros, sob pena de ser expulso da locomoção e de ser preso. Mas ele se recusou a ocupar os lugares destinados aos negros, pois se considerava branco e, logo, titular dos mesmos direitos, privilégios e imunidades assegurados aos cidadãos brancos. Homer Plessy foi preso em New Orleans e acusado de desobedecer a uma ordem policial e de violar a lei estadual que regulava a separação de lugares no sistema de transporte.

Através de um *habeas corpus*, Plessy promoveu a discussão sobre a constitucionalidade da lei do Estado da Louisiana que regulamentava a segregação entre brancos e negros nos trens, sob o argumento de violação da Décima Terceira e da Décima Quarta Emendas da Constituição. A Suprema Corte seguiu o entendimento das instâncias inferiores e não acolheu os argumentos de que a lei segregacionista era inconstitucional. A Corte afirmou que as leis que separavam lugares para brancos e negros não eram inconstitucionais e não contrariavam as emendas supracitadas.

A opinião final da Corte foi a de permitir a separação entre negros e brancos em locais onde pudessem eventualmente estar em contato físico ou social, e isso, necessariamente, não implicaria na inferioridade de uma raça a outra, de acordo com a Corte Suprema.

Mas houve neste caso um voto dissidente, o do *Justice* Harlan que afirmou ser inconstitucional a lei do Estado da Louisiana que segregava brancos e negros nos vagões de trens. Para ele a separação arbitrária dos cidadãos, com base na raça, enquanto se locomovem numa via pública é um símbolo de servidão completamente inconsistente com a liberdade civil e com a igualdade da lei estabelecida pela Constituição. Não pode ser justificada sobre nenhum terreno legal. Ao afirmar a doutrina do "separados, mas iguais" no caso Plessy v. Ferguson, a Suprema Corte legitimou e permitiu a segregação entre brancos e negros nos Estados Unidos. A superação dessa prática só viria a se concretizar no julgamento do caso Brown v. Board of Education of Topeka, em 1954.

2.1.3. Caso Berea College v. Kentucky (1908)

O Berea College era uma instituição do Kentucky que permitia que alunos brancos e negros estudassem num sistema de integração racial, sem qualquer discriminação.

Porém, em março de 1904, foi promulgada uma lei que segregava negros e brancos. O Berea College foi condenado a pagar uma multa no valor de US$ 1.000,00 por ter infringido as disposições de lei estadual. Não satisfeita, a instituição interpôs os recursos cabíveis na esfera estadual, sendo derrotada em sua pretensão.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, prevaleceram os interesses do Estado de Kentucky e, de acordo com o *Justice* Brewer, que foi a opinião majoritária no caso, a lei segregacionista não violava a Constituição do Kentucky e nem mesmo a Constituição Federal.

Para o *Justice* Brewer a escola foi criada pelo Estado e ela não possuía o direito de estabelecer um ensino integrado entre brancos e negros, já que uma lei estadual organizava de modo diverso o tema. O julgamento proferido no caso Berea College, amparado pela doutrina do "separados, mas iguais" de Plessy v. Ferguson, ajudou a difundir e legitimar, nos Estados sulistas, a prática segregacionista entre brancos e negros nos estabelecimentos educacionais.

2.1.4. Caso Sipuel v. Board of Regents of University of Oklahoma (1948)

O caso Sipuel v. Board of Regents of University of Oklahoma, em 1948, é uma consequência direta do julgamento proferido no caso Plessy v. Ferguson.

Em 14 de janeiro de 1946, Ada Louis Sipuel, reconhecidamente qualificada para estudar em uma universidade, solicitou sua admissão na Faculdade de Direito da Universidade de Oklahoma, que era a única mantida pelo poder público naquele Estado. Para sua surpresa, seu pedido foi negado somente porque Ada Louis era negra.

Com a negativa, ela buscou resguardar seu direito de acesso e igualdade na educação perante o Judiciário, mas este foi recusado nas instâncias inferiores. Na Suprema Corte, o caso tomou outra dimensão.

O tribunal reverteu as decisões antecedentes e garantiu que o Estado tem o dever de fornecer, em conformidade com a cláusula de igual proteção da Décima Quarta Emenda, e prover, tão logo seja garantido a todos os candidatos de quaisquer grupos, o direito à educação. Logo em seguida à decisão, o caso retornou para a Suprema Corte de Oklahoma para o fim de se cumprir procedimentos processuais.

Nesse ínterim, o Legislativo Estadual de Oklahoma decidiu instituir uma faculdade de Direito exclusiva para negros, a Langston University School of Law. Ada Louis recusou-se a matricular-se na nova faculdade recém-criada e, vendo a possibilidade de uma nova derrota na Suprema Corte dos Estados Unidos, a Faculdade de Direito da Universidade de Oklahoma aceitou a sua matrícula, com base na igualdade estabelecida na Décima Quarta Emenda.

2.1.5. Caso McLaurin v. Oklahoma State Regents (1950)

McLaurin era um cidadão negro do Estado de Oklahoma e candidato a uma vaga no doutorado em educação na Universidade de Oklahoma. Inicialmente, seu requerimento de admissão, da mesma forma como nos casos anteriores, foi negado somente porque McLaurin era negro. Mas ele não desistiu e recorreu da decisão que acreditava ser injusta e inconstitucional.

A Corte Distrital entendeu que o Estado devia garantir a McLaurin a mesma oportunidade dos brancos, mas se recusou a conceder o direito de igualdade do requerente.

Com a decisão da Corte Distrital, o Legislativo Estadual garantiu, através de uma nova lei, que os negros tinham o direito de ser admitidos nas escolas dos brancos nos casos em que não houvesse cursos similares nas escolas exclusivas para negros.

Assim, ele foi obrigado a se sentar separadamente numa carteira designada na antessala adjacente à sala de aula, como também sentar numa cadeira reservada no andar térreo da biblioteca, porém não podia usar as carteiras normais na sala de leitura. Devia também sentar-se numa mesa reservada e comer num horário diferente dos outros estudantes no refeitório da escola.

McLaurin revoltou-se contra essa situação. Ele entendia que deveria ter o mesmo tratamento dos brancos numa universidade que era mantida com a ajuda governamental, sob pena de violação da igualdade prevista na Décima Quarta Emenda da Constituição.

Para ele, a segregação imposta também prejudicaria e inibiria sua capacidade para estudar, para participar de discussões e trocar opinião com os outros estudantes, e, no geral, para aprender questões pertinentes à sua profissão.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos a decisão foi alterada para assegurar a igualdade pleiteada pelo estudante estabelecida pela Décima Quarta Emenda.

2.1.6. Caso Brown v. Board of Education of Topeka (1954)

O julgamento do caso Brown v. Board of Education of Topeka, em 1954, foi a decisão mais importante proferida pela Suprema Corte, pois veio a superar o precedente Plessy v. Ferguson, colocando fim à doutrina do "separados, mas iguais" e às persistentes desigualdades entre brancos e negros.

No caso do Estado do Kansas, Brown v. Board of Education, os requerentes eram crianças negras de escolas primárias da cidade de Topeka que buscavam acabar com o sistema educacional público segregado e desigual. Tal sistema era previsto numa lei estadual que permitia, mas não exigia, que nas cidades com mais de 15 mil habitantes se mantivessem escolas segregadas entre brancos e negros.

No caso do Estado da Carolina do Sul, Briggs v. Elliot, os requerentes eram crianças de escolas primárias e jovens estudantes do ensino médio residentes em Claredon County que também pretendiam por fim à obrigatória segregação racial nas escolas públicas. Lamentavelmente, esta situação encontrava amparo em dispositivos da Constituição do Estado e numa lei estadual que regulava a matéria.

No caso do Estado da Virgínia, Davis v. County School Board, os requerentes eram jovens negros do ensino médio residentes em Prince Eward County. O sistema segregacionista existente estava previsto, como nos casos anteriores, na própria Constituição do Estado e numa lei estadual que estabelecia a necessidade da separação entre brancos e negros. Assim como no caso do Estado da Carolina do Sul, os três juízes da Corte Distrital do Leste da Virgínia negaram o pedido inicial.

Todos os requerentes acima elencados recorreram à Suprema Corte para que a mesma decidisse acerca da questão relacionada à aplicabilidade da igualdade da Décima Quarta Emenda da Constituição.

A Suprema Corte concluiu que a doutrina do "separados, mas iguais" não poderia ter mais validade e que a segregação entre brancos e negros só produzia desigualdades e injustiças. Seria, portanto, inconstitucional qualquer lei que dispusesse de modo a segregar e a excluir os negros do acesso às iguais oportunidades educacionais.

Antes de Brown v. Board of Education of Topeka, a segregação entre brancos e negros já vinha sendo abolida em diversas partes dos Estados Unidos. A Suprema Corte pôs fim, de forma universal, a uma era de sofrimentos, inclusive nos estados do sul, no Kansas e no Distrito de Colúmbia, onde o *apartheid* social ainda persistia. Em função de tal decisão, a Suprema Corte alcançou prestígio sem precedentes na sua história. Ela deixou de atuar no seu papel tradicional de freio das mudanças sociais e exerceu a função de principal motor para tais mudanças.

3. Minorias e ações afirmativas nos Estados Unidos e no Brasil – A luta pela diminuição da desigualdade

Pode-se definir minorias, segundo CAPOTORTI (1977) como um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não dominante, cujos membros, como nacionais desse Estado, possuem características étnicas, de preferências sexuais, religiosas, culturais, ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstram, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação da sua cultura, das suas tradições, religião ou língua.[3]

Essa definição, simplesmente numérica, no entanto, não atende integralmente à noção de minorias, estabelecendo o alto Comissariado das Nações Unidas, que, apesar da falta de consenso sobre a definição, devem sempre ser incluídos, em qualquer tentativa de fazê-lo, fatores objetivos como etnia, língua ou religião compartilhadas e fatores subjetivos como a noção de que os indivíduos se identificam como membros de uma minoria. A exigência de se estar em uma posição não dominante também é importante, como, por exemplo, o que ocorreu com os negros sobre o regime do Apartheid na África do Sul, que constituíam grupos numericamente majoritários, porém em posições desvantajosas.

As mulheres, apesar de serem maioria no mundo, são consideradas grupos minoritários porque ainda estão em desvantagem social, cultural, econômica, política e jurídica. Nesse tocante,

> "A condição especial e desvantajosa das mulheres por todo o mundo mereceu e ainda merecerá por muito tempo maior preocupação do legislador, tanto é assim que, em 1967, A Assembleia Geral das Nações Unidas proclama solenemente a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, com seus onze artigos, ao considerar que "a discriminação contra a mulher é incompatível com a dignidade humana (...), e constitui um obstáculo ao desenvolvimento completo das potencialidades da mulher no serviço aos seus países e à humanidade.'"

de acordo com as etapas percorridas na implementação dos direitos humanos, BOBBIO (2004) afirma que estamos na fase de especificação dos direitos, analisando as necessidades de grupos peculiares, e um destes grupos é, sem dúvida, o das mulheres.

A condição especial e desvantajosa das mulheres por todo o mundo mereceu e ainda merecerá por muito tempo maior preocupação do legislador, tanto é assim que, em 1967, A Assembleia Geral das Nações Unidas proclama solenemente a

3 "Minority Rights: International Standards and Guidance for Implementation (HR/PUB/10/3)". Acesso em: 23 jun. 2017.

Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, com seus onze artigos, ao considerar que "a discriminação contra a mulher é incompatível com a dignidade humana (...), e constitui um obstáculo ao desenvolvimento completo das potencialidades da mulher no serviço aos seus países e à humanidade".[4]

Há também discussão se pessoas com deficiência, que pertencem a certos grupos políticos ou com uma orientação ou identidade sexuais (lésbicas, gays, bissexuais ou transgêneros) enquadrar-se-iam em minorias. A orientação, porém, de acordo com a Organização das Nações Unidas para a Defesa dos Direitos Humanos é que, internacionalmente, sejam tratados como tal, especialmente por serem marginalizados e ficarem sujeitos, no caso das pessoas com orientações e identidades sexuais diferentes, às doenças pandêmicas como HIV/Aids e terem acesso reduzido a serviços de saúde.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor para o Brasil somente em 24 de abril de 1992, representou um grande avanço na defesa das minorias, dispondo em seu art. 27 que, "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".

Ultrapassado esse primeiro delineamento sobre o que são minorias e de que devem ter seus direitos humanos preservados, observa-se que a grande dificuldade atual é a proteção desses direitos e não o seu reconhecimento. BOBBIO (2004) já nos alertava sobre este paradoxo, afirmando que os direitos naturais são históricos e nascem de "carecimentos", necessidades que surgem em função das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-las.

A lista de direitos do homem está em constante multiplicação, em contraposição a uma capacidade de atendimento reduzida, que depende, mais que de leis, de vontade político-jurídica de implementação. Assim se manifesta o jurista italiano:

> Descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Na medida em que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade.

4 http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecEliDiscMul.html. Acesso em: 23 jun. 2017.

É nesse contexto de defesa internacional de direitos que despontam vigorosas as chamadas ações afirmativas (na Europa nominadas *discrimination positive* e de *action positive*). A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, assinada pelo Brasil em 1966, prevê, por exemplo, no art. 1º, parágrafo 4º, a possibilidade de discriminações positivas, assim estabelecendo:

> Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sidos alcançados os seus objetivos.

Apesar de não haver consenso doutrinário sobre o que são ações afirmativas, podemos defini-las como políticas públicas e privadas voltadas à diminuição ou erradicação da desigualdade material existente em grupos vulneráveis numa determinada sociedade. Outra interessante definição, fornecida por BRITO FILHO (2016), pode se trazida à baila para melhor elucidação do termo ora em apreço:

> Como ponto de partida, pode-se dizer que ação afirmativa é uma forma ou modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada às pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre elas.

O princípio da igualdade, nessas ações, ganha um caráter que não é estático, tal como outrora concebido na Revolução Francesa ("todos são iguais perante a lei") e ganha um caráter dinâmico, em que a busca da igualdade material implementa-se através de normas, ações e procedimentos com vistas a diminuir desigualdades ontológicas de certos grupos sociais. Como bem colocado por BOBBIO (2004), ter direitos reconhecidos não significa que o exercício desses direitos está sendo assegurado ao indivíduo e este, sem dúvida, é o maior desafio que as sociedades enfrentam nestas últimas décadas.

A ideia de um Estado neutro, da sociedade liberal-capitalista, falhou em diminuir as desigualdades que latejam nas sociedades modernas. A simples proclamação nos textos constitucionais de igualdade formal dos indivíduos, apesar de ter sido um

importante passo histórico no sentindo de romper com uma noção organicista de Estado para uma noção individualista, não logrou o efeito esperado de aumento de harmonia social. Nesse sentido, cabe trazer à baila, GOMES e DUARTE (2003), p. 93:

> À convicção de que proclamações jurídicas por si sós, sejam elas de natureza constitucional ou de inferior posicionamento na hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do status de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, ao reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só é viável mediante a renúncia do Estado a sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao revés, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.

Considera-se que as ações afirmativas têm como objetivo pôr em prática, no mundo fático, o que os comandos normativos de vedação à discriminação proclamam. Em outras palavras, falar em democracia e pluralismo sem que a sociedade realmente represente um *locus* de efetividade desse ideário é viver de quimeras, de idealizações. Muito mais, sociedades realmente democráticas e plúrimas repudiam a desigualdade social e econômica e sabem que o discrímen sem justificativa perpetua violência e opressão, que é prejudicial não só ao grupo vulnerável, mas sim a todos em geral.

Objetivam as políticas em comento eliminar discriminações estruturais de origem histórica, política e cultural, bem como conferir representatividade adequada aos grupos minoritários em lugares de tomadas de decisões políticas e controle social, bem como a inserção desses grupos em postos de trabalho. Pessoas negras, mulheres, deficientes físicos, indivíduos que escolheram identidade sexuais diferentes do seu sexo biológico, por exemplo, passam a encontrar posições sociais em que podem obter expressividade e fazer parte da construção de decisões que envolvem também seus interesses.

O país que logra diminuir as desigualdades que atingem grupos vulneráveis, de outro giro, dirige-se com mais rapidez e eficiência na direção da riqueza econômica e social, pois insere na educação e nos postos de trabalho diversos indivíduos que compõem a realidade de sua população, com isso alcançando maior prosperidade.

Digno de nota é a criação, com as ações afirmativas, do que GOMES e DUARTE (2003), nominam de "personalidades emblemáticas", ou seja, exemplos vivos de mobilidade social ascendente, representantes de minorias que alcançam posição próspera na sociedade e passam a motivar componentes do mesmo grupo social de onde provem, fomentando os jovens ao estudo e realização profissional.

Gize-se que as nações que não incluem suas minorias no funcionamento estrutural do comando da sociedade implantam o sistema de tirania de castas sociais, em que as maiorias subjugam as minorias, repetindo eventos traumáticos históricos da humanidade que grande parte das comunidades internacionais tomou como compromisso combater nos pós-guerra.

Nos Estados Unidos da América, pioneiros na implementação das affirmative actions, estas políticas públicas foram criadas para minimizar períodos históricos de discriminação por que passaram minorias e mulheres. Essas ações ganharam muita expressividade nos debates sobre políticas não discriminatórias nos idos de 1940 e durante o Movimento pelos Direitos Civis (Civil Right Movements), durante o período de 1954 a 1968. Alguns nominam este período de Segunda Era de Reconstrução em alusão à Era de Reconstrução, período histórico que se iniciou após o término da Guerra de Secessão em 1865, e se estendeu até o ano de 1877, tendo sido marcado pelo retorno gradual dos estados que haviam se separado do país e formado os Estados Confederados da América, do *status* dos líderes da antiga Confederação, e pelo início do processo de integração dos ex-escravos afro-americanos.

O termo "ações afirmativas" surgiu pela primeira vez na lei americana para permitir que agências reguladoras determinassem que empregadores violadores de leis trabalhistas obrassem com "ações afirmativas" a favor das vítimas dessas violações, como readmissão ou ressarcimento.

Em 1961, Presidente Kennedy foi o primeiro a utilizar o termo "*affirmative action*" no sentido atual, na *Executive Order* 10925, para assegurar que empregadores governamentais agissem com "ações afirmativas" e os que se candidatassem a postos de trabalho fossem tratados durante o exercício da função sem discrímen de raça, credo, cor ou nacionalidade. Em 1967, essa Ordem sofreu alteração para não haver discriminação por gênero também.

Na realidade estadunidense, o objetivo é atingir metas direcionadas e não cotas específicas para lidar com a discriminação em uma determinada instituição ou na sociedade de forma mais ampla. As técnicas para se atingir ações afirmativas englobam o sistema de cotas, o método de estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e incentivos fiscais para motivar o setor privado. Neste último sentido, o poder fiscal não é usado unicamente como forma de empobrecimento da população em geral, como na era medieval, mas sim como instrumento de redução de desigualdades sociais.

Nos EUA, por exemplo, pode-se exemplificar tais ações com as seguintes medidas: 1- muitas instituições de ensino privadas adotaram voluntariamente políticas que procuram recrutar minorias raciais e 2- ordens do Poder Executivo que determinam aos contratantes governamentais que adotem oportunidades iguais de contratação a

diferentes minorias, assim como programas de assistência e amparo a este mesmo grupo no decorrer do vínculo empregatício.

Os defensores das ações afirmativas defendem-na considerando a multiculturalidade dos Estados Unidos da América, afirmando-se a necessidade de contrabalançar desigualdades históricas relacionadas aos povos afroamericanos, hispânicos, asiáticos e americanos nativos. Aduzem também que não se pode admitir, sob prisma da 14ª Emenda, discriminação com base em raça, credo, cor, gênero, orientação sexual e deficiências físicas. Sustentam também que há um crescimento exponencial da representação na sociedade das minorias que são beneficiadas por essas políticas públicas.

As medidas de que ora tratamos, *de per si*, podem ser consideradas desiguais para promover igualdades substanciais, e, apesar dos argumentos daqueles que se apresentam contra as políticas sociais, como o argumento da discriminação ao reverso, têm se apresentado mais benéficas do que prejudiciais. No caso das mulheres, por exemplo, a implementação das ações afirmativas aumenta exponencialmente a inserção desse grupo vulnerável no mercado de trabalho, consoante estudo realizado[5] por organização não governamental, cujos dados seguem:

> De 1972 a 1993:
> A percentagem de mulheres arquitetas aumentou de 3% para quase 19% do total;
> A percentagem de médicas mais que dobrou de 10% para 22% do total de médicos;
> O percentual de mulheres advogadas cresceu de 4% para 23% nos EUA;
> O percentual de mulheres engenheiras foi de menos de 1% para aproximadamente 9%;
> O percentual de mulheres formadas em química cresceu de 10% para 30%; e,
> O percentual de mulheres universitárias cresce de 28% para 42% no ensino superior.

Os números apresentados no estudo são bastante significativos e demonstram inexoravelmente que as medidas públicas e privadas de inclusão social da mulher trazem resultados para a melhoria de seu nível educacional e, consequentemente, de maior possibilidade de sua inserção no mercado de trabalho.

No Brasil, a Carta Política de 1988 estimula a promoção da igualdade de resultados através de uma postura dinâmica. Constitui um objetivo fundamental da nossa república a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária", com erradicação "da pobreza e marginalização e redução de desigualdades sociais e regionais"

5 http://www.timwise.org/1998/09/is-sisterhood-conditional-white-women-and-the-rollback-of-affirmative-action/. Acessado em: 28 jun. 2017.

(art. 3º, incisos I e III). O mercado de trabalho da mulher será protegido, "de acordo com incentivos específicos" (art. 7º, XX) e percentuais de cargos e empregos públicos serão reservados para as pessoas portadoras de deficiências (art. 37, VII). O art. 3º, inciso IV, deixa claro, através do verbo utilizado, que é "promover", que as ações afirmativas devem ser instrumentos ativos utilizados para a geração do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação".

> "Apesar de não haver consenso doutrinário sobre o que são ações afirmativas, podemos defini-las como políticas públicas e privadas voltadas à diminuição ou erradicação da desigualdade material existente em grupos vulneráveis numa determinada sociedade."

As ações afirmativas brasileiras firmaram-se inicialmente como uma abertura à discussão das desigualdades que sofrem certos grupos minoritários e o estímulo, por parte do Estado e do setor público e privado, a que decisões na área de educação e acesso a mercado de trabalho levassem em considerações as especificidades de grupos vulneráveis.

Numa segunda etapa, a relativa ineficácia desses incitamentos para efetivamente trazer uma igualdade material na sociedade trouxe a reformulação das ideias de discriminações positivas, através da imposição de cotas rígidas para acesso das minorias na inserção social. Como exemplo desse período, temos as Leis nº 9100/95 e nº 9504/97, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas do sexo feminino para as eleições.

A visualização de cotas como única forma de promoção de ações afirmativas em nosso país é objeto de crítica por parte dos estudiosos. As cotas não devem unicamente conjugar elementos meramente subjetivos (ser negro, por exemplo), mas também deve agregar análises de elementos objetivos (aluno ser egresso de escola pública, para exemplificar) para a utilização do sistema. Fatores múltiplos de análise de vulnerabilidade devem ser levados em consideração.

O mérito do indivíduo contemplado por esse sistema também deve ser levado em conta e o fornecimento de condições materiais ao longo do tempo para que o cidadão beneficiado pela cota no ingresso na universidade ou mercado de trabalho também deve ser objeto de preocupação por parte daquele que cria as políticas de correção de desigualdades. Ou seja, não basta propiciar a entrada na universidade pública ou privada, por exemplo, faz-se também mister fornecer ao aluno que integra grupos vulneráveis todas as condições materiais e apoio psicológico

para se manter naquele *locus* que, inicialmente, não foi projetado para a realidade social desse indivíduo.[6]

Num terceiro estágio de implementação das ações afirmativas, deixam de ser vistas apenas como o sistema de cotas, mas como um conjunto de políticas públicas e privadas voluntárias ou compulsórias, que visa a repartir com mais igualdade os bens materiais e imateriais existentes na sociedade de forma a eliminar a discriminação abissal que ainda nos assola.

Além de medidas oriundas da sociedade civil em geral, do Poder Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário desempenha papel primordial na transformação da concepção social, principalmente através do fenômeno denominado "judicialização das políticas públicas". Cite-se, por exemplo, o caso em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) considerou constitucional a política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília (UnB). Por unanimidade, os ministros julgaram improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186, ajuizada na Corte pelo Partido Democratas (DEM), que afirmava ser inconstitucional a reserva de 20% de vagas para estudante negros e "de um pequeno número delas" para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos na universidade (Arguição de Descumprimento Fundamental nº 186).

Faz-se também crítica ao desenvolvimento das ações afirmativas no Brasil por falta de metas e cronogramas, ou seja, de planejamento e controle social das medidas, pois a implantação de tais políticas requer um caráter programático para que sejam efetivadas, pois devem ser temporárias consoante lição de Brito (2016).

Apesar de haver críticas às políticas ora em comento, no entanto, muitos doutrinadores defendem que as ações afirmativas devem ter prosseguimento com os devidos ajustes[7] (CLEVE, 2016, p. 556), pois "contribuem, quando bem geridos, para mitigar a desigualdade escandalosa e superar o *apartheid* informal ainda encontrável na sociedade brasileira, tudo conforme exige a Constituição".

Assim, que sejam realizados os ajustes às políticas públicas inclusivas já existentes, sob uma perspectiva de fornecimento de condições procedimentais igualitárias, e que mais representantes de grupos vulneráveis em nossa sociedade possam ocupar posições outrora somente ocupadas por grupos majoritários, desvelando-se a discriminação das mais diferentes espécies que ainda joga o seu véu sobre a multifacetária sociedade brasileira.

6 Muitos cursos da graduação contemplam dois turnos ou, às vezes, três turnos para que os alunos estudem, o que impossibilita desenvolver vínculo empregatício e impede ao aluno cotista, por vezes, de continuar estudando por ausência de recursos financeiros. A Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, fornece uma bolsa denominada de "bolsa permanência" para alunos da Reserva de Vagas como os cotistas, que demonstrem enquadrar-se em determinados parâmetros estabelecidos no Ato Executivo de Decisão Administrativa nº 034/2013.

7 CLEVE, Merlin Clemerson. "Ações Afirmativas, justiça e igualdade". Conteúdo da Revista Digital de Direito Administrativo. Disponível em: www. Revistas.usp.br/rdda, p. 556. Acesso em: 4 de jul. 2017.

4. Conclusão

A noção de igualdade assume diferentes acepções de acordo com a cultura e período histórico em que analisada. Nos Estados Unidos, por exemplo, a *Equal Protection Clause* protege os cidadãos de posições desvantajosas, o que significa dizer que todos os cidadãos receberão tratamento igualitário para análise de seus pleitos em deliberações e processos políticos, podendo ou não atingir seu desiderato em decisões tomadas pela sociedade. Nem sempre um grupo social é favorecido em todas as deliberações tomadas, o que não quer significar infringência ao conteúdo da Emenda Constitucional 14, mas sempre serão vedadas discrímens que sejam considerados injustos de acordo com o objetivo social que se deseja atingir.

Por outro lado, no Brasil, o princípio da igualdade significa fornecer um tratamento igualitário aos iguais e tratar os desiguais, desigualmente. Essa igualdade absoluta, formal, estática, no entanto, é utópica, devendo-se lhe atribuir uma faceta dinâmica, material, ao dito princípio, encontrando tal prisma também albergue na Carta Política de 1988, quando elenca vários artigos que estimulam a busca da igualdade substancial e redução de desigualdades sociais.

Diante dessa busca por diminuição das desigualdades sociais em ambas nações, várias batalhas sociais e jurídicas foram travadas. Inicialmente, na história estadunidense, que sempre vivenciou grandes embates raciais por contemplar em seu território negros que sempre lutaram por seu reconhecimento como indivíduos livres e autodeterminados. Diversos casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte mostram o avanço dessa ardorosa batalha por reconhecimento de igualdade, de delineamento da exata extensão do conteúdo jurídica da Décima Quarta Emenda da Constituição Norte-americana, tal como os precitados casos Scott v. Sandford de 1856, em que o requerente negro sequer foi reconhecido como cidadão americano, até a efetiva extinção da doutrina segregacionista do "separado, mas iguais", com o caso Brown v. Board of Education of Topeka (1954).

As ações afirmativas, nesse contexto, constituem-se em poderoso instrumento para a inserção de grupos minoritários vulneráveis na estrutura deliberante da sociedade, repartindo os bens sociais existentes e dando-lhe o mesmo ponto de partida. Podem ser definidas como políticas públicas e também privadas que visam a ensejar o princípio da igualdade substancial. Visa-se com essas medidas reduzir desigualdades profundamente arraigadas no seio de países que se intitulam democráticos, como o Brasil e os Estados Unidos.

As ações afirmativas devem ser programadas e ter prazo para sua extinção quando se observa a efetiva correção das desigualdades abissais existentes na sociedade em que implementadas, sob pena da discriminação ao reverso. Na realidade estadu-

nidense não se limitaram apenas às cotas, que é unicamente um dos meios de sua implantação, mas também a outras medidas como o método de estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e incentivos fiscais.

Na realidade brasileira, por sua vez, as ações afirmativas são alvos de crítica por terem se reduzido significativamente ao sistema de cotas para grupos minoritários em universidades ou postos de trabalho, considerando unicamente fatores ditos subjetivos e sem considerar outros caracteres dos indivíduos beneficiados pelas medidas. Apesar de tal crítica, o que se afirma é que, na verdade, as políticas públicas em comento devem ser revistas e melhoradas, mas não extintas, por já terem propiciado reformulações tendentes à obtenção da igualdade material.

Certo é que tais políticas, inegavelmente, constituem um grande processo de institucionalização dos direitos humanos no Brasil e nos Estados Unidos da América, e, como nos ensina o jurista BOBBIO (2004), o maior desafio que se apresenta não é o reconhecimento de direitos do ser humano, mas, sim, sua real efetivação internacionalmente, porque os "carecimentos" são muitos e escassa a vontade política de suprir essas necessidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEINIKOFF, T. Alexander; FABER, Daniel A.; GARVEY; John H. ***Modern Constitucional Theory***. West Academic Publishing, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro Filho. **Ações Afirmativas**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

COLE, Charles D. "Precedente Judicial - A experiência americana", **Revista de Processo**, vol. 92, 1998.

DUARTE, Fernanda; IORIO, Rafael Mario Filho; Lima, Robert Kant Lima. Organizadores. **O Judiciário nos Estado Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas**. Editora CRV, Curitiba, 2015.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Iannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França - Cultura Jurídica Francesa e *Commom Law* em uma Perspectiva Comparada**. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa Gomes; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. "As Ações Afirmativas e os Processos de Promoção da Igualdade Efetiva". *In*: Série **Caderno do Conselho da Justiça Federal**, nº 24, 2003. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-internacional-as-minorias-e-o-direito. Acesso em: 2 jul. 2017.

GOMES, Joaquim Barbosa. "Instrumentos e Métodos de Mitigação da Desigualdade em Direito Constitucional e Internacional". Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31989-37507-1-PB.pdf. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. ***Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade*** (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Ações afirmativas e o princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 12.

_____. "A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro". *In*: SANTOS, Sales Augusto. **Ações Afirmativas e o combate ao racismo nas Américas**. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007, pp. 55-56.

JAEGER-FINE, Toni. *Stare decisis and the binding nature of precedent in the United States of America. In.* MOURA, Solange Ferreira de; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Coletânea de artigos científicos: celebração ao XIV Intercâmbio dos Cursos de Direito da Estácio**, 1ª edição, Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

MELLO, Patricia Perrone Campos. **Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. "Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos". *In*: XXI ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. New York: ONU, 1966.

PEREIRA, Celso de Tarso. "'*Common law*' e 'Case Law'". **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 77, nº 638, pp. 69-74, dez./1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC". **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 259, out./2016.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Ações Afirmativas e Princípio da Igualdade no Estado Democrático de Direito**, Editora Juruá, 2010.

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.318.051 – RJ (2012/0070152-3)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA SUBMETIDOS AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM RAZÃO DE DANO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

1. Na origem, foram opostos embargos à execução objetivando a anulação de auto de infração lavrado pelo Município de Guapimirim - ora embargado -, por danos ambientais decorrentes do derramamento de óleo diesel pertencente à ora embargante, após descarrilamento de composição férrea da Ferrovia Centro Atlântica (FCA).

2. A sentença de procedência dos embargos à execução foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo fundamento de que "o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para figurar no polo passivo do auto de infração que lhe fora imposto", entendimento esse mantido no acórdão ora embargado sob o fundamento de que "[a] responsabilidade administrativa ambiental é objetiva".

3. Ocorre que, conforme assentado pela Segunda Turma no julgamento do REsp nº 1.251.697/PR, de minha relatoria, DJe de 17/04/2012), "a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano".

4. No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes: "A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador" (AgRg no AREsp nº 62.584/RJ, Rel. p/ acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 07/10/2015).

5. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos de Embargos de Divergência em Resp. nº 1.318.051/RJ, em que é Embargante: Ipiranga Produtos de Petróleo S/A e Embargado: Município de Guapimirim, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos de divergência e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros ASSUSETE MAGALHÃES, SÉRGIO KUKINA, REGINA HELENA COSTA, GURGEL DE FARIA, FRANCISCO FALCÃO, HERMAN BENJAMIN (voto-vista), NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO e OG FERNANDES votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA (DF), 08 DE MAIO DE 2019.
MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES
RELATOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Primeira Turma, da Relatoria

do Ministro BENEDITO GONÇALVES, cuja ementa é a seguinte:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR DANO AMBIENTAL. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL É OBJETIVA. A LEI Nº 9.605/1998 NÃO IMPÕE QUE A PENA DE MULTA SEJA OBRIGATORIAMENTE PRECEDIDA DE ADVERTÊNCIA.
>
> 1. A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa. Precedente: REsp 467.212/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 15/12/2003.
>
> 2. A penalidade de advertência a que alude o art. 72, § 3º, I, da Lei nº 9.605/1998 tão somente tem aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, justamente porque ostenta caráter preventivo e pedagógico.
>
> 3. No caso concreto, a transgressão foi grave; consubstanciada no derramamento de cerca de 70.000 (setenta mil) litros de óleo diesel na área de preservação ambiental de Guapimirim, em áreas de preservação permanente (faixas marginais dos rios Aldeia, Caceribú e Guaraí-Mirim e de seus canais) e em vegetações protetoras de mangue (f. 7), Some-se isso aos fatos de que, conforme atestado no relatório técnico de vistoria e constatação, houve morosidade e total despreparo nos trabalhos emergenciais de contenção do vazamento e as barreiras de contenção, as quais apenas foram instaladas após sete horas do ocorrido, romperam-se, culminando o agravamento do acidente (f. 62-67). À vista desse cenário, a aplicação de simples penalidade de advertência atentaria contra os princípios informadores do ato sancionador, quais sejam; a proporcionalidade e razoabilidade. Por isso, correta a aplicação de multa, não sendo necessário, para sua validade, a prévia imputação de advertência, na medida em que, conforme exposto, a infração ambiental foi grave.
>
> 4. Recurso especial conhecido e não provido.

Inicialmente, a embargante esclarece que, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, interpôs recurso especial apontando ofensa aos arts. 3º, IV, da Lei nº 6.938/1981 e 72, § 3º, I, da Lei nº 9.605/1998, sob o fundamento de que às sanções administrativas aplica-se a sistemática da teoria da culpabilidade (responsabilidade subjetiva); e, ao final, pleiteou-se final, a anulação do Auto de Infração 004/05, lavrado pelo ora embargado em razão de vazamento de óleo diesel causado por descarrilamento de composição ferroviária.

Como a Primeira Turma manteve o acórdão recorrido assentando que a responsabilidade ambiental administrativa que amparou o auto de infração é de natureza objetiva - apesar de decorrer do exercício do poder de polícia e ter caráter evidentemente punitivo -, alega a embargante que houve divergência em relação a entendimento diverso adotado pela Segunda Turma no julgamento do REsp. 1.251.697/PR, de minha relatoria, em que "reconhecida a nulidade do auto de infração e reformada a decisão, justamente em decorrência da aplicação da sistemática da teoria da culpabilidade (responsabilidade subjetiva) na hipótese de responsabilidade administrativa ambiental" (f. 1116-e).

Houve impugnação.

O Ministério Público Federal, em seu parecer, opina pelo provimento dos embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO
EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA SUBMETIDOS AO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2/STJ. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM RAZÃO DE DANO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

1. Na origem, foram opostos embargos à execução objetivando a anulação de auto de infração lavrado pelo Município de Guapimirim - ora embargado -, por danos ambientais decorrentes do derramamento de óleo diesel pertencente à ora embargante, após descarrilamento de composição férrea da Ferrovia Centro Atlântica (FCA).

2. A sentença de procedência dos embargos à execução foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro pelo fundamento de que "o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para figurar no polo passivo do auto de infração que lhe fora imposto", entendimento esse mantido no acórdão ora embargado sob o fundamento de que "[a] responsabilidade administrativa ambiental é objetiva".

3. Ocorre que, conforme assentado pela Segunda Turma no julgamento do REsp nº 1.251.697/PR, de minha relatoria, DJe de 17/04/2012), "a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano".

4. No mesmo sentido decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes: "A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador" (AgRg no AREsp nº 62.584/RJ, Rel. p/ acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe de 07/10/2015).

5. Embargos de divergência providos.

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Os presentes embargos de divergência estão submetidos ao Enunciado Administrativo 2/STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."

Prospera a insurgência.

Antes de discorrer sobre a questão ora trazida, cumpre afastar a preliminar de não conhecimento dos embargos de divergência, uma vez configurada a necessária similitude fático-jurídica entre o julgado embargado e o paradigma eleito pela embargante, pois, tanto em um caso como no outro, o cerne diz respeito à natureza da responsabilidade pela infração ambiental, para fins de aplicação de multa.

Prosseguindo, temos que na origem foram opostos embargos à execução objetivando a anulação de auto de infração lavrados pelo Município

de Guapimirim - ora embargado -, em razão de danos ambientais decorrentes de derramamento de óleo diesel em acidente (descarrilamento) envolvendo composição férrea da Ferrovia Centro Atlântica (FCA).

Na primeira instância, os embargos à execução foram julgados procedentes para declarar a nulidade do auto de infração, bem assim para cancelar os efeitos da inscrição em dívida ativa da multa ambiental.

Isso porque: (i) a imposição da penalidade se fundou apenas em dispositivos de lei federal; (ii) a penalidade foi aplicada sumariamente, sem prévia advertência para que o agente pudesse tomar as providências cabíveis; (iii) não houve prova técnica elaborado por órgão competente para fundamentar a multa.

A apelação do ora embargado foi provida pelos seguintes fundamentos: (a) após a aplicação da multa, o autuado apresentou defesa administrativa, a qual foi indeferida, resultado mantido após julgamento de recurso administrativo; (b) os argumentos relativos à ausência de aviso prévio ou notificação, bem como a indicação dos motivos que justifiquem o montante de sua aplicação não se sustentam, pois já foram analisados pelo agente fiscal ao lavrar o auto de infração; (c) o risco da atividade desempenhada pela apelada ao causar danos ao meio ambiente consubstancia o nexo causal de sua responsabilidade, não havendo, por conseguinte, que se falar em ilegitimidade da embargante para figurar no pólo passivo do auto de infração que lhe fora imposto; e (d) a apelada foi responsável pelo dano ambiental em razão de culpa *in eligendo*.

Por fim, na Primeira Turma, por maioria, foi desprovido o recurso especial pelo fundamento de que é objetiva a responsabilidade administrativa ambiental, senão vejamos:

> Pois bem, ao contrário do entendimento da recorrente, é objetiva a responsabilidade administrativa ambiental. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa. Oportuna é transcrição do dispositivo em comento:
>
> § 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.
>
> Dessarte, é extreme de dúvida que são independentes as esferas de responsabilidade, mas, em se tratando das responsabilidades civil e administrativa, a Lei nº 6.938/1981 tratou de elidir a culpa e o dolo para a imputação de penalidades e obrigação de indenizar ou reparar o dano. Essa é a exegese que se infere da primeira parte do § 1º do art. 14 do dispositivo sob exame.
>
> (...)
>
> Essa conclusão se justifica por conta dos riscos potencialmente poluidores envolvidos na atividade econômica desempenhada pela empresa recorrente, que deve responder pelos eventuais danos ocasionados em virtude dessa atividade, ainda que tenha concorrido de forma indireta, como na hipótese de derramamento de óleo diesel por empresa contratada por si para o transporte dessa substância.

Como se vê, à ora embargante foi imposta multa por dano ambiental sob o fundamento da responsabilidade objetiva decorrente da

propriedade da carga transportada por outrem (Ferrovia Centro Atlântica), que efetivamente teve participação direta no acidente que causou a degradação ambiental.

Ocorre que a jurisprudência desta Corte, em casos análogos, assentou que a responsabilidade administrativa ambiental é de natureza subjetiva.

Para ilustrar esse entendimento, reporto-me ao voto proferido no REsp nº 1.251.697/PR, de minha relatoria, julgado no âmbito da Segunda Turma:

> (...) Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos.
>
> Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.
>
> O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.
>
> A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.
>
> Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.
>
> Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.
>
> A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".
>
> O art. 14, *caput*, também é claro:
>
> 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:
>
> Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).
>
> Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).

> Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.

Na mesma linha de consideração decidiu a Primeira Turma em caso análogo envolvendo as mesmas partes:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...) DANO AMBIENTAL. ACIDENTE NO TRANSPORTE DE ÓLEO DIESEL. IMPOSIÇÃO DE MULTA AO PROPRIETÁRIO DA CARGA. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.
>
> (...)
>
> II - A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador.
>
> III - Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp nº 62.584/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 07/10/2015)

Cito, ainda, precedente mais recente da Segunda Turma:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. AUTO DE INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE DOLO OU CULPA. MULTA. CABIMENTO EM TESE.
>
> 1. Segundo o acórdão recorrido, "a responsabilidade administrativa ambiental é fundada no risco administrativo, respondendo, portanto, o transgressor das normas de proteção ao meio ambiente independentemente de culpa *lato senso*, como ocorre no âmbito da responsabilidade civil por danos ambientais" (e-STJ f. 997).
>
> 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, como regra a responsabilidade administrativa ambiental apresenta caráter subjetivo, exigindo dolo ou culpa para sua configuração. Precedentes: REsp 1.401.500 Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 13/09/2016, AgRg no AREsp 62.584/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe 07/10/2015, REsp 1.251.697/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 17/04/2012.
>
> 3. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1.640.243/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 27/04/2017)

Esse é o entendimento que deve presidir o exame do caso concreto, em que inequívoco nos autos a inexistência de participação direta da embargante no acidente que deu causa à degradação ambiental.

Nesses termos, é de se prover o recurso especial para anular o Auto de Infração 004/2005, que deu origem ao crédito objeto da CDA executada pelo Município de Guapimirim/RJ, na medida em que se mostra suficiente para tanto o acolhimento da alegação da ora embargante.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência, nos termos da fundamentação.

Ficam restabelecidos os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

É o voto.

VOTO-VISTA

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DANO AO MEIO AMBIENTE. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE DOLO OU CULPA.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se, na origem, de Execução Fiscal proposta pelo Município de Guapimirim/RJ visando à cobrança de multa administrativa ambiental de R$ 5 milhões fundada nos arts. 2º, 6º, 14º da Lei nº 9.605/1998 e 41 do Decreto nº 3.179/1999 e imposta pelo derramamento, durante o transporte ferroviário, de aproximadamente sessenta mil litros de óleo diesel de propriedade da ora embargante na Baía de Guanabara e na Área de Proteção Ambiental de Guapimirim.

2. O citado derramamento decorreu do descarrilamento, no dia 26/04/2005, de sete vagões-tanque de propriedade da Ferrovia Centro Atlântica, os quais transportavam o aludido combustível de propriedade da embargante.

3. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à Apelação do Município de Guapimirim, ora embargado, e reformou a sentença que anulara o auto de infração ambiental, por entender que a ora Embargante é responsável pelo derramamento de óleo de sua propriedade por culpa *in eligendo*.

CARACTERIZAÇÃO DA DIVERGÊNCIA

4. No tocante à preliminar de não conhecimento dos Embargos de Divergência, acompanho o e. Relator para rechaçá-la, visto que existe similitude fático-jurídica entre o acórdão embargado e o paradigma. Como destacado, ambos os julgados versam sobre a natureza da responsabilidade por infração administrativa ambiental. Todavia, enquanto o aresto vergastado adotou a teoria objetiva, o paradigma acolhe a teoria subjetiva.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL SUBJETIVA

5. A responsabilidade administrativa por dano ambiental é de natureza subjetiva, conforme consignado no aresto paradigma.

6. Como destacado pelo e. Relator, a imposição de penalidade administrativa por infração ao meio ambiente rege-se pela teoria da responsabilidade subjetiva.

7. A disposição do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 de que a indenização ou reparação dos danos ambientais não afasta a aplicação de sanções administrativas significa apenas que a indenização ou reparação do dano prescindem da culpa, e não que as sanções administrativas dispensam tal elemento subjetivo.

8. Não há confundir o direito administrativo sancionador com a responsabilidade civil ambiental.

CONCLUSÃO

9. Embargos de Divergência providos, acompanhando o e. Relator.

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Primeira Turma assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR DANO AMBIENTAL. A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL É OBJETIVA. A LEI Nº 9.605/1998 NÃO IMPÕE QUE A PENA DE MULTA SEJA OBRIGATORIAMENTE PRECEDIDA DE ADVERTÊNCIA.

1. A responsabilidade administrativa ambiental é objetiva. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que

haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa. Precedente: REsp nº 467.212/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 15/12/2003.

2. A penalidade de advertência a que alude o art. 72, § 3º, I, da Lei nº 9.605/1998 tão somente tem aplicação nas infrações de menor potencial ofensivo, justamente porque ostenta caráter preventivo e pedagógico.

3. No caso concreto, a transgressão foi grave; consubstanciada no derramamento de cerca de 70.000 (setenta mil) litros de óleo diesel na área de preservação de ambiental de Guapimirim, em áreas de preservação permanente (faixas marginais dos rios Aldeia, Caceribú e Guaraí-Mirim e de seus canais) e em vegetações protetoras de mangue (f. 7), Some-se isso aos fatos de que, conforme atestado no relatório técnico de vistoria e constatação, houve morosidade e total despreparo nos trabalhos emergenciais de contenção do vazamento e as barreiras de contenção, as quais apenas foram instaladas após sete horas do ocorrido, romperam-se, culminando o agravamento do acidente (f. 62-67). À vista desse cenário, a aplicação de simples penalidade de advertência atentaria contra os princípios informadores do ato sancionador, quais sejam; a proporcionalidade e razoabilidade. Por isso, correta a aplicação de multa, não sendo necessário, para sua validade, a prévia imputação de advertência, na medida em que, conforme exposto, a infração ambiental foi grave.

4. Recurso especial conhecido e não provido.

O acórdão da Segunda Turma apontado como paradigma tem a seguinte ementa:

AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO.

1. Trata-se, na origem, de embargos à execução fiscal ajuizado pelo ora recorrente por figurar no polo passivo de feito executivo levado a cabo pelo Ibama para cobrar multa aplicada por infração ambiental.

2. Explica o recorrente - e faz isto desde a inicial do agravo de instrumento e das razões de apelação que resultou no acórdão ora impugnado - que o crédito executado diz respeito à violação dos arts. 37 do Decreto nº 3.179/99, 50 c/c 25 da Lei nº 9.605/98 e 14 da Lei nº 6.938/81, mas que o auto de infração foi lavrado em face de seu pai, que, à época, era o dono da propriedade.

3. A instância ordinária, contudo, entendeu que o caráter *propter rem* e solidário das obrigações ambientais seria suficiente para justificar que, mesmo a infração tendo sido cometida e lançada em face de seu pai, o ora recorrente arcasse com seu pagamento em execução fiscal.

4. Nas razões do especial, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 3º e 568, inc. I, do Código de Processo Civil (CPC) e 3º, inc. IV, e 14 da Lei nº 6.938/81, ao argumento de que lhe falece legitimidade passiva na execução fiscal levada a cabo pelo Ibama a fim de ver quitada multa aplicada em razão de infração ambiental.

5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação *propter rem*, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada.

6. O ponto controverso nestes autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental.

7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental.

8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só ao âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai.

9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano.

10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, segundo o qual "[s]em obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa], é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

11. O art. 14, *caput*, também é claro: "[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]".

12. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo).

13. Note-se que nem seria necessária toda a construção doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a obrigação civil de reparar o dano ambiental é do tipo *propter rem*, porque, na verdade, a própria lei já define como poluidor todo aquele que seja responsável pela degradação ambiental - e aquele que, adquirindo a propriedade, não reverte o dano ambiental, ainda que não causado por ele, já seria um responsável indireto por degradação ambiental (poluidor, pois).

14. Mas fato é que o uso do vocábulo "transgressores" no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensa ambientais praticadas por outrem.

15. Recurso especial provido.

O recorrente alega que há divergência relativamente à interpretação do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, especificamente quanto à modalidade de responsabilidade adotada para responsabilização por infrações administrativas ambientais. Afirma que o acórdão embargado aplicou a responsabilidade objetiva, enquanto o paradigma adota a teoria da culpabilidade (responsabilidade subjetiva).

O Relator, e. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, votou pelo provimento dos Embargos de Divergência.

Pedi vista dos autos.

Passo a meu voto.

HISTÓRICO DA DEMANDA

Trata-se, na origem, de Execução Fiscal proposta pelo Município de Guapimirim/RJ visando à cobrança de multa administrativa ambiental de R$ 5 milhões fundada nos arts. 2º, 6º, 14 da Lei nº 9.605/1998 e 41 do Decreto nº 3.179/1999 e imposta pelo derramamento, durante o transporte ferroviário, de aproximadamente sessenta mil litros de óleo diesel de propriedade da ora embargante na Baía de Guanabara e na Área de Proteção Ambiental de Guapimirim.

O citado derramamento decorreu do descarrilamento, no dia 26/04/2005, de sete vagões-tanque de propriedade da Ferrovia Centro Atlântica, os quais transportavam o aludido combustível de propriedade da embargante.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu provimento à apelação do Município de Guapimirim, ora embargado, e reformou a sentença que anulara o auto de infração ambiental, por entender que a ora embargante é responsável pelo derramamento de óleo de sua propriedade por culpa *in eligendo*.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial sob o fundamento que a responsabilidade administrativa ambiental é objetiva e que a pena de advertência aplica-se somente em caso de infração de menor potencial ofensivo.

CARACTERIZAÇÃO DA DIVERGÊNCIA

No tocante à preliminar de não conhecimento dos Embargos de Divergência, acompanho o e. Relator para rechaçá-la, visto que existe similitude fático-jurídica entre o acórdão embargado e o paradigma. Como destacado, ambos os julgados versam sobre a natureza da responsabilidade por infração administrativa ambiental. Todavia, enquanto o aresto vergastado adotou a teoria objetiva, o paradigma acolhe a teoria subjetiva.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL SUBJETIVA

O acórdão recorrido anotou ser objetiva a responsabilidade administrativa por dano ambiental. Constou do voto vencedor (f. 1.085-1.086):

> Pois bem, ao contrário do entendimento da recorrente, é objetiva a responsabilidade administrativa ambiental. Deveras, esse preceito foi expressamente inserido no nosso ordenamento com a edição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). Tanto é assim, que o § 1º do art. 14 do diploma em foco define que o poluidor é obrigado, sem que haja a exclusão das penalidades, a indenizar ou reparar os danos, independentemente da existência de culpa.
>
> Oportuna é transcrição do dispositivo em comento:
>
> § 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.
>
> Dessarte, é extreme de dúvida que são independentes as esferas de responsabilidade, mas, em se tratando das responsabilidades civil e administrativa, a Lei nº 6.938/1981 tratou de elidir a culpa e o dolo para a imputação de penalidades e obrigação de indenizar ou reparar o dano. Essa é a exegese que se infere da primeira parte do § 1º do art. 14 do dispositivo sob exame.

Contudo, a responsabilidade administrativa por dano ambiental é de natureza subjetiva, conforme consignado no aresto paradigma.

Como destacado pelo e. Relator, a imposição de penalidade administrativa por infração ao meio ambiente rege-se pela teoria da responsabilidade subjetiva.

A disposição do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981 de que a indenização ou reparação dos danos ambientais não afasta a aplicação de sanções administrativas significa apenas que a indenização ou reparação do dano prescindem da culpa, e não que as sanções administrativas dispensam tal elemento subjetivo.

Não há confundir o direito administrativo sancionador com a responsabilidade civil ambiental, chegando-se ao ponto de atribuir responsabilidade do autuado por fato de terceiro.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MULTA AMBIENTAL. DERRAMAMENTO DE PRODUTO TÓXICO EM AVENIDA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. NATUREZA SUBJETIVA. CULPA. COMPROVAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09/03/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu,* aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca dos ônus sucumbenciais, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 7/STJ.

III - Não se desconhece o entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador, aferindo-se a responsabilidade mediante a comprovação da culpa.

IV - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca da responsabilidade pelo dano ambiental no deslocamento e transporte da carga, sem a cautela exigida pela natureza do produto, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 7/STJ.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1.712.989/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. MULTA AMBIENTAL. DERRAMAMENTO DE PRODUTO TÓXICO EM AVENIDA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. DANO AMBIENTAL. RESPON-

SABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL. NATUREZA SUBJETIVA. CULPA. COMPROVAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09/03/2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca dos ônus sucumbenciais, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 7/STJ.

III - Não se desconhece o entendimento consolidado nesta Corte, segundo o qual, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador, aferindo-se a responsabilidade mediante a comprovação da culpa.

IV - *In casu*, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou acerca da responsabilidade pelo dano ambiental no deslocamento e transporte da carga, sem a cautela exigida pela natureza do produto, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 7/STJ.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VII - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1.712.989/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 14/06/2018)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ARGUMENTOS SUSCITADOS NAS CONTRARRAZÕES. MANIFESTAÇÃO. DESNECESSIDADE. DANO AMBIENTAL. AUTO DE INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. CARÁTER SUBJETIVO.

1. O Plenário do STJ decidiu que "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo nº 2).

2. O magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações das partes nem tampouco a rebater um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedentes.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental tem caráter subjetivo, exigindo-se a demonstração de dolo ou culpa e do nexo causal entre conduta e dano. Precedentes.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 826.046/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 05/04/2018)

PROCESSUAL E AMBIENTAL. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE ÁREA DE PROTEÇÃO PERMANENTE - APP. MULTA AFASTADA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA DO AGENTE. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Segundo consolidada jurisprudência desta Corte, "a responsabilidade administrativa ambiental tem caráter subjetivo, exigindo-se a demonstração de dolo ou culpa e do nexo causal entre conduta e dano" (AgInt no AREsp 826.046/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 05/04/2018).

2. As instâncias ordinárias, ao examinar as peculiaridades do caso concreto, afastou a multa ambiental aplicada, por não vislumbrar na conduta praticada a presença de dolo ou culpa. Assim, a alteração do acórdão recorrido demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula nº 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1.263.957/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 28/08/2018, DJe 03/09/2018)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANO AMBIENTAL. AUTO DE INFRAÇÃO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DE DOLO OU CULPA. MULTA. CABIMENTO EM TESE.

1. Segundo o acórdão recorrido, "a responsabilidade administrativa ambiental é fundada no risco administrativo, respondendo, portanto, o transgressor das normas de proteção ao meio ambiente independentemente de culpa *lato sensu*, como ocorre no âmbito da responsabilidade civil por danos ambientais" (e-STJ f. 997).

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, como regra a responsabilidade administrativa ambiental apresenta caráter subjetivo, exigindo dolo ou culpa para sua configuração. Precedentes: REsp nº 1.401.500 Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 13/09/2016, AgRg no AREsp nº 62.584/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, DJe 07/10/2015, REsp nº 1.251.697/PR, Rel. Ministro. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 17/04/2012.

3. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp nº 1.640.243/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 27/04/2017)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. DANO AMBIENTAL. ACIDENTE NO TRANSPORTE DE ÓLEO DIESEL. IMPOSIÇÃO DE MULTA AO PROPRIETÁRIO DA CARGA. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

I - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pela parte ora Agravante. Inexistência de omissão.

II - A responsabilidade civil ambiental é objetiva; porém, tratando-se de responsabilidade administrativa ambiental, o terceiro, proprietário da carga, por não ser o efetivo causador do dano ambiental, responde subjetivamente pela degradação ambiental causada pelo transportador.

III - Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp nº 62.584/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, Primeira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 07/10/2015)

Ante o exposto, acompanho o e. Relator e dou provimento aos Embargos de Divergência.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.414.774 - RJ (2013/0230260-8)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPROVANTE DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. EMISSÃO EM PAPEL TERMOSSENSÍVEL. BAIXA DURABILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFICIENTE. OBRIGAÇÃO DE EMISSÃO GRATUITA DE SEGUNDA VIA DO COMPROVANTE.

1. O Código de Defesa do Consumidor, para além da responsabilidade decorrente dos acidentes de consumo (arts. 12 a 17), cuja preocupação primordial é a segurança física e patrimonial do consumidor, regulamentou também a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço (arts. 18 a 25), em que a atenção se voltou à análise da efetiva adequação à finalidade a que se destina. Previu, assim, que o fornecedor responderá pelos vícios de qualidade que tornem os serviços impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor ou, ainda, pelos decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária (art. 20).

2. A noção de vício passou a ser objetivada, tendo a norma trazido parâmetros a serem observados, independentemente do que fora disposto no contrato, além de ter estabelecido um novo dever jurídico ao fornecedor: o dever de qualidade e funcionalidade, a ser analisado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, devendo-se ter em conta ainda a efetiva adequação à finalidade a que se destina e às expectativas legítimas do consumidor com aquele serviço, bem como se trata de obrigação de meio ou de resultado.

3. A instituição financeira, ao emitir comprovantes de suas operações por meio de papel termossensível, acabou atraindo para si a responsabilidade pelo vício de qualidade do produto. Isso porque, por sua própria escolha, em troca do aumento dos lucros - já que a impressão no papel térmico é mais rápida e bem mais em conta -, passou a ofertar o serviço de forma inadequada, emitindo comprovantes cuja durabilidade não atendem as exigências e as necessidades do consumidor, vulnerando o princípio da confiança.

4. É da natureza específica do tipo de serviço prestado emitir documentos de longa vida útil, a permitir que os consumidores possam, quando lhes for exigido, comprovar as operações realizadas. Em verdade, a "fragilidade" dos documentos emitidos em papel termossensível acaba por ampliar o desequilíbrio na relação de consumo, em vista da dificuldade que o consumidor terá em comprovar o seu direito pelo desbotamento das informações no comprovante.

5. Condicionar a durabilidade de um comprovante às suas condições de armazenamento, além de incompatível com a segurança e a qualidade que se exigem da prestação de serviços, torna a relação excessivamente onerosa para o consumidor, que, além dos custos de emitir um novo recibo em outra forma de impressão (fotocópia), teria o ônus de arcar, em caso de perda, com uma nova tarifa pela emissão da 2ª via do recibo, o que se mostra abusivo e desproporcional.

6. O reconhecimento da falha do serviço não pode importar, por outro lado, em repasse pelo aumento de tarifa ao consumidor nem em prejuízos ao meio ambiente.

7. Na hipótese, o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, porquanto incidente na frustração da legítima expectativa de qualidade e funcionalidade do consumidor-médio em relação ao esmaecimento prematuro das impressões em papel térmico, concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente.

8. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Especial nº 1.414.774-RJ, em que é Recorrente: Banco Santander Brasil S/A e Recorridos: Instituto de Defesa do Consumidor e do Trabalhador do Município de Teresópolis e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do relator. Os Srs. Ministros RAUL ARAÚJO, MARIA ISABEL GALLOTTI (voto-vista), ANTONIO CARLOS FERREIRA (Presidente) e MARCO BUZZI votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA (DF), 16 DE MAIO DE 2019.
(DATA DO JULGAMENTO)
MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO
RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Instituto de Defesa do Consumidor e do Trabalhador do Município de Teresópolis - INDEC ajuizou ação civil pública em face do Banco Santander S/A, visando impedir a utilização de papel termossensível nas máquinas de autoatendimento, bem como postulando a condenação do Banco a fornecer, gratuitamente, segunda via dos comprovantes, além do pagamento de R$ 3.000.000,00 a título de danos morais difusos.

O magistrado de piso julgou parcialmente procedentes os pedidos para condenar a instituição financeira a conceder, de forma gratuita aos consumidores, a segunda via dos comprovantes apagados de operações bancárias, até 5 anos após o encerramento da conta - vedada a utilização de papel termossensível -, além de determinar que fosse divulgada a sentença em jornal de divulgação regional (f. 162-174).

Interposta apelação por ambos os litigantes, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso do réu e negou provimento ao do autor e do Ministério Público, em julgado assim ementado (f. 303-311):

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPROVANTE DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. EMISSÃO EM PAPEL TERMOSSENSÍVEL. BAIXA DURABILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFICIENTE. INSTABILIDADE JURÍDICA. OBRIGAÇÃO DE EMISSÃO GRATUITA DE SEGUNDA VIA DO COMPROVANTE EMITIDO EM CAIXA ELETRÔNICO NA FORMA DA RESOLUÇÃO 3.919 DO BACEN. INSUBSISTÊNCIA DO PLEITO DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS INEXISTENTES.
>
> 1. Descabe a assertiva do banco de que sua obrigação se limita a dizer acerca da curta durabilidade do impresso, restando ao consumidor o cuidado de reproduzi-lo em outros meios, acaso este deseja fazer prova da transação.
>
> 2. Seja qual for o uso a que se destina o impresso, fato é que o banco deve prestar um serviço adequado, sobretudo em se tratando de comprovação de transações bancárias.
>
> 3. Há, no entanto, que se limitar a obrigação da emissão da segunda via do comprovante, sendo razoável a aplicação analógica do prazo de 05 anos, a contar do encerramento da conta, previsto na Resolução nº 2.078 do BACEN, solução data pelo Juízo *a quo* e pela Des. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA, no julgamento da Apelação Cível 001124440.2008.8.19.0001. Parcial provimento do primeiro recurso e negado provimento ao segundo recurso. Mantida, no mais, a sentença, nos seus exatos termos.

Opostos aclaratórios, o recurso foi rejeitado (f. 324-328).

Irresignada, a instituição bancária interpõe recurso especial com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, por vulneração ao art. 535, I e II, do CPC/73 e ao art. 20, I e § 2º, do CDC.

Aduz que o acórdão foi omisso.

Outrossim, sustenta que "a emissão dos comprovantes pelas máquinas de autoatendimento em papel termossensível cumpre com exatidão a função a que se destinam, qual seja, permitir que o usuário verifique, através do respectivo comprovante emitido, a regularidade da transação bancária realizada, o que é algo efetuado imediatamente ou, pelo menos, em curto espaço de tempo". Salienta que tais comprovantes não visam "conferir ao consumidor meio de prova para eventual alegação de inadimplemento de obrigação assumida frente ao prestador de serviço", mas "tão somente a identificar a realização de determinada operação bancária", não suprindo a quitação do credor.

Destaca que "esse serviço de emissão de comprovantes em caixas eletrônicos consiste em comodidade oferecida ao consumidor, que pode se valer de outros meios para comprovar o adimplemento de sua obrigação frente ao prestador de serviços, como o extrato mensal e a impressão de comprovantes das operações realizadas no *Internet banking*. Daí a transitoriedade ínsita ao comprovante obtido nas máquinas de autoatendimento".

Além disso, "a escolha pela impressão do comprovante de operação bancária é opção do consumidor, que prefere usufruir das vantagens atinentes às máquinas de autoatendimento, como, por exemplo, a redução do tempo de espera na fila para atendimento".

Adverte que "o comprovante emitido pelas máquinas de autoatendimento em papel termossensível indica no seu verso que o papel tem durabilidade temporária, o que demonstra perfeito cumprimento do dever de informar pelo Banco Santander acerca da qualidade do serviço prestado, de tal sorte que não é possível alegar qualquer contrariedade às expectativas dos consumidores".

Defende que, em se admitindo a configuração do vício do serviço, o banco só poderia ser compelido, no máximo, à reexecução da prestação referida, "mediante o fornecimento de segunda via do comprovante de transação bancária também em papel termossensível" e não em papel diverso deste.

Argumenta que tal encargo "mostra-se desproporcionalmente oneroso, especialmente no exíguo prazo de 30 (trinta) dias", além de acarretar que a instituição financeira altere "as máquinas de autoatendimento à mingua de previsão legal".

Contrarrazões apresentadas a f. 401-407.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (f. 409-413), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (f. 455-456).

Instado a se manifestar, o *Parquet* opinou pelo desprovimento do recurso, nos seguintes termos (f. 468-477):

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. COMPROVANTE DE OPERAÇÕES BANCÁRIAS REALIZADAS EM CAIXA ELETRÔNICO. EMPREGO DE PAPEL TERMOSSENSIVEL. DURABILIDADE LIMITADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFICIENTE. DEVER DE EMISSÃO GRATUITA DA SEGUNDA VIA. OFENSA AO ART 20, I E § 2º DO CDC NÃO CONFIGURADA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO INEXISTENTE.
>
> Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

EMENTA

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPROVANTE DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. EMISSÃO EM PAPEL TERMOSSENSÍVEL. BAIXA DURABILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFICIENTE. OBRIGAÇÃO DE EMISSÃO GRATUITA DE SEGUNDA VIA DO COMPROVANTE.
>
> 1. O Código de Defesa do Consumidor, para além da responsabilidade decorrente dos

acidentes de consumo (arts. 12 a 17), cuja preocupação primordial é a segurança física e patrimonial do consumidor, regulamentou também a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço (arts. 18 a 25), em que a atenção se voltou à análise da efetiva adequação à finalidade a que se destina. Previu, assim, que o fornecedor responderá pelos vícios de qualidade que tornem os serviços impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor ou, ainda, pelos decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária (art. 20).

2. A noção de vício passou a ser objetivada, tendo a norma trazido parâmetros a serem observados, independentemente do que fora disposto no contrato, além de ter estabelecido um novo dever jurídico ao fornecedor: o dever de qualidade e funcionalidade, a ser analisado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, devendo-se ter em conta ainda a efetiva adequação à finalidade a que se destina e às expectativas legítimas do consumidor com aquele serviço, bem como se trata de obrigação de meio ou de resultado.

3. A instituição financeira, ao emitir comprovantes de suas operações por meio de papel termossensível, acabou atraindo para si a responsabilidade pelo vício de qualidade do produto. Isso porque, por sua própria escolha, em troca do aumento dos lucros - já que a impressão no papel térmico é mais rápida e bem mais em conta -, passou a ofertar o serviço de forma inadequada, emitindo comprovantes cuja durabilidade não atendem as exigências e as necessidades do consumidor, vulnerando o princípio da confiança.

4. É da natureza específica do tipo de serviço prestado emitir documentos de longa vida útil, a permitir que os consumidores possam, quando lhes for exigido, comprovar as operações realizadas. Em verdade, a "fragilidade" dos documentos emitidos em papel termossensível acaba por ampliar o desequilíbrio na relação de consumo, em vista da dificuldade que o consumidor terá em comprovar o seu direito pelo desbotamento das informações no comprovante.

5. Condicionar a durabilidade de um comprovante às suas condições de armazenamento, além de incompatível com a segurança e a qualidade que se exigem da prestação de serviços, torna a relação excessivamente onerosa para o consumidor, que, além dos custos de emitir um novo recibo em outra forma de impressão (fotocópia), teria o ônus de arcar, em caso de perda, com uma nova tarifa pela emissão da 2ª via do recibo, o que se mostra abusivo e desproporcional.

6. O reconhecimento da falha do serviço não pode importar, por outro lado, em repasse pelo aumento de tarifa ao consumidor nem em prejuízos ao meio ambiente.

7. Na hipótese, o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, porquanto incidente na frustração da legítima expectativa de qualidade e funcionalidade do consumidor-médio em relação ao esmaecimento prematuro das impressões em papel térmico, concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente.

8. Recurso especial não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC/1973 (art. 1.022 do CPC/2015), pois o Tribunal *a quo* dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que tivesse

examinado uma a uma as alegações e os fundamentos expendidos pelas partes.

Realmente, o acórdão recorrido foi julgado ainda sob os ditames do CPC/1973, e, em sendo assim, remanesce a sedimentada jurisprudência da Casa no sentido de que o magistrado não está obrigado a se manifestar acerca de todos os argumentos trazidos pelas partes quando já houver encontrado fundamento suficiente para a resolução da controvérsia.

A propósito:

> Processo civil. Embargos de declaração no recurso especial. Ausência de omissões, contradições ou obscuridades. Prestação jurisdicional encerrada. - A atribuição de efeitos infringentes aos embargos declaratórios é possível em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência necessária. - As questões suscitadas pelos embargantes não constituem pontos omissos, contraditórios ou obscuros do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão embargado.
>
> - O julgador não pode ser compelido a adentrar todos os matizes jurídicos suscitados pelas partes. Basta-lhe decidir fundamentadamente as questões pertinentes à solução da controvérsia, o que encerra sua prestação jurisdicional, não incorrendo nas hipóteses ensejadoras de violação ao art. 535 do CPC.
>
> Embargos de declaração no recurso especial rejeitados. (EDcl no REsp nº 770.746/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 28/11/06, DJ 11/12/06, p. 354)

3. A controvérsia dos autos está em definir se há vício do serviço na emissão de comprovantes de operações bancárias em papel termossensível pelas máquinas de autoatendimento, haja vista o curto prazo de duração das informações nele contidas.

O Tribunal de origem, mantendo a sentença de piso, reconheceu a falha de qualidade do serviço nos seguintes termos:

> Cinge-se a discussão, então, em verificar se a emissão de papel desta qualidade configura vício no serviço prestado pelo banco réu.
>
> Com efeito, como alegado pelo autor em sua inicial, é incontroversa a limitada durabilidade do papel termossensível emitido pelo banco réu nas operações realizadas em caixas automáticos. E tal limitação é incompatível com a segurança e qualidade que se exige na prestação de serviços. Isso porque não é possível ao consumidor fazer prova de seus pagamentos, por um longo período de tempo, mediante a utilização do comprovante impresso nas máquinas e terminais de autoatendimento, gerando instabilidade jurídica.
>
> Assim, ao emitir comprovantes de duração transitória, o banco réu presta serviços inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, a caracterizar o vício do serviço, nos termos do art. 20, § 2°, do Código de Defesa do Consumidor.
>
> Patente ainda a ofensa à boa-fé objetiva.
>
> A emissão de comprovantes duráveis é ínsita às operações de pagamentos de contas, realização de saques, depósitos, aplicações, resgates, transferências, investimentos, empréstimos, financiamentos, entre outras.
>
> Constitui, portanto, completa aberração, o banco réu exigir que também seja remunerado pela emissão de 2ª via dos comprovantes que se apagaram.
>
> Até por que é o próprio Banco Central que determina na Resolução 3.919, de 25 de novembro de 2010, dentre aqueles serviços considerados essenciais, prestados às pessoas físicas, o fornecimento, sem qualquer cobrança, de

até dois extratos por mês, com toda a movimentação dos últimos 30 (trinta) dias do cliente, impresso em guichê e/ou terminal de autoatendimento.

E, mesmo que assim não fosse, descabe a assertiva de que se limita a obrigação do banco em dizer acerca da curta durabilidade do impresso, restando ao consumidor o cuidado de reproduzi-lo em outros meios, acaso este deseje fazer prova da transação. Seja qual for o uso a que se destina o impresso, fato é que o banco deve prestar um serviço adequado, sobretudo em se tratando de comprovação de transações bancárias.

A emissão de comprovantes de duração transitória caracteriza, como já reconhecido acima, vício de serviço, pois que o seu prazo de durabilidade é inferior ao que se espera. Portanto, o dispositivo legal acima é expresso no sentido de que o fornecedor deve responder pelos vícios de qualidade de seus serviços, sendo a reexecução dos serviços, sem custo adicional ao consumidor, a única solução compatível ao presente caso, o que equivale, na prática, que o banco réu se abstenha de cobrar pela emissão de 2ª via dos comprovantes que se apagarem.

Desta maneira, se evitará a imposição de tarifas onerosas ao consumidor em decorrência da transitoriedade dos comprovantes emitidos pelos caixas eletrônicos, disponibilizando-se mais uma opção viável ao consumidor, cliente ou não do banco réu, de se obter um documento de longa duração, na hipótese de desgaste do original.

Desta forma, a fim de que o consumidor obtenha um documento de longa duração, correta a sentença ao determinar a emissão de segunda via em papel que não seja o termossensível.

Acresça-se a jurisprudência que vêm prevalecendo nesta Corte de Justiça acerca desta matéria, *in verbis*:

[...]

Ressalte-se que, diferente do alegado pelo banco réu, a emissão da segunda via necessita, tão somente, da prova do desgaste do comprovante original, sendo desnecessária a apresentação de documento comprobatório de que a operação bancária correspondente não foi registrada pelo credor. Em outras palavras, a solução dada pelo MM. Juizo *a quo* reequilibrou a situação das partes na relação de consumo existente entre a instituição financeira e o consumidor de serviços bancários, impondo ao fornecedor a obrigação de disponibilizar a segunda via de comprovantes emitidos por caixas eletrônicos em que haja desaparecido a impressão, sem qualquer ônus.

Por outro lado, tal obrigação não pode ser imposta indefinidamente, sendo razoável a aplicação analógica do prazo de 05 anos, a contar do encerramento da conta, previsto na Resolução nº 2.078/94 do BACEN, solução dada pelo Juizo *a quo* e pela Des. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA, no julgamento da Apelação Cível 0011244-40.2008.8.19.0001.

Contudo, carece de fundamento o pedido de publicação do *decisum* em jornal de grande circulação, motivo pelo qual o recurso do réu deve ser acolhido neste ponto.

Noutro giro, o recurso do Ministério Público não merece acolhimento.

A indenização pelos danos morais não decorre automaticamente do fato vivenciado pelos consumidores prejudicados pelo fato das informações apagarem de seus comprovantes bancários.

Na verdade, os danos postulados somente incidiriam se houvesse repercussão que ultrapassasse as consequências usuais e rotineiras esperadas no caso em questão, isto é, se tivesse ocorrido implicações mais gravosas

do que a eventual busca pela substituição do documento falho por outro tipo de serviço disponibilizado pelo banco réu ou do que o próprio pedido de 2ª via.

Por isso, diz-se que o mero aborrecimento ou dissabor não enseja o dano imaterial.

No caso em exame, o autor e o Ministério Público não demonstraram a ocorrência de situação extraordinária, isto é, não restou comprovado que os consumidores tenham sido submetidos à dor, humilhação, sofrimento, ou qualquer situação mais grave do que a usualmente esperada em hipóteses similares.

Logo, o caso em questão, por si só, sem outros fatores concorrentes, não gera mais do que aborrecimentos ou incômodos a que somos sujeitados em situações vividas no cotidiano. Se os danos morais são presumidos, o mesmo não ocorre com as situações que os originam, que devem restar minimamente comprovadas, o que não se verificou *in casu*.

Dessa forma, em relação aos danos morais, individuais ou coletivos, a improcedência do pedido se impunha, diante da total inexistência de comprovação de evento danoso experimentado.

Por tais motivos, dou parcial provimento ao primeiro recurso, tão somente para excluir a condenação do banco réu em publicar, às suas expensas, a sentença em jornal de grande circulação e nego provimento ao segundo recurso. Mantenho, no mais, a sentença em seus termos.

A despeito de a discussão sobre os vícios do produto e do serviço não ser nova no âmbito desta Corte, verifica-se que o objeto do presente recurso especial ainda não foi apreciado, em seu mérito, por nenhuma das Turmas especializadas na matéria.

Interessante notar que começam a surgir julgados discutindo o tema no que toca ao comprovante do preparo dos recursos utilizando esse tipo de papel.

À guisa de exemplo:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RECURSO ORDINÁRIO. PREPARO. CUSTAS PROCESSUAIS. COMPROVANTE DE PAGAMENTO ELETRÔNICO EM PAPEL TERMOSSENSÍVEL. ESMAECIMENTO. RESPONSABILIDADE. DESERÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1) Trata-se de hipótese em que o Tribunal Regional não conheceu do recurso ordinário interposto pelo reclamado, por deserção, sob o fundamento de que o comprovante de pagamento das custas processuais, impresso em papel termossensível, encontra-se totalmente ilegível. 2) Os recibos emitidos por caixa eletrônico, comum no sistema de autoatendimento de agência bancária, podem ser admitidos como comprovante do pagamento das custas processuais. Esses recibos, impressos em papel termossensível, com tinta perecível, tornam, muitas vezes, ilegíveis os dados neles apostos no decorrer do tempo. 3) A jurisprudência desta Corte adota o entendimento de que o esmaecimento dos dados do papel termossensível, referente à comprovação do pagamento das custas, em razão do tempo decorrido entre a interposição do apelo e seu respectivo julgamento, trata-se de fato alheio à vontade da parte recorrente, não lhe podendo ser imputada a responsabilidade pelo que não concorreu. Precedentes. 4) Portanto, tendo sido as custas recolhidas mediante guia própria e regular, no valor devido, com observância do prazo, em verdadeira demonstração do ânimo de se desincumbir de tal encargo, deve ser adotado o princípio da instrumentalidade das formas, aliado ao princípio da boa-fé, e ser considerado válido o ato (art. 244 do CPC/73), de modo a se afastar a deserção reconhecida pelo

Colegiado *a quo*. Recurso de revista conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. Tendo em vista o provimento do recurso de revista interposto pelo reclamado, no qual se afastou a deserção do recurso ordinário, com a determinação de retorno dos autos ao Tribunal Regional de origem, a fim de prevenir tumulto e cisão processual e, ainda, em face do resultado do julgamento do referido recurso ordinário, a ser proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho de origem, declara-se prejudicado o recurso de revista interposto pelo reclamante. Recurso de revista prejudicado.

(TST - RR: 830008420095040020. Data de Julgamento: 10/10/2018, Data de Publicação: DEJT 16/10/2018)

4. O Código de Defesa do Consumidor, para além da responsabilidade decorrente dos acidentes de consumo (arts. 12 a 17), cuja preocupação primordial é a segurança física e patrimonial do consumidor, regulamentou também a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço (arts. 18 a 25), em que a atenção foi voltada à análise da efetiva adequação à finalidade a que se destina.

Previu, consequentemente, que o fornecedor responderá pelos vícios de qualidade que tornem os serviços impróprios ao consumo ou que lhes diminuam o valor, assim como, pelos decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (art. 20).

O próprio *Codex* definiu como impróprios, em rol exemplificativo, "os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade" (§ 2° do art. 20), destacando ainda que "a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade" (art. 23).

Dessarte, a noção de vício passou a ser objetivada, tendo a norma trazido parâmetros a serem observados, independentemente do que fora disposto no contrato, além de estabelecer um novo dever jurídico ao fornecedor, qual seja o dever de qualidade e funcionalidade.

Portanto, "para se constatar o atendimento das obrigações do fornecedor relativas à propriedade do serviço, o contrato deve ser analisado em conjunto com outros elementos (oferta, publicidade, fins que razoavelmente se esperam do serviço, normas regulamentares de prestabilidade). Ou seja, cuida-se de regime misto que absorve aspectos contratuais e extracontratuais. O contrato, normalmente redigido pela parte mais forte (fornecedor), deve ser analisado circunstancialmente, considerando os elementos indicados" (BENJAMIN, Antonio Herman de V. e. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2017, p. 243).

Por outro lado, a qualidade e a funcionalidade, do serviço serão reconhecidas de acordo com as circunstâncias do caso concreto, devendo-se ter em conta ainda sua efetiva adequação à finalidade a que se destina e às expectativas legítimas do consumidor com aquele serviço, bem assim se é obrigação de meio ou de resultado.

É a ponderação de CLAUDIA LIMA MARQUES, segundo a qual "a concentração feita, do sistema do CDC, no 'serviço prestado' não significa que todas as obrigações de fazer passam a ser obrigações de resultado. Se a obrigação é de meio (por exemplo, um tratamento médico, uma cirurgia), só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que razoavelmente dele se espera (salas de cirurgia com o material necessário, limpas, preparadas para emergências; ou um tratamento médico com remédios e exames normais para aquele caso), mas não se pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado (cura do paciente ou evitar a sua morte)" (**Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 5 ed., São Paulo: RT, pp. 360-361).

A doutrina cita exemplos de vícios de qualidade do serviço: instalação elétrica com curto-circuito; bloqueio injustificado do cartão de crédito; conta corrente bloqueada ou encerrada indevidamente; lançamento indevido na fatura do cartão de crédito; pintura de automóvel que ficou manchada; qualquer serviço de eletrônicos mal executado; serviço de cartão de crédito que concede alguns dias para pagamento da fatura, mas não disponibiliza o prazo de fato etc (RIZZATTO, Nunes. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 297-298).

5. Noutro giro, em relação ao caso concreto, é sabido que o papel termossensível, popularmente denominado de papel térmico, vem sendo corriqueiramente utilizado no comércio na impressão de notas fiscais e de comprovantes de transações.

Trata-se "de um papel especial, cujo revestimento contém substância que muda de coloração sob a ação do calor. Isso significa que, para imprimi-lo, não se usa tinta, mas apenas uma impressora térmica, ou seja, que fornece calor. A facilidade e a rapidez de impressão, bem como o baixo custo, estão entre as vantagens apontadas para a grande difusão dessa tecnologia em nossa sociedade. [...] uma das principais desvantagens desses papéis: em alguns casos, a impressão apaga com o tempo, e você perde a informação que lá estava" (Revista **O Papel** / Abril de 2015 <https://www.celuloseonline.com.br/voce-sabe-por-que-alguns-cupons-fiscais-se-apagam-em-um-periodo-muito-curto-de-tempo>, acesso em 05/12/2018).

A explicação do motivo pelo qual o papel desbota com certa facilidade ocorre sob três perspectivas:

1. Qualidade do papel: Na impressão do papel termossensível, ocorre uma reação química entre um corante, inicialmente incolor, e um ácido (o revelador do corante). Essa reação faz o corante ficar colorido, em sua forma menos estável. Isso significa que, com o tempo, a molécula de corante tende a retornar à sua forma incolor. Para evitar tal retorno, os fabricantes desses papéis adicionam ao revestimento substâncias que auxiliam a manutenção da cor e evitam seu desaparecimento. Então, de acordo com a formulação criada, os fabricantes podem produzir papéis termossensíveis cuja impressão tem maior ou menor durabilidade. Vale lembrar que a incorporação de novas substâncias ao revestimento acarreta maior custo de produção: os papéis termossensíveis com maior longevidade, em geral, terão preço mais alto.

2. Eficiência da impressora: a quantidade de moléculas de corante na forma colorida gerada na superfície do papel depende da quantidade de calor fornecida pela impressora. Isso está diretamente relacionado à durabilidade da impressão, pois, se poucas moléculas forem sensibilizadas (isto é, ficarem coloridas) e, por algum motivo, uma parte delas voltar à forma incolor, o dano à impressão será muito maior do que no caso de um grande número de moléculas sensibilizadas. Sendo assim, para garantir maior longevidade da impressão térmica, é importante fazer o ajuste correto das configurações da impressora e sua manutenção periódica.

3. Cuidados de manuseio do papel após a impressão: por fim, de nada adianta o papel ser de ótima qualidade e a impressora estar corretamente configurada se nós, consumidores, não tivermos alguns cuidados importantes com o cupom que recebemos. Embora a molécula de corante tenda a voltar à sua forma incolor naturalmente, algumas substâncias, tais como água, solventes químicos, plastificantes, óleos e alguns agentes físicos (luz e calor, por exemplo) podem acelerar o retorno à forma incolor, interferindo na interação entre corante e revelador e/ou retirando da superfície do papel as substâncias estabilizadoras da cor.

> Por esse motivo, sempre que possível se deve evitar o contato ou a exposição do papel termossensível aos fatores mencionados. Vale ressaltar que qualquer contato ou exposição, mesmo que por pouco tempo, é suficiente para comprometer a durabilidade da impressão. Recomenda-se que os cupons fiscais sejam guardados em envelopes de papel, ao abrigo de luz, umidade, solventes e substâncias oleosas. Sobre a questão da possibilidade de recuperar as informações perdidas, a resposta é sim. Isso é realizado com o auxílio de um comparador espectral de imagem, equipamento dotado de uma câmera de alta resolução, lentes de aumento, lâmpadas e filtros de luz na faixa espectral do ultravioleta ao infravermelho. (Revista **O Papel**, *op.cit.*)

Nessa ordem de ideias, e diante do conceito legal de "defeito na prestação do serviço", a instituição financeira, ao emitir comprovantes de suas operações por meio de papel termossensível, acabou atraindo para si - segundo entendo - a responsabilidade pelo vício de qualidade do produto.

Isso porque, por sua própria escolha, em troca do aumento dos lucros - já que a impressão no papel térmico é mais rápida e bem mais em conta -, passou a ofertar o serviço de forma inadequada, emitindo comprovantes cuja durabilidade não atendem às exigências e necessidades do consumidor, vulnerando o princípio da confiança.

Trata-se de incidência dos princípios gerais da boa-fé objetiva e da função social do contrato na compreensão da responsabilidade civil dos estabelecimentos comerciais, incumbindo ao fornecedor do serviço o dever de prestá-lo com a qualidade e a funcionalidade esperadas.

Outrossim, é da natureza específica do tipo de serviço prestado emitir documentos de longa vida útil, a permitir que os consumidores possam, quando lhes for exigido, comprovar as operações realizadas, não cabendo, por óbvio, a argumentação de desgaste ou deterioração natural da impressão no papel.

Ademais, a "fragilidade" dos documentos emitidos em papel termossensível acabam por ampliar o desequilíbrio na relação de consumo, notadamente em razão da vulnerabilidade do consumidor, "afinal, a empresa fornecedora terá agora a seu favor, além da sua natural superioridade econômica, técnica e jurídica, também a dificuldade do consumidor de provar o seu direito - com um papel desbotado nas mãos..." (DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o Prejuízo do Tempo Desperdiçado**. São Paulo: RT, 2011, p. 333).

No caso dos autos, configurada efetivamente a falha do serviço, não parece razoável afastar a responsabilidade do fornecedor apenas por ter procurado amenizar os danos, como aponta o próprio recorrente, ao alertar no verso dos documentos térmicos sobre a melhor forma de manter uma boa vida útil do impresso, *v.g.*, informando que o papel não pode ficar exposto a luz, fontes de calor, umidade excessiva, nem ter contato com plástico, óleos ou produtos químicos, inclusive recomendando, ao final, que se retire, havendo necessidade, uma segunda via.

Deveras, tal ressalva no verso do impresso, apesar de relevante, não é suficientemente ostensiva para atender os ditames da norma em relação ao dever de informação, além de não parecer apta, por si própria, a eliminar o vício do serviço, ainda mais tendo em conta que, ao fim e ao cabo, acaba por impingir ao consumidor o dever de realizar determinadas condutas para a preservação do recibo, inclusive com o repasse dos dispêndios à parte vulnerável da relação.

6. Nessa linha, ao estender sua atividade para os terminais de autoatendimento bancário, a instituição recorrente buscou, no espectro da atividade econômica, aumentar seus ganhos e proventos, já que, por meio do novo serviço, ampliou o acesso aos produtos e serviços atinentes às operações bancárias, facilitando as transações, aumentando o fluxo de clientes e

de receitas, perfazendo diferencial competitivo a atrair e fidelizar ainda mais sua clientela.

De fato, dentro do seu poder de livremente contratar e oferecer diversos tipos de serviço, ao agregar aquele de caixas eletrônicos ao empreendimento, acabou por incrementar, de alguma forma, a responsabilidade de sua atividade, notadamente por instigar os consumidores a efetivar transações, pagamentos, depósitos nos terminais, aumentando os ganhos e fazendo com que os influxos e as filas internas de seu estabelecimento diminuíssem, tornando mais dinâmica sua atividade; por outro lado, deixou os clientes mais vulneráveis a intercorrências em relação à qualidade e à segurança que se exigem na comprovação de suas operações bancárias.

Somado a isso, condicionar a durabilidade de um comprovante às suas condições de armazenamento, além de incompatível com a segurança e a qualidade exigidas da prestação de serviços, torna a relação excessivamente onerosa para o consumidor, parte mais sensível da relação, que, além dos custos de emitir um novo comprovante, em outra forma de impressão (fotocópia), por sua própria conta, teria o ônus de arcar, em caso de perda, com uma nova tarifa pela emissão da 2ª via do recibo, o que se mostra abusivo e desproporcional.

Diante de tais circunstâncias trazidas nos autos, tenho que o serviço disponibilizado foi inadequado e ineficiente, porquanto incidente na frustração da legítima expectativa de qualidade e funcionalidade do consumidor-médio em relação ao esmaecimento prematuro das impressões em papel térmico, concretizando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o cliente.

7. É importante destacar ainda que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n° 8.867/2017, que tem como objetivo justamente dispor "sobre a substituição de formulários em papéis termossensíveis pelas instituições financeiras, lotéricas, correspondentes bancários e estabelecimentos de venda a crédito para apresentação de informes aos seus clientes".

A necessidade da referida proteção, conforme destacada em sua justificação, advém do reconhecimento da existência de falha no serviço prestado pelas instituições que se valem do papel termossensível na emissão de comprovantes, senão vejamos:

> Já não é novidade que há tempos os consumidores reclamam dos problemas que têm enfrentado com a situação de verem seus comprovantes de pagamento sumirem dos papéis fornecidos por instituições financeiras, lotéricas, correspondentes bancários e estabelecimentos de venda a crédito.
>
> Certamente há que se buscar uma nova tecnologia nesses formulários, de modo que não prejudique a preservação das informações nele contidas, uma vez que o consumidor invariavelmente tem a necessidade de usar essas informações para comprovação futura.
>
> Nesse sentido, buscamos instituir a obrigatoriedade da substituição do tipo de papel termossensível utilizado para impressão de comprovantes de operações processadas por vários estabelecimentos, especialmente as instituições financeiras, lotéricas, correspondentes bancários e estabelecimentos de venda a crédito (grandes lojas de departamento e supermercados).
>
> O propósito deste projeto de lei é o de assegurar o direito aos clientes de tais estabelecimentos, uma vez que, na condição de consumidores de produtos e serviços bancários ou financeiros, necessitam receber comprovantes com impressão de qualidade e alta durabilidade, a fim de poderem comprovar futuramente os dados ali constantes, caso sejam demandados a fazê-lo.
>
> Nosso entendimento é de que a substituição ou modificação da tecnologia, ora utilizada,

não irá acarretar custo muito maior para os estabelecimentos que o utilizam, sendo inadiável que venham a substituir a impressão de seus comprovantes em papéis termossensíveis, porque esse tipo de papel não vem servindo à sua finalidade e tem prejudicado frequentemente os consumidores que precisam guardar informações importantes para melhor gestão de seus controles bancários ou mesmo junto à Receita Federal por ocasião de alguma demanda relacionada com sua declaração de imposto de renda.

Face à urgência que se verifica em se buscar equacionar, o mais breve possível, esse problema que tem prejudicado tantos cidadãos brasileiros, esperamos contar com o apoio de nossos Pares para a aprovação desta proposição nesta Casa.

Entre outras diversas disposições, prevê o Projeto:

Art. 1º Esta lei disciplina a substituição de formulários em papéis termossensíveis pelas instituições financeiras, lotéricas, correspondentes bancários e estabelecimentos de venda a crédito, que os utilizem para impressão de comprovantes de pagamento ou de quaisquer extratos fornecidos a seus clientes.

Art. 2º As instituições financeiras, as lotéricas, os correspondentes bancários e estabelecimentos de venda a crédito ficam obrigados a substituírem, no prazo de até cento e oitenta dias da data de início da vigência desta Lei, o papel termossensível que é notadamente utilizado com a finalidade de impressão de comprovantes de pagamento e extratos de informes de seus produtos e serviços fornecidos a seus clientes, seja para comprovação de quitação de pagamento ou para uso como extrato de simples consulta.

Art. 3º O Banco Central do Brasil, no desempenho de suas atribuições legais, disciplinará qual tipo de papel será utilizado em substituição ao papel termossensível e que poderá ser utilizado para a finalidade prevista no art. 2º desta lei.

Parágrafo único. O tipo de papel a ser definido e adotado deverá assegurar que a informação nele contida e respectivos dados fiquem impressos por, no mínimo, cinco anos, para fins de utilização e comprovação pelo consumidor de qualquer informação relacionada com os serviços e produtos oferecidos e comercializados pelos estabelecimentos descritos no art. 1º desta Lei.

Nessa mesma toada, diante da irresignação da população com a serventia desses comprovantes em papel térmico, diversos entes federativos já estabeleceram tal proibição, à guisa de exemplo: a) Distrito Federal (Lei n° 4.296/2009: proíbe a emissão de comprovantes em papéis termossensíveis no âmbito do Distrito Federal e dá outras providências); b) São Paulo (Lei n° 13.551/2009: dispõe sobre a qualidade dos comprovantes de pagamentos emitidos em caixas eletrônicos de bancos estabelecidos no Estado); c) Rio de Janeiro (Lei n° 6.575/13: dispõe sobre a obrigatoriedade de autenticação eletrônica nos boletos e documentos de compensação bancária e dá outras providências); d) Mato Grosso do Sul (Lei n° 4.355/13: proíbe a emissão de comprovantes em papéis termossensíveis no Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências); e) Alagoas (Lei n° 7.826/2016: dispõe sobre a proibição do uso de "papel térmico" na impressão de recibos e comprovantes bancários e nos estabelecimentos comerciais no Estado de Alagoas).

Destaque-se que, apesar do disposto na legislação fluminense, não se verifica a perda do objeto do recurso em comento, primeiro porque a presente tutela alcança obrigações anteriores à edição da norma estadual; segundo, porque o referido normativo foi especificamente mais restritivo que os demais.

8. Anoto ainda que o Banco Central, a despeito de não estabelecer regra específica em relação à duração dos comprovantes e recibos, é enfático em determinar que as instituições financeiras assegurem de forma adequada o fornecimento desses documentos, de acordo com as necessidades, os interesses e os objetivos dos clientes e usuários, sendo intuitivo que corrobora com o entendimento de que tais comprovantes devem ter maior durabilidade, já que devem assegurar a integridade, confiabilidade e segurança das transações e dos serviços prestados. Confira-se:

RESOLUÇÃO N° 3.694/2009

Art. 1º As instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, na contratação de operações e na prestação de serviços, devem assegurar:

I - a adequação dos produtos e serviços ofertados ou recomendados às necessidades, interesses e objetivos dos clientes e usuários;

II - a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, bem como a legitimidade das operações contratadas e dos serviços prestados;

III - a prestação das informações necessárias à livre escolha e à tomada de decisões por parte de clientes e usuários, explicitando, inclusive, direitos e deveres, responsabilidades, custos ou ônus, penalidades e eventuais riscos existentes na execução de operações e na prestação de serviços;

IV - o fornecimento tempestivo ao cliente ou usuário de contratos, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos relativos a operações e a serviços;

V - a utilização de redação clara, objetiva e adequada à natureza e à complexidade da operação ou do serviço, em contratos, recibos, extratos, comprovantes e documentos destinados ao público, de forma a permitir o entendimento do conteúdo e a identificação de prazos, valores, encargos, multas, datas, locais e demais condições;

VI - a possibilidade de tempestivo cancelamento de contratos;

VII - a formalização de título adequado estipulando direitos e obrigações para abertura, utilização e manutenção de conta de pagamento pós-paga;

VIII - o encaminhamento de instrumento de pagamento ao domicílio do cliente ou usuário ou a sua habilitação somente em decorrência de sua expressa solicitação ou autorização; e

IX - a identificação dos usuários finais beneficiários de pagamento ou transferência em demonstrativos e faturas do pagador, inclusive nas situações em que o serviço de pagamento envolver instituições participantes de diferentes arranjos de pagamento.

[...]

Art. 3º É vedado às instituições referidas no art. 1º recusar ou dificultar, aos clientes e usuários de seus produtos e serviços, o acesso aos canais de atendimento convencionais, inclusive guichês de caixa, mesmo na hipótese de oferecer atendimento alternativo ou eletrônico.

§ 1º O disposto no *caput* não se aplica às dependências exclusivamente eletrônicas nem à prestação de serviços de cobrança e de recebimento decorrentes de contratos ou convênios que prevejam canais de atendimento exclusivamente eletrônicos.

§ 2º A opção pela prestação de serviços por meios alternativos aos convencionais é admitida desde que adotadas as medidas necessárias para preservar a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, assim como a legitimidade

dos serviços prestados, em face dos direitos dos clientes e dos usuários, devendo as instituições informá-los dos riscos existentes.

9. Não se pode olvidar da importância do aspecto socioambiental sobre os papéis termossensíveis, o que vem sendo destacado pelas empresas especializadas.

É que, "embora seja possível reciclar comprovantes de cartão, devido à presença de BPA em sua composição, o Pollution Prevention Resource Center (PPRC) recomenda o descarte desse tipo de papel no lixo comum para evitar a contaminação por BPA, que é liberado no processo de reciclagem. Segundo a pesquisa, a reciclagem do papel termo sensível pode aumentar a exposição humana ao BPA, uma vez que, durante o processo, pode haver contaminação de outros produtos de papel reciclado" (<https://www.ecycle.com.br/component/content/article/55-papel-e-papelao/173-como-recicla r-meus-comprovantes-de-cartao-de-credito.html> acesso em 06/12/2018).

O *site* especializado explica que:

Sabe aqueles papeizinhos amarelos que recebemos como comprovantes de transações emitidas pelas máquinas de cartões de crédito nos diversos momentos em que fazemos uso deste meio de pagamento? Eles são conhecidos como papéis termo-sensíveis e recebem este nome porque a impressão dos dados é térmica (ou seja, feita por aquecimento).

Embora eles pareçam inofensivos, este tipo de papel apresenta em sua composição o bisfenol-A, ou BPA, que é potencialmente nocivo à saúde. Segundo informações divulgadas no *site* da Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia do Estado de São Paulo (SBEM-SP), "vale a pena ressaltar que alguns dos efeitos deletérios do bisfenol, como por exemplo, os de alterar a ação dos hormônios da tireóide, a liberação de insulina pelo pâncreas, bem como os de propiciar a proliferação das células de gordura, foram observados com doses nanomolares, ou seja, doses extremamente pequenas, as quais seriam inferiores à suposta dose segura de ingestão diária. (Fonte: Melzer et al, Environmental Health Perspectives, 2011)".

De maneira geral, o BPA desequilibra o sistema endócrino, modificando o sistema hormonal. O efeito do BPA no organismo pode causar aborto, anomalias e tumores do trato reprodutivo, câncer de mama e de próstata, déficit de atenção, de memória visual e motor, diabetes, diminuição da qualidade e quantidade de esperma em adultos, endometriose, fibromas uterinos, gestação ectópica (fora da cavidade uterina), hiperatividade, infertilidade, modificações do desenvolvimento de órgãos sexuais internos, obesidade, precocidade sexual, retardo mental e síndrome dos ovários policísticos.

Normalmente, a contaminação se dá pela ingestão através do desprendimento do BPA presente em alguns dos recipientes plásticos e contaminando o alimento. Uma pesquisa publicada pela Analytical and Bioanalytical Chemistry, mostrou que, no caso dos papéis termo-sensíveis, a contaminação pode ocorrer pelo contato com a pele. Segundo a pesquisa, a contaminação varia de acordo com a quantidade de BPA presente na composição do papel, e é bem menor do que a contaminação pela ingestão, mas ainda sim devemos estar atentos.

Atualmente já é possível encontrar papel térmico livre de BPA. No entanto, em seu lugar é utilizado o Bisfenol-S, BPS, cujos efeitos sobre a saúde humana ainda são um mistério, mas que começam a preocupar.

A partir de 2010, o Carrefour começou a utilizar recibos livres de BPA na Europa, mas não informam sobre a composição do novo papel utilizado.

> (<https://www.ecycle.com.br/component/content/article/55-papel-e-papelao/173-como-reciclar-meus-comprovantes-de-cartao-de-credito.html> acesso em 06/12/2018)

10. Nessa ordem de ideias, vale destacar que o reconhecimento da falha do serviço não pode importar, por outro lado, em repasse do aumento de tarifa ao consumidor nem em prejuízos ao meio ambiente.

Com efeito, segundo o CDC, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o "respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo" (art. 4°, *caput*).

Ademais, deve harmonizar os "interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores" (inciso III), além de incentivar a "criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo" (inciso V).

No entanto, é importante salientar o destaque feito no parecer da Comissão de Defesa do Consumidor sobre o Projeto n° 8.867, de 2017:

> Infelizmente, deve-se levar em consideração que a aprovação das matérias como postas implicaria na necessidade de mudança de todo o parque tecnológico utilizado pelas mais diversas empresas, o que não nos parece medida razoável e necessária. Além disso, verificamos não haver alternativas viáveis à substituição do papel termossensível, amplamente utilizado na emissão de cupons fiscais, recibo de compras, comprovantes de compras por cartão de crédito e débito, caixas eletrônicos, terminais de registro de ponto eletrônico, enfim, por uma vasta gama de equipamentos nas relações diárias dos consumidores com fornecedores de bens e serviços e até trabalhadores em suas relações com os empregadores.

Conclui, pois, que a alternativa mais viável, conciliando os interesses a respeito do assunto, é a prevista no Projeto de Lei n° 6.056/16:

> O Projeto de Lei nº 6.056, de 2016, vence as limitações tecnológicas impostas pelo tema e apresenta a alternativa viável e de fácil implementação qual seja o envio, pelos fornecedores, aos consumidores desses mesmos comprovantes em formato eletrônico para que estes possam dispor dessas informações de forma perene.
>
> A medida é bem-vinda e, em nosso entendimento, merece prosperar.

Assim, malgrado o vício do serviço, penso que agiu bem o acórdão recorrido em determinar, mantendo a sentença de piso, apenas a abstenção da cobrança pela emissão de 2ª via do comprovante, em papel que não seja termossensível (sob pena de renovar o problema do desbotamento de informações), como suficiente para assegurar o cumprimento dos direitos do consumidor e dos preceitos da Lei n° 8.078/90 até que eventual normativo disponha de forma diversa.

Por fim, considerando as novas tecnologias, penso que o envio dos comprovantes também pelo formato eletrônico, além de garantir a perenidade das informações, contribuirá, como visto, de forma relevante para a preservação do nosso meio ambiente.

11. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo INSTITUTO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR DO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS - INDEC - contra o BANCO SANTANDER S/A, pretendendo vedar a utilização pela instituição financeira de papel tipo termossensível nas máquinas de autoatendimento e sua condenação no fornecimento gratuito aos consumidores de segunda via dos comprovantes e no pagamento de indenização por danos morais difusos no valor de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais). Argumenta, para tanto, que os comprovantes emitidos nos terminais de autoatendimento da instituição financeira ré da cidade de Teresópolis/RJ possuem pouca durabilidade, caracterizando falha na prestação do serviço, pois em pouco tempo não servem para comprovação das operações realizadas pelos consumidores.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a instituição financeira ao fornecimento gratuito aos consumidores de segunda via de comprovantes apagados de operações bancárias em papel que não seja termossensível, até cinco anos após o encerramento da conta bancária, e à divulgação do decidido em suas agências e em jornal de circulação regional (f. 162/174).

A Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro deu parcial provimento ao recurso de apelação da instituição financeira, apenas para afastar a obrigação de publicação da decisão em jornal de grande circulação, e negou provimento à apelação interposto pelo Ministério Público Estadual em acórdão assim ementado (f. 304/305):

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPROVANTE DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS. EMISSÃO EM PAPEL TERMOSSENSÍVEL. BAIXA DURABILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFICIENTE. INSTABILIDADE JURÍDICA. OBRIGAÇÃO DE EMISSÃO GRATUITA DE SEGUNDA VIA DO COMPROVANTE EMITIDO EM CAIXA ELETRÔNICO NA FORMA DA RESOLUÇÃO Nº 3.919 DO BACEN. INSUBSISTÊNCIA DO PLEITO DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA EM JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS INEXISTENTES.
>
> 1. Descabe a assertiva do banco de que sua obrigação se limita a dizer acerca da curta durabilidade do impresso, restando ao consumidor o cuidado de reproduzi-lo em outros meios, acaso este deseja fazer prova da transação.
>
> 2. Seja qual for o uso a que se destina o impresso, fato é que o banco deve prestar um serviço adequado, sobretudo em se tratando de comprovação de transações bancárias.
>
> 3. Há, no entanto, que se limitar a obrigação da emissão da segunda via do comprovante, sendo razoável a aplicação analógica do prazo de 05 anos, a contar do encerramento da conta, previsto na Resolução nº 2.078 do BACEN, solução data pelo Juízo *a quo* e pela Des. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA, no julgamento da Apelação Cível 001124440.2008.8.19.0001. Parcial provimento do primeiro recurso e negado provimento ao segundo recurso. Mantida, no mais, a sentença, nos seus exatos termos.

Os embargos de declaração opostos pela instituição financeira foram rejeitados (f. 324/328).

Inconformado, o Banco réu interpôs o presente recurso especial, com fundamento na alínea "a" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, sustentando a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional com a rejeição dos embargos de declaração (art. 535, I e II, do Código de Processo Civil de 1973) e, no mérito, que o fornecimento ao consumidor comprovante emitido em papel termossensível cumpre com sua função de permitir que o usuário verifique a regularidade da transação bancária realizada, algo a ser utilizado por curto espaço de tempo. Alega, ainda, que o fornecimento ao consumidor de segunda via do comprovante emitido em papel

que não seja termossensível configura reexecução de serviço diverso ao considerado viciado, em desacordo com os termos do artigo 20, I, e § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República MARIO JOSÉ GISI, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 468/477).

Com contrarrazões apresentadas apenas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (f. 399 e 401/407), o recurso foi processado por força do provimento do AREsp 372.456/RJ (f. 455/456).

O voto do eminente Relator, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, negou provimento ao recurso especial, afastando a ocorrência de negativa de prestação jurisdicional e confirmando o entendimento do Tribunal de origem no sentido de que o fornecimento de comprovantes emitidos pelos terminais de autoatendimento da ré, de curta durabilidade, caracteriza vício na prestação do serviço, devendo ser fornecida via durável gratuitamente, se requerido pelo consumidor dentro do prazo de cinco anos a partir do encerramento da conta.

Pedi vista dos autos para refletir melhor sobre a questão, mormente ante as orientações da Autoridade Monetária, e os possíveis efeitos da sentença coletiva nas relações entre as instituições financeiras e seus clientes.

Verifico, primeiramente, que não ocorreu a alegada negativa de prestação jurisdicional.

O acórdão recorrido decidiu a questão de forma integral, com fundamentação clara e suficiente. Decidiu que consiste em prestação de serviço viciada por não corresponder às expectativas do consumidor o fornecimento de comprovante em papel termossensível disponibilizado nas máquinas de autoatendimento do Recorrente em suas agências de Teresópolis, nos termos do art. 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Adiro, portanto, ao voto do relator com relação à preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, transcrevo os argumentos do Banco réu para defender a regularidade do serviço prestado por impressão de durabilidade precária (f. 342/343):

> Muito ao revés, a emissão dos comprovantes pelas máquinas de autoatendimento em papel termossensivel cumpre com exatidão a função a que se destinam, qual seja, permitir que o usuário verifique, através do respectivo comprovante emitido, a regularidade da transação bancária realizada, o que é algo efetuado imediatamente ou, pelo menos, em curto espaço de tempo.
>
> 29. Equivocadamente, data *maxima venia*, entendeu o v. acórdão recorrido que tais comprovantes visam a conferir ao consumidor meio de prova para eventual alegação de inadimplemento de obrigação assumida frente ao prestador de serviço. Cuida-se, todavia, de visão distorcida da função de tais comprovantes, que se prestam, insista-se, tão somente a identificar a realização de determinada operação bancária.
>
> 30. Isso porque, do ponto de vista do consumidor, a dificuldade de provar certo pagamento pode decorrer de inúmeras causas, como, por exemplo, a perda do comprovante ou o seu não arquivamento, pelo interessado, ou mesmo o descumprimento, pelo prestador de serviço, da regra contida no art. 1° da Lei n°. 12.007/2009, que o obriga a emitir uma declaração de quitação anual de débitos.
>
> 31. Frise-se, ainda, que esse serviço de emissão de comprovantes em caixas eletrônicos consiste em comodidade oferecida ao consumidor, que pode se valer de outros meios para comprovar o adimplemento de sua obrigação frente ao prestador de serviços, como o extrato mensal e a impressão de comprovantes das operações realizadas no *Internet banking*. Daí a transitoriedade ínsita ao comprovante obtido nas máquinas de autoatendimento.

Entendo que a argumentação desenvolvida, especialmente nos dias atuais, cujo acesso aos meios eletrônicos encontra-se difundido na sociedade, se aplica à maioria das transações efetuadas nos terminais de autoatendimento dos estabelecimentos bancários, satisfazendo a necessidades de seus correntistas.

Explico.

O objeto da presente ação coletiva se restringe aos comprovantes emitidos por terminais de autoatendimento.

Os terminais de autoatendimento das instituições financeiras são, em princípio, voltados ao atendimento de seus respectivos clientes/correntistas, onde podem sacar dinheiro em espécie, acompanhar transações ou mesmo contratar serviços, tais como empréstimos e seguros oferecidos pelo banco.

Tendo isso em vista, o fornecimento de impressão de comprovante com durabilidade reduzida não importa, em regra, em prejuízo ao correntista, uma vez que as operações estarão registradas e facilmente disponíveis para conferência e exportação gratuita, inclusive em meio eletrônico.

O próprio Banco Central do Brasil, em seu guia de excelência de educação de serviços financeiros (2ª edição. 2014. pp. 25 e 34), voltado para divulgação de práticas que, quando adotadas pelas instituições financeiras, contribuem para a educação financeira do consumidor, admite a utilização de fornecimento de comprovantes de pouca duração para contratação de empréstimo em caixas eletrônicos, orientando, apenas, para que o consumidor seja advertido a respeito e lhe seja fornecida, posteriormente, declaração gratuita sobre a situação de adimplência da operação contratada:

> 20. Após a confirmação da operação por meio da tela sugerida no item 19, apresentar tela com as principais informações daquela operação (como no item 14) e o número de protocolo do contrato a que ela se vincula, oferecendo ao cliente a opção de imprimir essas informações.
>
> É importante que o cliente tenha registro dos termos da operação e que seja fornecido a ele um número que facilite a localização do respectivo contrato.
>
> 20.1. No caso dos caixas eletrônicos, usar a própria tela para instruir o cliente a anotar o número de protocolo do contrato em outro local e mantê-lo até receber o contrato, uma vez que as impressões desses equipamentos não são duráveis. Caso não seja possível apresentar a orientação na tela do caixa eletrônico, incluí-la em local de destaque no extrato impresso.
>
> 20.2. No caso de *internet banking*, oferecer também a opção de imprimir ou salvar o contrato.
>
> (...)
>
> Recomenda-se que a instituição financeira forneça, por meio dos canais eletrônicos e presenciais de atendimento, sempre que solicitado pelo cliente, declaração gratuita sobre a situação de adimplência. O fornecimento da declaração retira do cliente o ônus de guardar todos os comprovantes de pagamento, que, muitas vezes, deterioram-se rapidamente.

Assim, nesse cenário, faz sentido a tese do recorrente de que "esse serviço de emissão de comprovantes em caixas eletrônicos consiste em comodidade oferecida ao consumidor, que pode se valer de outros meios para comprovar o adimplemento de sua obrigação frente ao prestador de serviços".

Pondero, também, que eventual imposição às instituições financeiras de impressão de todo e qualquer comprovante de forma diversa pode gerar custos maiores, que, via de regra, são arcados pelos consumidores.

O problema surge, entretanto, quando se cuida de usuário sem vínculo com a instituição financeira, tal como ocorre, por exemplo, no depósito de cheque ou dinheiro no terminal de autoatendimento em favor de terceiro.

Nesses casos, o consumidor do serviço não tem acesso posterior ao comprovante ou ao registro da operação, ficando submetido à duração do documento para comprovar o cumprimento de sua obrigação. Embora realmente caiba ao eventual credor - e não ao banco - o fornecimento do recibo de quitação, nesses casos há etapa intermediária, o depósito pelo devedor em conta bancária de titularidade do credor, cuja documentação em meio durável cabe ao banco depositário.

A propósito, conforme acentuado pelo eminente Relator, o art. 1º inciso IV da Resolução nº 3.694/2009/BACEN dispõe incumbir às instituições financeiras "o fornecimento tempestivo ao cliente ou usuário de contratos, recibos, extratos, comprovantes e outros documentos relativos a operações e serviços". Em acréscimo, o art. 3º § 2º do mesmo ato normativo estabelece que "a opção pela prestação dos serviços por meios alternativos aos convencionais é admitida desde que adotadas as medidas necessárias para preservar a integridade, a confiabilidade, a segurança e o sigilo das transações realizadas, assim como a legitimidade dos serviços prestados, em face dos direitos dos clientes e dos usuários, devendo as instituições dos riscos existentes."

Naturalmente, o fornecimento de comprovantes de depósitos e pagamentos, efetuados por usuários não correntistas do banco por meio de terminais de autoatendimento, não atingirá plenamente o fim a que se destina o serviço se for utilizado material de duração efêmera.

O provimento jurisdicional concedido nos autos se justifica, portanto, pois a durabilidade limitada dos comprovantes emitidos pelos terminais de autoatendimento, sem possibilidade de acesso posterior por outros meios, enseja insegurança jurídica e, portanto, caracteriza vício na prestação do serviço.

Reconhecida a falha no serviço prestado, não há como acolher a pretensão do Banco no sentido de que seja garantido ao consumidor apenas novo comprovante temporário, pois o fornecimento de comprovante durável não constitui serviço diverso, mas, sim, correção do serviço falho.

Tendo esse pensamento em perspectiva, andou bem a sentença em julgar improcedentes os pedidos iniciais de proibição de utilização de papel termossensível por parte da instituição financeira e de sua condenação em danos morais difusos.

De qualquer forma, ao assegurar aos consumidores interessados apenas o fornecimento de segunda via gratuita de comprovante com maior durabilidade, a sentença observou os termos do § 2º do artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Anoto, por fim, que essa conclusão leva em consideração também as diferentes realidades sociais encontradas em nosso país, onde o uso da *internet* ainda não alcança toda a população, conforme muito bem sopesado pelo eminente Ministro MARCO BUZZI na sessão do dia 13/12/2018.

Em face do exposto, acompanhando o voto proferido pelo eminente Relator, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.552.227 - RJ (2013/0080003-2)

EMENTA

CIVIL. DIREITO AUTORAL. RECURSO ESPECIAL. ECAD. ASSEMBLEIA. ASSOCIAÇÕES DE AUTORES. MÚSICAS DE FUNDO. VALORAÇÃO DIFERENCIADA. LEI Nº 9.610/98.

1. Pelo princípio da legalidade aplicado às relações privadas, é permitido dispor sobre questão não vedada expressamente por lei.

2. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, nos termos do decidido em assem-

bleia, na qual os autores estão representados pelas associações a que filiados, pode definir critérios diferenciados para distribuição de valores de direitos autorais de acordo com os diversos tipos de exibição de músicas inseridos no contexto de obras audiovisuais, nas chamadas músicas de fundo (*background*), não cabendo ao Poder Judiciário interferir nas relações privadas sob o fundamento de suposta ausência de permissão legal expressa. Interpretação dos arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/98. Precedente.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao Recurso Especial Nº 1.552.227 – RJ, no qual constitui-se como parte Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) e Recorrida: André Dias Sperling, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros ANTONIO CARLOS FERREIRA (Presidente), MARCO BUZZI, LUIS FELIPE SALOMÃO e RAUL ARAÚJO votaram com a Sra. Ministra Relatora.

BRASÍLIA (DF), 27 DE NOVEMBRO DE 2018
(DATA DO JULGAMENTO)
MIN. MARIA ISABEL GALLOTTI
RELATORA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto de acórdão que recebeu a seguinte ementa (e-STJ f. 1.198):

APELAÇÃO CÍVEL. ECAD. AÇÃO DECLARATÓRIA. MÚSICAS DE *BACKGROUND*. VEICULAÇÃO EM PROGRAMAS DE TELEVISÃO. REDUÇÃO DE PONTO AUTORAL. REMUNERAÇÃO DIFERENCIADA DAS DEMAIS COMPOSIÇÕES. DECISÕES TOMADAS EM ASSEMBLEIAS GERAIS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÕES ENTRE AS VARIADAS ESPÉCIES DE OBRAS INTELECTUAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEI DE DIREITOS AUTORAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição recorre da decisão alegando ofensa aos arts. 267 e 535 do CPC; 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/98, bem como dissídio.

Nos termos do próprio recorrente, "a questão primordial discutida nestes autos refere-se aos direitos autorais decorrentes da execução de músicas incidentais (*background*) em obras audiovisuais em televisão (novelas, minisséries, telefilmes, programas de auditório, *talkshows*, etc.).

Argumenta que às assembleias do ECAD, órgão central para arrecadação e distribuição dos direitos autorais (art. 99), mantido pelas associações mandatárias dos autores a elas filiados (arts. 97 e 98), compete fixar os preços e formular os critérios para arrecadação e distribuição de direitos autorais.

Discute-se a deliberação sobre o peso atribuído a músicas utilizadas como fundo (*background*) em programas exibidos na televisão.

Sustenta o ECAD que o Tribunal teria sido omisso quanto à alegação de ausência de pedido de nulidade das deliberações em Assembleia Geral, questão essencial ao julgamento da causa, uma vez que, segundo alega, sem a declaração de nulidade, não poderia haver alteração dos valores relativos aos direitos autorais.

Alegou contradição também quanto ao fato de reconhecer-se legitimidade e competência das Assembleias Gerais para deliberar sobre fixação de preços e, ao mesmo tempo, reconhecer o direito da parte sem sequer declarar a nulidade das deliberações tomadas nas referidas assembleias.

Impugna a multa aplicada aos embargos de declaração opostos nas instâncias de origem, sustentando não haver cunho protelatório na oposição do recurso, que visava, inclusive, ao prequestionamento da matéria.

Afirma a impossibilidade jurídica do pedido de que o valor do ponto autoral seja igual

para todas as formas de inserção musical em programas, uma vez que não se pediu nulidade da deliberação tomada pela assembleia. Argumenta que o pedido de nulidade seria condição imprescindível para o pedido de alteração do valor atribuído.

Quanto ao mérito, sustenta que o posicionamento adotado nas instâncias de origem equivaleria à proibição de o ECAD formular e executar a política de direitos autorais, negando sua própria razão de existir e a eficácia da Lei que o autorizou a funcionar.

Alega que "ao declarar que não pode haver distinção do valor do ponto autoral para as diversas formas de inserção musical nas obras audiovisuais, o v. acórdão destrói o modelo centralizador estatutário concebido na lei, suprimindo do recorrente o poder/dever de dar efetividade às suas decisões assembleares que - e sobre isso não se controverte - não padecem de qualquer vício formal" (e-STJ f. 1.242).

Pondera que uma música que é executada durante alguns poucos segundos como fundo de uma determinada cena não pode ter o mesmo peso que outra executada por 1 (um) ou 2 (dois) minutos na abertura de um programa. Argumenta que não há diferenciação de autores, mas unicamente de utilização das obras.

Cita precedentes desta Corte Superior em que se reconhece a possibilidade de o ECAD estabelecer os critérios de fixação dos valores relativos a direitos autorais.

Postula reforma do acórdão recorrido.

Contrarrazões ao recurso especial às e-STJ f. 1.291/1.343, em que se sustenta falta de prequestionamento, necessidade de reexame de matéria de fato (Súmula 7) e de comprovação do dissídio.

No mérito, argumenta o recorrido, em síntese, que não há qualquer disposição legal que permita ao ECAD catalogar e valorar os autores de acordo com a rubrica de determinada categoria em que suas obras venham a ser utilizadas.

É o relatório.

EMENTA

CIVIL. DIREITO AUTORAL. RECURSO ESPECIAL. ECAD. ASSEMBLEIA. ASSOCIAÇÕES DE AUTORES. MÚSICAS DE FUNDO. VALORAÇÃO DIFERENCIADA. LEI Nº 9.610/98.

1. Pelo princípio da legalidade aplicado às relações privadas, é permitido dispor sobre questão não vedada expressamente por lei.

2. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, nos termos do decidido em assembleia, na qual os autores estão representados pelas associações a que filiados, pode definir critérios diferenciados para distribuição de valores de direitos autorais de acordo com os diversos tipos de exibição de músicas inseridos no contexto de obras audiovisuais, nas chamadas músicas de fundo (*background*), não cabendo ao Poder Judiciário interferir nas relações privadas sob o fundamento de suposta ausência de permissão legal expressa. Interpretação dos arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/98. Precedente.

3. Recurso especial provido.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Cumpre analisar, preliminarmente, as alegações de vícios formais do recurso especial invocadas pelo recorrido em contrarrazões e manifestações posteriores.

A questão controvertida está devidamente prequestionada. O próprio acórdão recorrido registrou expressamente que "o cerne da questão se resume na possibilidade de fixação de critério diferenciado para valoração de obras de '*background*' (ou música de fundo), veiculadas em programas de televisão" (e-STJ f. 1.199).

Registre-se que o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD apresentou embargos de declaração contra o acórdão recorrido postulando manifestação específica sobre os dispositivos de lei federal, notadamente os arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/98.

Não fosse o suficiente, apontou ainda nas razões do recurso especial ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, caso se entendesse que a matéria não estaria suficientemente prequestionada, resguardando-se de eventual falta de indicação numérica a respeito das normas invocadas.

Assim, não há como se admitir a alegação do recorrido quanto à falta de prequestionamento.

Tampouco há que se falar em necessidade de reapreciação de matéria de fato.

A questão é puramente jurídica, qual seja, a possibilidade de o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição fixar critérios de distribuição de direitos autorais de acordo com a forma de exibição da obra, atribuindo peso inferior a músicas de fundo em programas televisivos.

Como se verá, a solução para o tema não impõe incursão alguma em provas do caderno processual ou em elementos circunstanciais fáticos.

Afasta-se, também, a alegação de incidência da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça ao caso.

Quanto à alegação de incidência do verbete nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, melhor sorte não encontram as contrarrazões do recurso especial. O recorrido sustenta que não teria sido demonstrada adequadamente de que modo o acórdão recorrido teria ofendido os dispositivos legais genericamente indicados na peça de recurso.

Entendo que a demonstração da ofensa legal foi suficientemente demonstrada de modo objetivo e claro, tendo a parte recorrida, inclusive, veiculado longa peça de contrarrazões. As razões do recurso especial se apresentaram de forma técnica e adequada, indicando suficientemente as normas apontadas como violadas e o seu conteúdo material diante da solução adotada no acórdão impugnado.

O recorrente também indicou suficientemente a divergência interpretativa, tendo registrado que "as passagens reproduzidas no item 53 supra seriam mais do que suficientes para demonstrar o cotejo analítico exigido regimentalmente, visto que, não obstante breves, são absolutamente pontuais para caracterizar o contraste exegético" (e-STJ f. 1.244).

Por fim, também afasto a alegação de incidência do verbete nº 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

O recorrido sustenta que a apelação teria sido julgada com base em fundamentação constitucional unicamente com base na afirmação do Tribunal de origem de que não haveria previsão normativa quanto à distinção entre formas de exibição musical.

Com efeito, afirmar-se que a Constituição Federal não possui dispositivo a respeito de determinada matéria não é fundamentação constitucional suficiente para solucionar a *lide*.

Não houve fundamentação jurídica específica acerca do princípio da legalidade sob o ponto de vista constitucional ou análise de eventual impossibilidade de lei federal dispor a respeito da matéria, de modo a justificar a necessidade de impugnação pela via do recurso extraordinário.

O mero registro de inexistência de previsão constitucional não impõe obrigação de impugnação por meio de recurso extraordinário se é possível a impugnação pela legislação federal ordinária de modo autônomo e suficiente, especialmente em casos, como o presente, em que efetivamente não se trata de questão disciplinada na Constituição, mas apenas em lei ordinária. O aventado recurso extraordinário seria manifestamente incabível e desnecessário para o deslinde da controvérsia travada nos autos.

Inviáveis, pois, as alegações de vício de conhecimento do recurso especial.

Passo ao exame do mérito do recurso especial.

O Tribunal de origem solucionou a causa sob os seguintes fundamentos:

> O cerne da questão resume-se na possibilidade de fixação de critério diferenciado para valora-

ção de obras de "*background*" (ou música de fundo), veiculadas em programas de televisão.

Do exame dos autos, verifica-se que tal diferenciação, com consequente redução do ponto autoral (valor de cada execução musical), foi estabelecida em deliberações levadas a termo em Assembleias Gerais.

Consoante disposto no artigo 5°, XXVII, da Constituição Federal, aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

O inciso XXVIII, do mesmo artigo, consagra, por seu turno, proteção às participações individuais em obras coletivas.

A Lei nº 9.610/98, por sua vez, regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos.

Do exame tanto dos dispositivos constitucionais supramencionados, quanto dos constantes na Lei de Direitos Autorais, verifica-se a inexistência de previsão de qualquer distinção entre as inúmeras formas de criação musical, a desautorizar a afirmação de que umas valeriam mais que outras.

Nesta esteira, é que a sentença impugnada reconheceu o direito do Apelado à percepção de pagamento na mesma proporção dos demais autores.

Isto porque, se nem a Constituição Federal e nem a Lei de Direitos Autorais distinguem as variadas espécies de obras intelectuais, não poderia fazê-lo o ECAD, ainda que por deliberação da Assembleia Geral, sob pena de impor tratamento diferenciado em evidente prejuízo aos direitos dos produtores musicais.

Em primeiro lugar, anoto que não se questiona nos autos os valores arrecadados pelo ECAD, em função do relacionamento com a TV Globo. Como é incontroverso, tais valores não sofreram alteração decorrente das deliberações do ECAD impugnadas nos autos.

No Brasil, a remuneração dos direitos autorais em programação televisiva, como é notório, dá-se por meio de pagamento global periódico ao ECAD, que permite à emissora a utilização de todo o repertório de titularidade dos associados que o integram, representados por suas associações (*blanket license*).

O que se questiona nos autos não é o valor dos direitos autorais correspondente a determinadas músicas de titularidade do recorrido, mas o critério de distribuição do valor global arrecadado pelo ECAD entre os vários titulares das músicas exibidas na programação da emissora. Dessa forma, o eventual acolhimento do pedido deduzido na inicial implica redistribuição dos valores que foram, ao longo dos anos, sendo distribuídos pelo ECAD, conforme pesos estabelecidos em sucessivas assembleias da entidade, critério de repartição com o qual não concorda o recorrido.

A Corte local entendeu que, por não haver disciplina legal específica, seria proibida qualquer regulamentação acerca dos critérios de distribuição dos valores relativos a direitos autorais por parte da instituição arrecadatória.

Ocorre, no entanto, que a relação tratada na demanda é de natureza eminentemente privada, relacionada a direitos disponíveis.

O simples fato de a Constituição Federal não regulamentar especificamente a matéria não é fundamento razoável para afastar eventual regulamentação privada, até mesmo porque não é função da Constituição fazê-lo.

De igual modo, tratando-se de relações privadas, o princípio da legalidade determina justamente a liberdade na regulamentação, e não a atuação em razão de lei.

Vale lembrar os precedentes desta Corte Superior admitindo que o ECAD fixe os critérios de cobrança relativos aos direitos autorais, a saber:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. AÇÃO CAUTELAR. ARTS. 806 E 808, I, CPC. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. ECAD. TABELA. RESSALVA. VALIDADE.

1. "A falta de ajuizamento da ação principal no prazo do art. 806 do CPC acarreta a perda da eficácia da liminar deferida e a extinção do processo cautelar" (Súmula nº 482 do STJ). O exame de precedentes da súmula revela que o prazo para o ajuizamento da ação principal conta-se da data da efetivação da medida liminar, e sua ausência acarreta a extinção da ação cautelar sem julgamento de mérito. Precedentes.

2. No caso concreto, a ação principal, distribuída por dependência ao processo cautelar, foi ajuizada fora do prazo, uma vez que passados quase cinco meses desde a efetivação da medida cautelar.

Assim, incabível decidir quanto ao mérito da cautelar e condenar o recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, como fizeram as instâncias ordinárias. Quem deu causa à instauração da ação cautelar foi a própria recorrida, que, em descumprimento ao disposto nos artigos 28, 29 e 68 da Lei nº 9.610/1998, promoveu evento musical com a apresentação de artistas, sem efetuar o prévio e devido pagamento de direitos autorais ao ECAD.

3. Não há falar que o recorrente se recusou a receber a quantia, dando azo à instauração da cautelar, porquanto não pode ser penalizado por justificada resistência. Nos termos do art. 313 do Código Civil, o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida.

4. No processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.

5. É mister realçar que mantenho entendimento firme no sentido de, superada a visão unicamente privatística do direito autoral, a fim de torná-lo vinculado necessariamente a seu fim social e aos princípios constitucionais que lhe são inerentes - mormente o da dignidade da pessoa humana -, muitas vezes impõe-se o abrandamento daquele para a concretização desta. Portanto, parece necessário que os princípios regentes dos direitos autorais sejam compatibilizados com valores e outros institutos consagrados na estrutura constitucional, por isso que penso competir ao Poder Judiciário intervir no negócio jurídico privado - notadamente a cobrança dos direitos autorais -, quando acionado, a fim de corrigir as distorções. É amparado nesse entendimento que tenho sérias restrições quanto a poder aquele Escritório Central cobrar os direitos autorais devidos em virtude de execução pública de obra musical, calculados sobre o percentual da riqueza produzida pelo responsável pela realização do evento.

6. Nessa ordem de ideias, a ressalva é para deixar claro que devem ser levadas em conta as particularidades do caso concreto para saber se, na situação em julgamento, há razoabilidade da cobrança e se os valores pretendidos impedem ou inviabilizam a difusão cultural, patrimônio de toda a nação brasileira. No entanto, não é o que se verifica nos autos.

7. Esta Corte possui entendimento de que, em se tratando de direito de autor, compete a este a sua fixação, seja diretamente, seja por intermédio das associações ou, na hipótese, do próprio ECAD, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos

internamente. Dessa forma, em regra, está no âmbito de atuação do ECAD a fixação de critérios para a cobrança dos direitos autorais, que serão definidos no regulamento de arrecadação elaborado e aprovado em assembleia geral composta pelos representantes das associações que o integram, e que contém uma tabela especificada de preços (valores esses que deverão considerar "a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras", conforme a nova redação expressa no § 3° do art. 98 da Lei nº 9.610/1998). É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de ser válida a tabela de preços instituída pelo ECAD e seu critério de arrecadação.

8. Recurso especial provido.

(REsp 1.160.483/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 01/08/2014)

CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. BAILE DE CARNAVAL EM CLUBE. ECAD. REGULARIDADE DA REPRESENTAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. VALORES. TABELA PRÓPRIA. VALIDADE. LUCROS DIRETO E INDIRETO CONFIGURADOS. LEI Nº 5.988/73. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS Nº 282 E 356-STF.

I. A ausência de prequestionamento impede a apreciação do STJ sobre os temas não debatidos no acórdão estadual.

II. O ECAD tem legitimidade ativa para, como substituto processual, cobrar direitos autorais em nome dos titulares das composições lítero-musicais, inexigível a prova de filiação e autorização respectivas.

III. Caracterização de ocorrência de lucro direto e indireto no caso de promoção, por clube social, de bailes de carnaval.

IV. Os valores cobrados são aqueles fixados pela própria instituição, em face da natureza privada dos direitos reclamados, não sujeitos a tabela imposta por lei ou regulamentos administrativos.

V. Precedentes do STJ.

VI. Recurso especial do autor conhecido e provido. Recurso adesivo da ré não conhecido.

(REsp 73.465/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 21/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 274)

Se cabe ao ECAD fixar os valores a serem cobrados (preços) para remunerar os direitos autorais de seus associados, por idêntico fundamento compete a ele estabelecer, nos termos do decidido em assembleia, os critérios de distribuição de tais valores entre seus integrantes.

Especificamente quanto ao critério de distribuição dos valores arrecadados, conferindo peso inferior às músicas de fundo (*background*), a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, nos termos do seguinte julgado:

DIREITOS AUTORAIS. RECURSO ESPECIAL. ECAD. FIXAÇÃO DE PREÇOS, ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE VALORES. FIXAÇÃO DE CRITÉRIOS. MÚSICAS DE FUNDO. COMPETÊNCIA. REPRESENTAÇÃO. ASSOCIAÇÕES. INTERESSES PRIVADOS.

1. Discussão relativa à validade de deliberações de assembleias do ECAD que definiram critérios de distribuição dos valores arrecadados a título de direitos autorais referentes à exibição das músicas de fundo (*background*).

2. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

3. O acórdão recorrido que adota a orientação firmada pela jurisprudência do STJ não merece reforma.

4. Esta Corte reconhece que, em se tratando de direito de autor, compete a ele a fixação

do seu valor, que pode se dar, contudo, diretamente ou por intermédio das associações e do próprio ECAD.

5. Com o ato de filiação as associações atuam como mandatárias de seus filiados, na defesa dos seus interesses (art. 98 da Lei nº 9.610/98), inclusive e principalmente, junto ao ECAD.

6. O ECAD tem competência para fixar preços, efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais e as associações que o integram legitimamente representam os interesses dos seus filiados, autores das obras protegidas.

7. Não se vislumbra abusividade nas deliberações tomadas, que inclusive, levaram em conta a proporcionalidade da distribuição dos valores, e, assim, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nas decisões do ECAD, que administra interesses eminentemente privados, para definir qual o critério mais adequado para a arrecadação e distribuição dos valores referentes aos direitos dos autores das músicas de fundo (*background*).

8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

9. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido.

(REsp 1.331.103/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 23/04/2013, DJe 16/05/2013)

Por ocasião do referido julgamento, assim ficou registrado sobre a questão de direito:

Esta Corte reconhece que, em se tratando de direito de autor, compete a este a fixação do seu valor, que pode se dar, contudo, diretamente ou por intermédio das associações e do próprio ECAD, que possui métodos próprios para elaboração dos cálculos diante da diversidade das obras reproduzidas, segundo critérios eleitos internamente, já que não há tabela oficial, regulamentada por lei ou normas administrativas sobre o assunto.

Com efeito, o ECAD é associação civil constituída pelas associações de direito do autor, com a finalidade de defesa e cobrança dos direitos autorais, nos termos do que prevê o art. 99 da Lei nº 9.610/98. Por sua vez, conforme sustenta o recorrente, com o ato de filiação, as associações atuam como mandatárias de seus filiados, na defesa dos seus interesses (art. 98 da Lei nº 9.610/98), inclusive e principalmente, junto ao ECAD.

E o escritório central e as associações atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados, conforme o art. 99, § 2º, da Lei nº 9.610/98).

Nas palavras do Min. CASTRO FILHO, o que se busca é a facilitação da cobrança dos direitos autorais, evitando prejuízos injustificados aos seus titulares, sendo, inclusive, prescindível a identificação das músicas e autores para que surja a obrigação do pagamento dos direitos correlatos ao ECAD (REsp nº 612.615/MG, 3ª Turma, DJ de 07/08/2006).

Além disso, esta Corte reconhece, inclusive, a possibilidade do ECAD cobrá-los, independentemente da remuneração recebida pela execução das obras musicais pelos seus próprios autores. Nesse sentido: REsp nº 363.641/SC, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 30/09/2002; REsp nº 779.223/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJ de 03/10/2008, Ag nº 651.002/MG, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ de 24/08/2006; Ag nº 752.714/MG, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 28/06/2006 e REsp nº 212.869/PR, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 30/05/2006.

A arrecadação e a distribuição dos direitos autorais, portanto, é feita de forma centralizada pelo ECAD, competindo à assembleia geral, órgão máximo da entidade, decidir como isso se dará.

(...)

Ademais, não obstante a lei de direitos autorais realmente não faça distinção entre os tipos de obras, outorgando-lhes igual proteção, verifica-se que não há nada que impeça que o critério adotado pelo ECAD, para a distribuição dos valores arrecadados entre os autores, leve em consideração o fato de se tratarem de músicas de fundo e, portanto, com menor evidência, ou de músicas que são temas de novelas, personagens, etc.

Conforme destacado na sentença de primeiro grau, as deliberações tomadas pelas assembleias, no sentido de reduzir a participação dos autores das músicas de fundo, visaram "corrigir distorções, pois a remuneração baseada no tempo de execução desfigurava a realidade, já que as músicas de fundo (*background*), de duração reduzida, equivaleriam a uma execução, isto é, ao mesmo que certas músicas de duração mais longa (e-STJ f. 776).

Não se vislumbra, de plano, abusividade nesta conduta, que inclusive, leva em conta a proporcionalidade da distribuição dos valores, e, assim, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir nas deliberações do ECAD, que administra interesses eminentemente privados, para definir qual o critério mais adequado para a arrecadação e distribuição dos valores referentes aos direitos dos autores das músicas de fundo (*background*).

Consigne-se, ainda, que, de fato, não se depreende dos dispositivos legais mencionados no acórdão (art. 7º, 22; 28; 29; 97 e 99 da Lei nº 9.610/98) qualquer obrigatoriedade de distribuição igualitária dos valores arrecadados.

Por fim, a questão relativa ao destino dos valores que são arrecadados pelo ECAD e que, segundo os recorridos, não são distribuídos aos autores das obras, não é objeto de discussão no presente recurso e não pode servir como fundamento para invalidar as decisões da assembleia geral do ECAD sobre tema de sua competência."

Tal como naquele caso, no presente feito não se discute qualquer vício relativo às assembleias que definiram os critérios de fixação das cobranças.

Limitaram-se as instâncias de origem a afirmar a impossibilidade de o órgão arrecadatório fixar valores por ausência de regulamentação constitucional ou legal.

Assim, entendo que o posicionamento jurídico mencionado no precedente acima deve ser acompanhado porque melhor reflete a interpretação do sistema jurídico pátrio.

Ressalto que o ECAD não valorou especificamente, em posição inferior, determinada música. O peso inferior ou superior decorre da circunstância em é exibida a música. Isso significa que a mesma obra, se utilizada como tema de abertura de novela, receberá peso máximo, podendo, em outra ocasião, ser adotada como música de fundo, oportunidade em que seu titular receberá remuneração calculada com peso inferior.

O critério não diz respeito, portanto, a determinadas músicas ou determinados compositores e, a cada momento, pode beneficiar ou prejudicar o mesmo autor.

O fato de a lei não atribuir peso diferente aos direitos autorais relativos a diversos tipos de exibição de música não impede que a instituição legalmente constituída com o monopólio da arrecadação e distribuição o faça por meio de normatização infralegal, de acordo com o definido em assembleia, em que representados os autores por meio da associação ao qual filiados. É o que resulta da interpretação dos arts. 97, 98 e 99 da Lei nº 9.610/98.

Tendo logrado êxito o recurso especial quanto ao mérito, as demais questões processuais ficam naturalmente prejudicadas, sendo afastada, também, a multa aplicada aos embargos de declaração na origem.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido contido na inicial, determinando as custas e honorários em favor do réu, estes últimos fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa.

É como voto.

AGINT NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.828 - RJ (2018/0124653-0)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DUPLICIDADE DA INTIMAÇÃO DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. VIA DJEERJ E ELETRÔNICA. PREVALÊNCIA DA INTIMAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO. INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há falar em incidência do art. 5º da Lei nº 11.419/2006 - intimação implícita após transcurso do prazo de 10 dias sem consulta ao portal pela parte interessada -, se houve a publicação da decisão no Diário de Justiça Eletrônico, pois esta última prevalece sobre qualquer outro meio de publicação oficial" (AgRg no AREsp nº 746.467/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 15/02/2018).

2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.299.828 – RJ, em que é Agravante: Dalvin Carlos Oliveira Almeida e Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, LAURITA VAZ, SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ votaram com o Sr. Ministro Relator.

BRASÍLIA (DF), 13 DE DEZEMBRO DE 2018
(DATA DO JULGAMENTO)
MIN. NEFI CORDEIRO
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão da Presidência desta Corte que não conheceu do agravo em recurso especial.

Alega a defesa a tempestividade do recurso, sob o argumento de que explicou na sua peça de interposição do Agravo de Instrumento às e-STJ f. nº 819, a sua intimação eletrônica tácita no Portal Eletrônico no Tribunal *a quo*, ocorrida em 29/01/2018, conforme certidão de às e-STJ f. nº 753, em 30/01/2018. Estando de acordo com o art. 5º, da Lei nº 11.419/2006, que regula o processo eletrônico judicial, princípio da especialização (f. 920).

Requer a reconsideração da decisão atacada ou a apresentação do feito à Sexta Turma.

Impugnação apresentada (f. 956/964).

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo regimental (f. 932/936).

A f. 970/1.184, ingressou a defesa com pedido de tutela provisória, pleiteando, em síntese, a manutenção do pagamento integral da aposentadoria do agravante, tendo em vista o seu estado grave de saúde.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada foi assim proferida:

Vistos, etc.

Trata-se de AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, de acordo com os Enunciados Administrativos do STJ nos 02 e 03, os requisitos de admissibilidade a serem observados são os previstos no Código de Processo Civil de 1973, se a decisão impugnada tiver sido publicada até 17 de março de 2016, inclusive; ou, se publicada a partir de 18 de março de 2016, os preconizados no Código de Processo Civil de 2015.

Mediante análise dos autos, verifica-se que a parte Recorrente foi intimada da decisão agravada em 17/01/2018, sendo o agravo somente interposto em 14/02/2018.

Dessa forma, o recurso é manifestamente intempestivo, porquanto interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias corridos, nos termos do art. 994, VIII, c.c. os arts. 1.003, § 5º, 1.042, *caput*, do Código de Processo Civil, bem como do art. 798 do Código de Processo Penal.

Cumpre observar que "A suspensão do curso dos prazos processuais prevista no art. 220 do NCPC, regulamentada pela Resolução CNJ nº 244, de 19/09/2016, não incide sobre os processos de competência da Justiça Criminal, visto que submetidos, quanto a esse tema, ao regramento disposto no art. 798, *caput* e § 3º, do CPP. A continuidade dos prazos processuais penais é afirmada, no caso, pelo princípio da especialidade" (AgRg no AREsp nº 1.070.415/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 22/05/2017.)

Além disso, em consonância com o regramento do art. 798, *caput* e § 3.º do Código de Processo Penal, de que os prazos processuais penais são contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado, o "recesso judiciário e o período de férias coletivas, em matéria processual penal, têm como efeito, em relação aos prazos vencidos no seu curso, a mera prorrogação do vencimento para o primeiro dia útil subsequente ao seu término, não havendo interrupção ou suspensão" (AgRg no Inq nº 1.105/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Corte Especial, julgado em 29/03/2017, DJe 19/04/2017.)

Ante o exposto, com base no art. 21-E, V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço do recurso.

Publique-se. Intimem-se.

No caso, a decisão de inadmissibilidade foi publicada no DJEERJ em 17/01/2018 (f. 751) e, em 29/01/2018, houve a intimação eletrônica tácita (f. 754), tendo sido interposto o agravo em recurso especial em 14/02/2018 (f. 758).

De fato, consoante a jurisprudência desta Corte, havendo duplicidade de intimações, prevalece a publicação no DJEERJ, motivo pelo qual mantenho a decisão atacada a fim de reconhecer a intempestividade do agravo. Nesse sentido:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INTIMAÇÃO ELETRÔNICA E PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. PREVALÊNCIA DESSA ÚLTIMA FORMA DE COMUNICAÇÃO DO ATO JUDICIAL. INÍCIO DO PRAZO RECURSAL DE 15 (QUINZE) DIAS. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "não há falar em incidência do art. 5º da Lei nº 11.419/2006 - intimação implícita após transcurso do prazo de 10 dias sem consulta ao portal pela parte interessada -, se houve a publicação da decisão no Diário de Justiça Eletrônico, pois esta última prevalece sobre qualquer outro meio de publicação oficial" (AgRg no AREsp nº 746.467/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 06/02/2018, DJe 15/02/2018). Precedentes.
>
> 2. Assim, correta a decisão monocrática da Presidência que deixou de conhecer do agravo

em recurso especial, pois interposto após o prazo legal de 15 (quinze) dias, contados a partir da publicação do ato de inadmissão do recurso especial no Diário de Justiça eletrônico do Estado do Rio de Janeiro.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgInt no AREsp nº 1.186.770/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 21/03/2018)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. QUINZE DIAS. INTEMPESTIVIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O recurso especial deve ser interposto no prazo de quinze dias, conforme estabelecido no art. 26 da Lei nº 8.038/1990, o que não ocorreu no caso dos autos.

2. "Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no DJEERJ, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação citada a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais" (AgRg no AREsp nº 629.191/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, DJe 21/06/2016).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp nº 857.010/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 03/03/2017)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI N° 11.419/2006. INTIMAÇÃO TÁCITA. PREVALÊNCIA DA PUBLICAÇÃO DO DIÁRIO DE JUSTIÇA ELETRÔNICO.

1. Ocorrendo a intimação eletrônica e a publicação da decisão no Diário de Justiça eletrônico, prevalece esta última, uma vez que nos termos da legislação, a publicação em Diário de Justiça eletrônico substitui qualquer outro meio de publicação oficial para quaisquer efeitos legais.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp nº 945.234/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 27/03/2017)

Vale destacar que, com o julgamento do presente recurso, prejudicado se encontra o pleito de concessão de tutela provisória.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 111.793 - RJ (2019/0115768-3)

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do Recorrente, destacou a quantidade de droga apreendida (155 gramas de maconha), além da possibilidade concreta de reiteração delitiva, pois o Paciente responde à outra ação penal pela prática do mesmo delito, o que justifica a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedentes.

2. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que "a periculosidade do agente e a reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública, e constituem fundamento idôneo para a prisão preventiva" (HC nº 136.255, Segunda Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 10/11/2016).

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso em *Habeas Corpus* nº 111.793 - RJ, em que é Recorrente: Matheus Gomes Coutinho e Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, 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 (DF), 27 DE AGOSTO DE 2019 (DATA DO JULGAMENTO).
MIN. LAURITA VAZ
RELATORA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus*, com pedido liminar, interposto por MATHEUS GOMES COUTINHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferido no HC nº 0072400-80.2018.8.19.0000.

Consta dos autos que o Recorrente foi preso em flagrante delito, no dia 13/12/2018, pela suposta prática do crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, tendo sido apreendidos, na ocasião, 155g de maconha.

Inconformada com a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, a Defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem, que denegou a ordem em acórdão assim ementado (f. 46-47):

> "*Habeas corpus*. Conversão de APF em preventiva. Imputação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11343/06). Writ que questiona, em síntese, a fundamentação do decreto prisional, a suposta ausência dos requisitos para a custódia cautelar, além de invocar a incidência do princípio da homogeneidade e os atributos pessoais favoráveis ao Paciente, pugnando pela substituição da PP por medidas cautelares do art. 319 do CPP. Mérito que se resolve em desfavor da impetração. Paciente que, em tese, foi surpreendido em contexto de venda ilícita de entorpecente, sendo preso em flagrante em via pública, por supostamente trazer consigo 155g de maconha (13 unidades), além de R$ 5,00 (cinco reais) em espécie. Paciente que, nesses termos, pela dinâmica do evento, aparentemente exercitava comércio reiterado de substâncias entorpecentes, além de ostentar FAC com diversas anotações criminais, relativas ao tráfico de drogas. Custódia preventiva suficientemente fundamentada, ao menos no que é essencial. Presença concreta dos requisitos para a decretação da cautela, nos termos dos arts. 312 e 313 do CPP. Expedição do decreto para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal. Orientação do Supremo Tribunal Federal enaltecendo que 'a gravidade concreta revelada pelo modus operandi da conduta delituosa confere idoneidade ao decreto de prisão cautelar'. Firme orientação do STJ sublinhando que 'inquéritos policiais e processos penais em andamento, muito embora não possam exasperar a pena-base, a teor da Súmula nº 444 do STJ, constituem elementos aptos a revelar o efetivo risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva'. Situação jurídico-processual que exibe peculiaridade fática de aguda reprovabilidade, capaz de potencialmente neutralizar, em linha de princípio, benefícios penais futuros, sobretudo quando tal atividade importa em revolvimento do material probatório, procedimento incompossível em sede de *habeas corpus* (STJ). Juízo Impetrado noticiando que 'não constam comprovantes de atividade laborativa lícita e residência fixa do acautelado', situação que, reclamando avaliação originária perante a instância de base,

sem per saltum caracterizador de eventual supressão de instância (STJ), tende a igualmente justificar a expedição da cautela para garantia da aplicação da lei penal (TJERJ). Atributos pessoais supostamente favoráveis ao Paciente que não inibem a segregação restritiva, uma vez presentes seus requisitos. Custódia prisional que, afirma da como necessária e oportuna, afasta, por incompatibilidade lógico-jurídica, a cogitação de cautelares alternativas. Inexistência de constrangimento ilegal a ser remediado. Ordem que se denega."

Nas razões recursais, alega-se, em síntese, que não se encontram presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Requer-se, em liminar e no mérito, seja expedido alvará de soltura em favor do Recorrente.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de f. 136-139.

As informações foram prestadas a f. 145-151 e 153-164.

O Ministério Público Federal manifestou-se a f. 166-171, opinando pelo desprovimento do recurso ordinário.

É o relatório.

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do Recorrente, destacou a quantidade de droga apreendida (155 gramas de maconha), além da possibilidade concreta de reiteração delitiva, pois o Paciente responde à outra ação penal pela prática do mesmo delito, o que justifica a segregação cautelar como garantia da ordem pública. Precedentes.

2. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que "a periculosidade do agente e a reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública, e constituem fundamento idôneo para a prisão preventiva" (HC nº 136.255, Segunda Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 10/11/2016).

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O Juízo de primeiro grau converteu a prisão em flagrante do Recorrente em preventiva mediante a seguinte fundamentação (f. 50-51; grifos diversos do original):

"[...] Em conformidade com o art. 310 do CPP, passo a analisar a prisão. Como é sabido, toda prisão imposta antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta. O *fumus commissi delicti* está demonstrado pelo próprio estado de flagrância. Além da exigência de prova da materialidade e de indícios de autoria, indispensável que se verifique a presença de algum dos requisitos previstos no art. 312 do CPP (*Periculum in Libertatis*). No caso em apreço, necessária a decretação da prisão preventiva do custodiado para garantia da ordem pública, tendo em vista sua periculosidade social, evidenciada pela gravidade em concreto do delito e pela reiteração delitiva. Segundo consta dos autos, em patrulhamento pelo Bairro Balancé, Conceição de Macabu, após denúncia de que no local havia um traficante da A.D.A. (Amigos dos Amigos), vulgo R16, praticando tráfico de drogas, policiais

militares avistaram o conduzido MATHEUS, com as mesmas características da denúncia. Em revista pessoal, encontraram em seu bolso três tabletes de maconha e a quantia de R$ 5,00 em espécie. Ao ser indagado se era do tráfico, o acautelado teria respondido que sim, que vinha de Macaé e que realmente fazia parte da A.D.A., informando ainda que tinha uma carga a mais de droga escondida, levando os policiais ao local onde foram desenterradas mais 10 embalagens com maconha, totalizando 155 gramas da substância entorpecente. Em sede policial o custodiado MATHEUS corroborou as informações prestadas pelos militares e disse que estava vendendo cada bucha por R$50,00 e que já foi preso anteriormente por tráfico. Não há que se falar em desproporcionalidade da prisão cautelar, pois não há, por ora, elemento de prova que esteie o prognóstico otimista de que o conduzido será agraciado com a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, especialmente diante da quantidade do material entorpecente apreendido, qual seja, 155 gramas de maconha acondicionada em 13 tabletes. Ainda, o custodiado responde em liberdade a outra ação penal pelo mesmo delito, o que demonstra que faz do tráfico seu meio de vida sendo a custódia necessária a fim de evitar a reiteração delitiva. Além do mais, ainda que o custodiado venha a ser posteriormente beneficiado com a causa de diminuição, importante ressaltar que, conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, a quantidade e a espécie da substância entorpecente podem ser consideradas pelo julgador na escolha da fração a ser aplicada. Neste sentido, em sendo aplicada a fração mínima, perde lugar a alegação de que haverá substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos ou mesmo a alegação de que o regime de cumprimento de pena será certamente o aberto. Ademais, considerando que não constam comprovantes de atividade laborativa lícita e residência fixa do acautelado, a prisão preventiva também deve ser mantida por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal. Diante do contexto apresentado, ao menos por ora, nenhuma das medidas cautelares típicas alternativas à prisão se mostra suficiente a evitar o risco à ordem pública, na forma explicitada, nada impedindo, por motivo óbvio, que o Juízo natural faça nova análise da questão em destaque. Ante o exposto, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE em PREVENTIVA do custodiado MATHEUS GOMES COUTINHO para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, nos termos do art. 312 do CPP. Expeça-se mandado de prisão."

Como se vê, o Juízo de primeiro grau, ao decretar a prisão preventiva do Recorrente, destacou a quantidade de droga apreendida (155 gramas de maconha), além da possibilidade concreta de reiteração delitiva, pois o Paciente responde à outra ação penal pela prática do mesmo delito, o que justifica a segregação cautelar como garantia da ordem pública.

Exemplificativamente:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REGISTROS PENAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESPROPORÇÃO ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E A PENA DECORRENTE DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Embora o caso dos autos esteja calcado na apreensão de pequena quantidade de droga (20,42g de maconha), a prisão preventiva do Recorrente, que se deu por fato ocorrido

em 19/02/2019, está fundamentada no risco concreto de reiteração delitiva, pois o Acusado já possui condenação pela prática do crime de tráfico de drogas (delito cometido em 2018) e também responde a outro processo pelo suposto cometimento do crime de furto (praticado em 20/11/2018), o que justifica a segregação cautelar para garantia da ordem pública.

2. Não há como prever, nessa fase processual, a quantidade de pena que eventualmente poderá ser imposta, caso seja condenado o Recorrente, menos ainda se iniciará o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado, de modo que não se torna possível avaliar a arguida desproporção da prisão cautelar imposta. Precedentes.

3. Demonstradas pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não é possível a aplicação de nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* desprovido." (RHC nº 111.377/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 25/06/2019.)

"RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS (10,6 KG DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. Conforme reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal, a prisão cautelar só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. No caso, a prisão cautelar da ré foi fundamentada em fatos concretos aptos a justificar sua prisão preventiva, especialmente o risco concreto de reiteração delitiva, ante a reincidência na conduta criminosa.

3. Recurso em *habeas corpus* improvido." (RHC nº 101.704/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 25/06/2019.)

"[...]

2. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a preservação da ordem pública justifica a imposição da prisão preventiva quando o agente ostentar maus antecedentes, reincidência, atos infracionais pretéritos, inquéritos ou mesmo ações penais em curso, porquanto tais circunstâncias denotam sua contumácia delitiva e, por via de consequência, sua periculosidade.

3. No caso, a decisão que impôs a prisão preventiva destacou que 'remanescem contra o acusado ainda um processo por homicídio qualificado [...] e um processo por tráfico de entorpecentes e/ou organização criminosa e porte de arma', evidenciando sua reiterada atividade delitiva. Assim, faz-se necessária a segregação provisória como forma de acautelar a ordem pública.

4. Os fundamentos adotados para a imposição da prisão preventiva indicam, no caso, que as medidas alternativas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.

5. Recurso ordinário desprovido." (RHC nº 103.318/CE, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe de 01/04/2019; sem grifos no original.)

Ressalte-se, a propósito, que a jurisprudência da Suprema Corte também é no sentido de que "a periculosidade do agente e a reiteração delitiva demonstram a necessidade de se acautelar o meio social, para que seja resguardada a ordem pública, e constituem fundamento idôneo para a prisão preventiva" (HC nº 136.255, Segunda Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 10/11/2016).

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É o voto.

JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA

A ÉTICA NOS ESPORTES

O esporte desempenha um papel de grande importância nos âmbitos da educação, da saúde, do lazer, da inclusão, inclusão, contribuindo, assim, para uma efetiva redução da desigualdade social. Há evidências de que, por meio do esporte, são transmitidos relevantes valores sociais, pois regras esportivas, seus objetivos e exigências, implicam o respeito a princípios éticos, tais como solidariedade, honestidade, disciplina, paciência, compreensão, respeito pelo outro e pela norma, superação e trabalho. Lembremos que a palavra ética, em seu sentido etimológico, vem do grego *éthos*, que significa "modo de ser" ou "caráter". Segundo o Dicionário Houaiss, a ética é o "conjunto de regras e preceitos de ordem valorativa e moral de um indivíduo, de um grupo social ou de uma sociedade". [1]

Em seu trajeto sociocultural, o desporto brasileiro iniciou um novo ciclo legislativo a partir da Constituição de 1988. De acordo com o art. 24, inciso IX, da Carta Magna, foi conferido poder expresso à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar, concorrentemente, sobre o desporto. Contudo, é no art. 217 da CRFB/88,[2] no "Título VIII – Da ordem Social, Capítulo III – da Educação, Cultura e do Desporto, Seção III – Do Desporto", que se determinou o dever do Estado de fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada cidadão, conferindo a responsabilidade dos diferentes Estados da Federação e seus respectivos Municípios, de criar e promover políticas públicas de esporte, como estratégia para garantir esse direito constitucional.

Sequencialmente, após 1988, foi sancionada a Lei nº 8.028/1990, que dispôs acerca da organização da Presidência da República e dos Ministérios, e determinou, em seu art. 33, que a Lei Geral do Desporto dispusesse sobre a Justiça Desportiva.[3] Em 1993 foi promulgada a Lei nº 8.672/1993, popularmente conhecida como "Lei Zico", importante legislação, pois modificou a estrutura do direito desportivo brasileiro. E, em 1998, foi editada a Lei nº 9.615/1998, conhecida como "Lei Pelé", norma jurídica brasileira sobre desporto, com base nos princípios presentes na Constituição, e cujo efeito mais conhecido foi haver mudado a legislação sobre o passe de jogadores de futebol, revogando a chamada "Lei Zico".

1 *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*, 2009, p. 3.

2 Art. 217 - É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional. § 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. § 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final. § 3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

3 Art. 33 - Lei de normas gerais sobre desportos disporá sobre o processo de julgamento das questões relativas à disciplina e às competições desportivas.

Posteriormente, em 15 de maio de 2003, foi promulgada a Lei nº 10.671, conhecida pelo nome popular de "Estatuto do Torcedor". No estatuto, são abordadas questões relevantes que dizem respeito a informações, direitos e à segurança dos torcedores, como, por exemplo: indicações e orientações acerca de cada ponto do estádio; disponibilidade dos ingressos para as partidas; higiene a ser mantida em todas as dependências dos estádios; comercialização de gêneros alimentícios; assistência médica para todos os presentes durante o evento; implementação de planos de ação referentes à segurança, ao transporte e às contingências que possam ocorrer durante a realização de evento.

Além disso, o Estatuto fomentou as divisões inferiores e de base de todos os esportes de público, tornando-os mais competitivos, de melhor qualidade e capazes também de atrair um público espectador. Merece destaque o art. 35 da lei, que garante o cumprimento do princípio da publicidade aos Tribunais de Justiça Desportiva, órgãos que, por determinações de entidades como a FIFA (a organização superior do futebol mundial) acabam por manter certo distanciamento das demais instâncias da Justiça em nosso país.[4]

Vale mencionar o art. 13-A, II, que estabelece como condição para o torcedor permanecer no recinto do evento não portar objetos, bebidas, substâncias proibidas ou que sejam capazes de direta ou indiretamente, estimular comportamentos e atos violentos.

Ressalte-se que as medidas de proibição da venda de álcool em estádios de futebol, como em São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, lograram êxito na redução da violência e de atos de vandalismo. Com isso, em 29 de abril de 2008, a própria CBF baixou resolução da presidência tratando do assunto e prevendo aplicar a quem descumprir essa norma penalidades do Código Brasileiro de Justiça Desportiva.

No entanto, 10 anos depois de serem proibidas pela CBF, as bebidas alcoólicas voltaram a alguns Estados do país, já que, atualmente, cada região tem sua regra.

Recentemente, a Procuradoria-Geral da República enviou ao Supremo manifestações pedindo prioridade no julgamento em ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) pela Corte, que tratam da venda de bebidas alcoólicas em estádios de futebol. Segundo a Procuradoria: "No uso da prerrogativa conferida pelos preceitos constitucionais a União editou a Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, também conhecida como Estatuto do Torcedor, a qual dispôs sobre normas gerais de proteção e defesa do consumidor torcedor no desporto profissional. O diploma nacional foi alterado pela Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, que, com o intuito de reprimir fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, acresceu e proibiu, em todo o

4 Art. 35. As decisões proferidas pelos órgãos da Justiça Desportiva devem ser, em qualquer hipótese, motivadas e ter a mesma publicidade que as decisões dos tribunais federais.

território nacional, porte de bebidas alcoólicas em eventos esportivos".[5] Outras leis estaduais que liberam a venda de bebidas em estádios estão sendo questionadas pela PGR, junto ao STF.

Para se resguardar a paz pública, nos casos de violência e tumultos, e evitar novos danos à sociedade, não há dúvida de que a custódia cautelar é necessária para a garantia da ordem e aplicação da lei penal. O Estatuto do Torcedor também traz expressa previsão de penalidades para esses crimes, conforme o Capítulo XI-A, em seu art. 41-B e parágrafos. No entanto, para o réu primário e de bons antecedentes, pode haver a substituição da pena de reclusão por medida impeditiva de comparecimento às proximidades do estádio ou do local onde são realizados eventos esportivos.

Outra legislação significativa para o desenvolvimento esportivo, a Lei de Incentivo ao Esporte – Lei nº 11.438/2006 –, permite, em seu art. 1º, § 1º, I e II, que empresas e pessoas físicas invistam parte do que pagariam de Imposto de Renda em projetos esportivos aprovados pela Secretaria Especial do Esporte do Ministério da Cidadania. As empresas podem investir até 1% desse valor, e as pessoas físicas, até 6% do imposto devido.

Vale consignar, em suma, que o esporte, seja de qualquer modalidade, é um importante instrumento de sociabilização e de inclusão (a exemplo dos presidiários, dos menores infratores e dos portadores de deficiência), pois promove o lazer, e, ao mesmo tempo, desempenha função pedagógica, haja vista que, realizado em equipe ou não, exige uma postura elegante dos participantes, respeito às regras vigentes, honestidade, lealdade, persistência e aceitação da diversidade, contribuindo assim para a formação do indivíduo como cidadão. Nesse sentido, o esporte é uma potente ferramenta no desenvolvimento da conduta ética de seus praticantes.

5 Ver em: https://www.gazetadopovo.com.br/parana/breves/pgr-quer-derrubar-lei-do-parana-que-autoriza-bebida-em-estadios/.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 47.835 - RJ (2014/0114108-3)

PARTIDA DE FUTEBOL. VENDA DE INGRESSOS. VALOR COBRADO SUPERIOR AO ESTAMPADO NO BILHETE. CAMBISMO. ESTATUTO DO TORCEDOR. QUEBRA DE ISONOMIA. CIRCUNSTÂNCIA ESPECIAL. DESNECESSIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DO TORCEDOR. CAMBISMO. ARTIGO 41-F DA LEI Nº 10.671/2003. TIPICIDADE. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE PRÉVIA AFERIÇÃO DE ESGOTAMENTO DOS INGRESSOS NA BILHETERIA. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Dentre os plúrimos interesses que subjazem na venda de ingressos em grandes eventos esportivos, destaca-se a paixão do torcedor. Como ondas humanas, os seguidores dos diversos clubes desaguam nos estádios, levando consigo todo um sentimento, esquecendo-se, amiúde, da realidade, dura, do dia a dia. Não é possível olvidar que vivemos num Estado muitas vezes chamado de o "País do Futebol". E é sobre tal fenômeno que se debruçou o legislador para tratar do "cambismo". Trata-se de comportamento dotado de reprovabilidade penal, pela simples razão de envolver a exploração, artificiosa, de um bem finito: a quantidade de lugares nos estádios. Desta maneira, abusando de certo privilégio decorrente de se chegar antes ao guichê, adquirem-se mais unidades, que são vendidas com ágio. É desinfluente a circunstância, eventual, de ainda existirem ingressos à venda nas bilheterias. A uma porque o tipo penal, expressamente, a tal não se refere. A duas, porque, pela simples conduta enunciada no modelo incriminador, o bem jurídico já é afetado, porquanto materializa-se exploração do preço, em mercado de bem finito, operado por um único fornecedor. Gera-se indevida especulação, promovendo a daninha quebra da isonomia, que seria assegurada pela exclusividade nas vendas.

2. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de Recurso em *Habeas Corpus* nº 47.835 –RJ, em que são Recorrente: Narcisio Alves Uchôa e Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (Presidente), ROGERIO SCHIETTI CRUZ, NEFI CORDEIRO e ERICSON MARANHO (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

BRASÍLIA, 09 DE DEZEMBRO DE 2014
(DATA DO JULGAMENTO)
MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RELATORA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de recurso em *habeas corpus*, interposto por NARCISIO ALVES UCHÔA, assistido pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, diante da denegação, pelo Tribunal de Justiça daquela Unidade da Federação, do HC 00595117020138190000.

Na origem, foi impetrado *habeas corpus* buscando a declaração de atipicidade da conduta imputada ao paciente e pela qual já restou condenado pela 2ª Turma Recursal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, após o julgamento da apelação, na qual se sustentou idêntica tese defensiva. Narrou-se que a conduta descrita no artigo 41-F da Lei nº 10.671/2010 é a mesma contida anteriormente na Lei de Economia Popular, sendo certo que para a caracterização do delito de cambismo, seria imprescindível a comprovação

de que não havia ingressos disponíveis na bilheteria pelo preço neles estampados, para que se evidencie que sua aquisição não se deu por conveniência do torcedor.

A ordem, contudo, foi denegada, *litteris*:

> Rejeito a preliminar de não conhecimento suscitada pelo *parquet* e, no mérito, denego a ordem, acolhendo parcialmente a orientação do parecer.
>
> Reconhece-se, sem dúvida a competência para o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra decisão proferida por Turmas Recursais, pois, há muito, houve mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, nos exatos termos postos na inicial da impetração, conforme jurisprudência colacionada, tanto na inicial quanto no parecer ministerial (STF HC 89.378 RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julg. 28/11/2006, 1ª Turma, publ. DJ 15/12/2006), cuja ementa abstenho-me de transcrever, a fim de evitar repetições.
>
> No que tange ao manejo da impetração para alcance da mesma matéria rechaçada por ocasião do julgamento do recurso de apelação, de fato, como bem salientado pelo digno procurador de justiça, tal procedimento não se compatibiliza com o entendimento dos Tribunais Superiores que tem prezado pela excepcionalidade da ação constitucional de *habeas corpus* e repudiado sua utilização como substitutivo do recurso cabível.
>
> Contudo, a tese de atipicidade, acaso acolhida, importaria na configuração de constrangimento ilegal pela manutenção do decreto condenatório, com reflexo na liberdade ambulatorial do paciente. Assim, conhece-se da impetração, refutando-se a preliminar destacada pela douta procuradora de justiça.
>
> No mérito, repisando-se o teor da decisão que indeferiu o pleito de liminar, desde logo se nota que o acórdão impugnado não se afigura teratológico e, por esta razão, não há que se conceder a ordem. O *writ* busca, na verdade, revisitar as teses defensivas articuladas na apelação, já julgada de forma regular pelo órgão de segunda instância competente, qual seja, a Turma Recursal.
>
> Admitir-se o seguimento do *habeas corpus* não significa que se deva acolher a pretensão do impetrante, que pretende a reanálise do próprio recurso já julgado. A concessão da ordem importará, de fato, em instituição de uma terceira instância, o que não pode ser admitido sob pena de violar-se o sistema recursal pátrio.
>
> Por outro lado, insta salientar que a interpretação que se deu ao artigo de lei em comento e a adoção de tese doutrinária divergente daquela sustentada pela defesa não constitui patente ilegalidade e, portanto, não está caracterizada a hipótese de incidência da ação constitucional.
>
> Com efeito, a decisão impugnada e inquinada de ilegalidade, em razão da alegada atipicidade da conduta encontra-se escorada em entendimento doutrinário e jurisprudencial, não sendo possível afirmar-se a atipicidade da conduta, em razão do dissenso jurisprudencial sobre a matéria.
>
> Merece destaque o trecho da sentença proferida em primeiro grau, e confirmada pela Turma Recursal, pela consistência de sua fundamentação:
>
> > (...) Nem se diga que não é lícito se tinha o torcedor a possibilidade de adquirir ingressos pela via normal na bilheteria, quando se sabe que a ação é criminosa porque atinge a coletividade ao impor preços abusivos e dificultar a livre escolha dos lugares.
> >
> > A lei quer impedir o ágio.
> >
> > E "ágio não é sinônimo de conveniência."

> A verdade é que ao menos os potenciais ocupantes dos lugares a serem vendidos deixarão de ter o mesmo tratamento econômico que os demais.
>
> Em outras palavras, se todos quiserem assistir o espetáculo, ao menos os possíveis ocupantes dos locais possuídos pelos cambistas deixarão de usufruir do mesmo preço.
>
> E se existem outros locais a serem vendidos, ao menos aqueles, não poderão ser escolhidos, havendo "perda do direito" de escolha do consumidor.
>
> Não se trata, apenas, de vender o conforto de não entrar em fila. Mas, sim, de impedir, por "venda não tabelada" que todos sejam na citada relação de consumo possuidores das mesmas condições de compra e venda.
>
> Irrelevante que a bilheteria estivesse aberta.(...)

Ademais, o delito pelo qual foi condenado o paciente – art.41-F da Lei nº 10.671/2003 – foi incluído pela Lei nº 12.299/2010, de 27 de julho de 2010 e a jurisprudência colacionada pela impetração, com todas as vênias, não se presta a fundamentar a pretensão de reconhecimento da atipicidade da conduta, inclusive porque não atualizada.

Analisando-se o inteiro teor do acórdão da lavra do eminente Des. RICARDO BUSTAMANTE, cuja ementa se transcreve na inicial, verifica-se que, embora datado de 02/02/2011, fundamenta-se no entendimento de três julgados do Conselho Recursal da Capital, todos de 2008, que cuidam do artigo 2º, IX da Lei de Economia Popular.

Por outro lado, o acórdão da lavra do eminente Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA, cuida, por igual do delito do artigo 2º, IX da Lei nº 1.521/51, utilizando-se, como fundamento, de julgados anteriores à edição da Lei nº 12.299/2010.

Ademais, a tipicidade da conduta descrita no artigo 41-F da Lei nº 10.671/2003 (Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete) prescinde, por sua redação, de qualquer circunstância especial para sua configuração.

Por fim, de se consignar que não há que se cogitar de tolerância à conduta ou de necessidade de descrição de circunstâncias outras (tais como o esgotamento dos ingressos da bilheteria ou a bilheteria fechada) para a caracterização do tipo penal, diante da manutenção da conduta no Anteprojeto do Código Penal, já aprovado pelo Senado Federal, com a seguinte redação, *verbis*:

> Art. 252 – Vender ingressos de evento esportivo ou cultural por preço superior ao estampado no bilhete.
>
> Pena – prisão, de seis meses a dois anos.
>
> Parágrafo único. Se o agente fornece, desvia ou facilita a distribuição de ingressos para venda por preço superior ao estampado no bilhete.
>
> Pena – prisão de um a três anos.
>
> Pelo exposto, dirijo meu voto no sentido de DENEGAR a ordem. (f. 119-124).

Não se conformando, comparece perante esta Corte, reavivando, essencialmente, o quanto asseverado na origem.

Pede a absolvição do recorrente pela atipicidade.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, f. 269-280, da lavra do Subprocurador-Geral da República WAGNER N. BATISTA, opinando pelo não conhecimento do recurso e, caso conhecido, pelo seu improvimento.

Em contanto telefônico com a 2ª Turma Recursal e com o V Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro/RJ, obteve-se a informação de que já houve a baixa definitiva dos autos da ação

penal, confirmada a condenação do recorrente (um ano de reclusão e dez dias-multa, substituída a privativa de liberdade por restritiva de direito), tendo sido expedida intimação para o cumprimento da pena.

É o relatório.

EMENTA

DIREITO PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ESTATUTO DO TORCEDOR. CAMBISMO. ARTIGO 41-F DA LEI Nº 10.671/2003. TIPICIDADE. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE PRÉVIA AFERIÇÃO DE ESGOTAMENTO DOS INGRESSOS NA BILHETERIA. NÃO ACOLHIMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Dentre os plúrimos interesses que subjazem na venda de ingressos em grandes eventos esportivos, destaca-se a paixão do torcedor. Como ondas humanas, os seguidores dos diversos clubes desaguam nos estádios, levando consigo todo um sentimento, esquecendo-se, amiúde, da realidade, dura, do dia a dia. Não é possível olvidar que vivemos num Estado muitas vezes chamado de o "País do Futebol". E é sobre tal fenômeno que se debruçou o legislador para tratar do "cambismo". Trata-se de comportamento dotado de reprovabilidade penal, pela simples razão de envolver a exploração, artificiosa, de um bem finito: a quantidade de lugares nos estádios. Desta maneira, abusando de certo privilégio decorrente de se chegar antes ao guichê, adquirem-se mais unidades, que são vendidas com ágio. É desinfluente a circunstância, eventual, de ainda existirem ingressos à venda nas bilheterias. A uma porque o tipo penal, expressamente, a tal não se refere. A duas, porque, pela simples conduta enunciada no modelo incriminador, o bem jurídico já é afetado, porquanto materializa-se exploração do preço, em mercado de bem finito, operado por um único fornecedor. Gera-se indevida especulação, promovendo a daninha quebra da isonomia, que seria assegurada pela exclusividade nas vendas.

2. Recurso improvido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O objeto da insurgência cinge-se à verificação da tipicidade da conduta de "cambismo" irrogada ao recorrente.

Consta da inicial acusatória, formulada oralmente:

> Na data de hoje, por volta das 16:00 horas, nas imediações do Estádio João Havelange, o denunciado Narciso Alves Uchoa, de forma livre e consciente, vendia ingressos para o jogo Botafogo x Flamengo, válido pelo Campeonato Brasileiro - 2011, pelo valor superior ao estampado no bilhete. Consta dos autos que o denunciado promovia o mercado dos ingressos pelos valores de R$ 50,00 (cinquenta reais), e R$ 40,00 (quarenta reais), valores acima do estampado nos bilhetes, quais sejam, R$ 40,00 (quarenta reais) e R$ 30,00 (trinta reais), respectivamente.
>
> Além da especulação em detrimento aos interesses dos torcedores, o comportamento ilícito ainda determina grande prejuízo ao interesse social, uma vez que o atuar dos cambistas acaba monopolizando os bilhetes para, pelo livre arbítrio estabelecer o preço de conveniência especulativa. (f. 59).

A argumentação defensiva toda gravita na ausência de demonstração, na denúncia, de que, quando da oferta, não haveria mais ingressos à venda na bilheteria. Nesse raciocínio, caso ainda se dispusesse de oferta oficial, em verdade, os cambistas apenas seriam uma opção, lícita, de se contornar a permanência nas filas.

Eis o teor do tipo penal em foco, que é um dos dispositivos do Estatuto do Torcedor, Lei nº 10.671/2003:

> Art. 41-F. Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete:
>
> Pena - reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. (Incluído pela Lei nº 12.299, de 2010).

Com todo respeito que deve ser tributado ao exercício da Defesa, entendo que a exegese que se pretende conferir ao tipo penal em foco não prospera.

Os grandes eventos esportivos, em que são vendidos ingressos, movimentam muitos interesses. Gostaria de me concentrar, na presente análise, em apenas um deles: a paixão do torcedor. Como ondas humanas, os seguidores dos diversos clubes desaguam nos estádios, levando consigo todo um sentimento, esquecendo-se, amiúde, da realidade, dura, do dia-a-dia. Não é possível olvidar que vivemos num Estado muitas vezes chamado de o "País do Futebol". Pois bem, é sobre tal fenômeno que se debruçou o legislador para tratar do "cambismo".

Trata-se de comportamento dotado de reprovabilidade penal, pela simples razão de envolver a exploração, artificiosa, de um bem finito: a quantidade de lugares nos estádios. Desta maneira, abusando de certo privilégio decorrente de se chegar antes ao guichê, adquirem-se mais unidades, que são vendidas com ágio.

Como ensina a doutrina:

> O crime em comento visa combater o "câmbio negro", invariavelmente feito nas imediações dos estádios, nos dias de jogos ou nos que os antecedem, pelos "cambistas". (DELMANTO. Roberto, *et al*. **Leis penais especiais comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 750).

Entendo que a compreensão albergada pelas anteriores instâncias encontra-se prenhe de lucidez e juridicidade. É desinfluente a circunstância, eventual, de ainda existirem ingressos à venda nas bilheterias. A uma porque o tipo penal, expressamente, a tal não se refere. A duas, porque, pela simples conduta enunciada no modelo incriminador, o bem jurídico já é afetado, porquanto materializa-se exploração do preço, em mercado de bem finito, operado por um único fornecedor. Gera-se indevida especulação, promovendo a daninha quebra da isonomia, que seria assegurada pela exclusividade nas vendas.

Nesse contexto, não diviso qualquer motivo para modificação da condenação, que, nesta quadra, já alcançou definitividade.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como voto.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. JUIZADO DO TORCEDOR E DOS GRANDES EVENTOS INCOMPETENTE. RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ Nº 20/2013. ATO QUE SE DESEJA IMPUGNAR NÃO DIZ RESPEITO A QUALQUER EVENTO ESPORTIVO. AGRAVO PROVIDO.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. CONFEDERAÇÃO BRASILEIRA DE FUTEBOL – CBF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO NO JUIZADO DO TORCEDOR E DOS GRANDES EVENTOS DA CAPITAL VISANDO A ANULAR ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA (AGE) REALIZADA EM 23/03/2017) QUE, NO ENTENDIMENTO DO *PARQUET* ESTADUAL, APROVOU A INCLUSÃO DOS CLUBES DA SEGUNDA DIVISÃO COMO PARTÍCIPES DO COLÉGIO ELEITORAL, BEM COMO ALTEROU O PESO DOS VOTOS DOS INTEGRANTES DAQUELE COLÉGIO E, AINDA, INSERIU "CLÁUSULA DE BARREIRA" PARA NOVAS CANDIDATURAS À PRESIDÊNCIA, EM CONFRONTO AO QUE PRECONIZA A LEI Nº 9.615/98 (LEI PELÉ). DECISÃO DO JUÍZO QUE AFASTOU A ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO DO TORCEDOR E DOS GRANDES

EVENTOS PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA CBF. DECISÃO QUE MERECE REFORMA. ESTATUTO DO TORCEDOR QUE TEM COMO NORTE A PROTEÇÃO DO TORCEDOR ENQUANTO CONSUMIDOR DE EVENTOS ESPORTIVOS. HIPÓTESE NÃO EVIDENCIADA. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA, RECONHECENDO A INCOMPETÊNCIA DO JUIZADO DO TORCEDOR E DOS GRANDES EVENTOS, DETERMINAR A LIVRE REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO PARA UMA DAS VARAS CÍVEIS DA COMARCA DA CAPITAL.

1. Trata-se de recurso interposto contra decisão proferida pelo Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos, nos autos da ação civil pública, que rejeitou a preliminar de incompetência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos para processamento e julgamento do feito, suscitada pela CBF, ora agravante, em sua peça de defesa.

2. Na hipótese dos autos, pleiteia a agravante a reforma da decisão, a fim de que o juízo agravado (JUIZADO DO TORCEDOR E DOS GRANDES EVENTOS DA CAPITAL) seja declarado incompetente para processar e julgar a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

3. E razão lhe assiste. Nesse sentido, vejamos o que prevê a legislação que disciplina a matéria. A Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor) dispõe em seu art. 2º que torcedor "é toda pessoa que aprecie, apoie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva".

4. No âmbito deste Tribunal, a matéria se acha disciplinada pela Resolução Conjunta TJ/OE/RJ nº 20/2013 e pela Lei Estadual nº 6.956/15. A Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013 estabelece que o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro será competente para: art. 2º. "Processar, julgar e executar os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03, bem como os cíveis que tiverem correlação com o Estatuto do Torcedor, ainda que com interesse do Estado, Municípios ou entes da Administração Direta dos mesmos, pelos fatos ocorridos em razão desses eventos determinados." E o art. 62 da Lei Estadual nº 6.956/15 prevê que: "Compete ao Juizado do Torcedor e Grandes Eventos processar e julgar os feitos criminais, aí incluídos os deferidos na Lei nº 9.099/95, bem como os cíveis, individuais ou coletivos, descritos na lei específica, além do cumprimento das precatórias pertinentes à matéria de sua competência e da execução de suas sentenças ou acórdãos substitutivos, nos quais tenham sido impostas penas de multa ou restritivas de direitos, e, ainda, quando suspensa a execução da pena ou determinada medida de segurança não detentiva."

5. Ao afastar a alegação de incompetência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos, considerou o juízo *a quo* que "o Juizado do Torcedor e Grandes Eventos tem sua competência determinada em razão da matéria, qual seja, para conhecer demandas cuja natureza jurídico-material da relação controvertida seja originária da atividade regulada pelo Estatuto do Torcedor"

6. Data vênia, não parece ser esta a melhor interpretação para se firmar a competência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos na hipótese dos autos. A toda evidência, o direito que o Estatuto do Torcedor pretende tutelar diz respeito à transparência na organização dos eventos esportivos, à segurança do torcedor partícipe do evento esportivo e da relação dos torcedores com a entidade de prática desportiva, sempre tendo como norte a proteção do torcedor enquanto consumidor de eventos es-

portivos. Não por acaso, a Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013, em seu art. 2º, como visto acima, disciplina que compete ao Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos Processar, julgar e executar os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03 pelos fatos ocorridos em razão desses eventos determinados."

7. Todavia, o ato que o Ministério Público Estadual deseja impugnar na Ação Civil Pública (AGE de 23/03/2017) que, no entendimento do *Parquet* estadual, aprovou a inclusão dos clubes da segunda divisão como partícipes do colégio eleitoral, bem como alterou o peso dos votos dos integrantes daquele colégio e, ainda, inseriu "cláusula de barreira" para novas candidaturas à presidência, em confronto ao que preconiza a Lei nº 9.615/98 (LEI PELÉ), não diz respeito a qualquer evento esportivo.

AGRAVO DE INSTRUMENTO AO QUAL SE DÁ PROVIMENTO

Visto, relatado e discutido o Agravo de Instrumento nº 000541532.2018.8.19.0000, acordam os Desembargadores da Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO AO AGRAVO, nos termos do voto do Desembargador Relator, como segue:

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Confederação Brasileira de Futebol - CBF em face da decisão proferida pelo Juízo do JUIZADO DO TORCEDOR E DOS GRANDES Eventos da Capital, nos autos da ação civil pública, na parte em que rejeitou preliminar de incompetência do juízo agravado suscitada em sua peça de defesa, decisão essa que teve os seguintes fundamentos:

"(...) Inicialmente, passa-se ao exame da alegação de incompetência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos para processamento e julgamento do feito O artigo 41, inciso 11 da Lei nº 10.671/03 dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a defesa do torcedor, e, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento do disposto nesta Lei, poderão atribuir a promoção e defesa do torcedor aos órgãos de defesa do consumidor. Por sua vez, o artigo 41-A do mesmo Estatuto, com alteração promovida pela Lei nº 12.299/10, estabelece que "os juizados do torcedor, órgão da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pelos Estados e pelo Distrito Federal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das atividades reguladas nesta Lei".

No Estado do Rio de Janeiro, o Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos foi criado pela Resolução Conjunta TJ/OE/RJ nº 20/2013, que, posteriormente, teve a competência disciplinada pela Lei Estadual nº 6.956/15, artigo 62, que prevê: "Compete ao Juizado do Torcedor e Grandes Eventos processar e julgar os feitas criminais, ai incluídos os deferidos na Lei nº 9.099/95, bem coma os cíveis, individuais ou coletivos, descritos na lei específica, além do cumprimento dos precatórios pertinentes à matéria de sua competência e da execução de suas sentenças ou acórdãos substitutivos, nos quais tenham sido impostas penas de multa ou restritivas de direitos, e, ainda, quando suspensa a execução da pena ou determinada medida de segurança não detentiva"

Portanto, o Juizado do Torcedor e Grandes Eventos tem sua competência determinada em razão da matéria, qual seja, para conhecer demandas cuja natureza jurídico-material da relação controvertida seja originária da atividade regulada pelo Estatuto do Torcedor.

Do exame, *in statu assertioni*, dos elementos identificadores da presente demanda, observa-se que a petição inicial qualifica os sujeitos

da relação jurídica deduzida em juízo como torcedor-consumidor e entidade organizadora do desporto-fornecedora de serviço (equiparações estas decorrentes do disposto nos artigos 1° clc 2° clc 3° clc 41, todos do Estatuto do Torcedor), bem como formula causa de pedir e pedido com fulcro em regras e princípios decorrentes da Lei nº 10.671/03.

Portanto, cuida-se de Ação Civil Pública visando à tutela do torcedor, qualificado como consumidor, coletivamente considerado, em desfavor de entidade organizadora de desporto, entendida legalmente como fornecedora de serviço, com fundamento no próprio Estatuto do Torcedor.

Essas circunstâncias têm o condão de firmar a competência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos para conhecimento da causa, conforme artigos 1°, 2°, 3°,41, inciso 11 e 41-A, todos da Lei nº 10.671/03 e artigo 62 da Lei Estadual nº 6.956/15.

Em reforço, a pretendida destituição de dirigentes da entidade demandada é sanção estabelecida no Estatuto do Torcedor, o que confere a absoluta especialidade ao tema concernente à atividade regulada na citada lei especial, atraindo a sujeição à competência do Juizado do Torcedor.

Cabe salientar que os elementos identificadores da presente demanda não guardam similitude com as outras demandas referidas pelo réu, em sede de contestação, e que tramitam em juízo de competência distinta.

Assim, deve ser rejeitada a preliminar de incompetência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos. (...)"

Em suas razões recursais, a agravante alega, em síntese, que o Juizado Especial do Torcedor e de Grandes Eventos é incompetente para tratar das questões discutidas na ação civil pública ajuizada pelo MPRJ (regularidade de assembleia interna de associação privada), eis que não possuem qualquer relação com a tutela dos interesses do "torcedor-consumidor". Sustenta o agravante que a competência do Juizado Especial do Torcedor e de Grandes Eventos se limita às estritas matérias especificadas no Estatuto do Torcedor, que tem como escopo velar pela:

a) segurança nas arenas esportivas;

b) oferta de transporte adequado, seguro e rápido para os eventos;

c) a garantia de higiene e qualidade das instalações físicas dos estádios e dos produtos alimentícios vendidos nos locais de competições;

d) organização dos eventos esportivos e

e) pela venda de ingressos para os eventos.

Afirma que o CODJERJ prevê, em seu art. 62 que o Juizado do Torcedor e Grandes Eventos é competente para processar e julgar os feitos cíveis, individuais ou coletivos, descritos na lei específica, que é o Estatuto do Torcedor. Assevera que para ser aplicada a Teoria da Asserção, jurisprudência do STJ prevê a necessidade de se observar a análise dos fatos e dos pedidos principais formulados pelo autor da demanda na inicial, não importando a capitulação jurídica por ele atribuída. Alega que questões análogas às discutidas na ação principal têm sido ajuizadas nas Varas Cíveis deste Tribunal.

Por essas razões, requer "... o ora Agravante requer, primeiramente, com fulcro no art. 1.019, I, do CPC/2015 e em caráter *inaudita altera parte*, sejam antecipados os efeitos da tutela recursal para que seja determinada a suspensão da tramitação do processo de origem, até que sobrevenha decisão final neste agravo de instrumento, a fim de se evitar a continuação da prática de atos nulos e com potencial de provocar enormes repercussões. Por fim, requer-se a reforma da r.

decisão agravada ao menos quanto à rejeição da preliminar de incompetência, devendo o feito de origem ser extinto sem julgamento de mérito, em razão de se tratar de um Juizado Especial (sede incompatível declínio de competência, conforme a jurisprudência do E. TJERJ23). Apenas na eventualidade de assim não se entender, requer-se, subsidiariamente, a reforma do *decisum* para que seja redistribuído o feito a uma das Varas Cíveis da Capital."

Decisão deste Relator a f. 43/48 (índice 000043), deferindo o efeito suspensivo para suspender a decisão agravada até a apreciação do presente recurso.

A f. 60/61 – índice 000060, este Relator indeferiu o pedido de recolhimento de ofícios requerido pelo agravante.

Contrarrazões (f. 68/80 – índice 000068).

Parecer da Procuradoria de Justiça opinando pelo desprovimento do agravo (f. 83/94 – índice 000083).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra decisão proferida pelo Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos, nos autos da ação civil pública, que rejeitou a preliminar de incompetência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos para processamento e julgamento do feito, suscitada pela CBF, ora agravante, em sua peça de defesa.

No que toca à admissibilidade do agravo na hipótese dos autos, temos que não consta do elenco do artigo 1.015 do CPC. É certo que o Código de Processo Civil de 2015 instituiu um rol de decisões interlocutórias sujeitas à interposição do agravo de instrumento. Assim, são agraváveis as decisões previstas expressamente em Lei, nos termos do artigo 1.015 do CP, *in verbis*:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
>
> I - tutelas provisórias;
>
> II - mérito do processo;
>
> III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
>
> IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
>
> V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
>
> VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
>
> VII - exclusão de litisconsorte;
>
> VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
>
> IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
>
> X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
>
> XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO);
>
> XIII - outros casos expressamente referidos em lei.
>
> Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

A doutrina majoritária é no sentido de que a nova sistemática recursal civil passou a adotar como regra o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, pois a lei prevê um rol taxativo das decisões que estão sujeitas ao recurso de agravo de instrumento.

Na lição dos renomados juristas NELSON NERY JUNIOR e MARIA DE ANDRADE NERY, as hipóteses previstas no artigo 1.015 do NCPC/2015 são taxativas, na medida em que o referido diploma legal possui número restrito de decisões agraváveis por instrumento, *verbis*:

> "... Agravo de Instrumento em hipóteses taxativas (*numerus clausus*). O dispositivo comentado

prevê, em "*numerus clausus*", os casos em que a decisão interlocutória pode ser impugnada pelo recurso de agravo de instrumento. As interlocutórias que não se encontram no rol do CPC 1.015 não são recorríveis pelo agravo, mas sim como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação (CPC 1.009 § 1º). Pode-se dizer que o sistema abarca o princípio da irrecorribilidade em separado das interlocutórias como regra. Não se trata de irrecorribilidade da interlocutória que não se encontra no rol do CPC 1.015, mas de recorribilidade diferida, exercitável em futura e eventual apelação (razões ou contrarrazões) (...)".

(*in*, **Comentários ao Código de Processo Civil, Novo CPC – Lei 13.105/2015**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 2.078).

Segundo a ilustre jurista TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, relatora da comissão encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, *verbis*:

"O agravo foi, indubitavelmente o recurso que mais sofreu alterações ao longo dos mais de vinte anos de reformas pelas quais passou o CPC/1973. O CPC de 1973, em sua última versão, com todas as alterações, previa o agravo de instrumento (como exceção) e o retido (como regra). Mas o fato é que todas as interlocutórias (com exceção da prevista pelo art. 527, parágrafo único, do CPC/1973) eram recorríveis. Isto não ocorre no sistema recursal do NCPC. A opção do NCPC foi a de a) extinguir o agravo retido, alterando, correlatamente, o regime das preclusões (as decisões sujeitas ao agravo retido, à luz do NCPC, podem ser impugnadas na própria apelação ou nas contrarrazões); e b) estabelecer hipóteses de cabimento em "numerus clausus" para o agravo de instrumento: são os incisos do art. 1.015, somados às hipóteses previstas ao longo do NCPC".

(*in*, **Temas Essenciais do Novo Código de Processo Civil**, 1ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, p. 449).

Embora o caso dos autos não se identifique claramente com as expressões postas no texto legal, deve-se analisar a teleologia do dispositivo, de modo a alcançar a finalidade da norma.

Exatamente por essa razão, em recente julgamento (REsp. 1.679.909-RS, de Relatoria do Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 01/02/2018), a Quarta Turma do STJ entendeu ser "cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão relacionada à definição de competência, a despeito de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015", *in verbis*:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO IMEDIATA DAS NORMAS PROCESSUAIS. *TEMPUS REGIT ACTUM*. RECURSO CABÍVEL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 1 DO STJ. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA COM FUNDAMENTO NO CPC/1973. DECISÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DIREITO PROCESSUAL ADQUIRIDO. RECURSO CABÍVEL. NORMA PROCESSUAL DE REGÊNCIA. MARCO DE DEFINIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA OU EXTENSIVA DO INCISO III DO ART. 1.015 DO CPC/2015.

1. É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que as normas de caráter processual têm aplicação imediata aos processos em curso, não podendo ser aplicadas retroativamente (*tempus regit actum*), tendo o princípio sido positivado no art. 14 do novo CPC, devendo-se respeitar, não obstante, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

2. No que toca ao recurso cabível e à forma de sua interposição, o STJ consolidou o

entendimento de que, em regra, a lei regente é aquela vigente à data da publicação da decisão impugnada, ocasião em que o sucumbente tem a ciência da exata compreensão dos fundamentos do provimento jurisdicional que pretende combater. Enunciado Administrativo nº 1 do STJ.

3. No presente caso, os recorrentes opuseram exceção de incompetência com fundamento no Código revogado, tendo o incidente sido resolvido, de forma contrária à pretensão dos autores, já sob a égide do novo Código de Processo Civil, em seguida interposto agravo de instrumento não conhecido pelo Tribunal *a quo*.

4. A publicação da decisão interlocutória que dirimir a *exceptio* será o marco de definição da norma processual de regência do recurso a ser interposto, evitando-se, assim, qualquer tipo de tumulto processual.

5. Apesar de não previsto expressamente no rol do art. 1.015 do CPC/2015, a decisão interlocutória relacionada à definição de competência continua desafiando recurso de agravo de instrumento, por uma interpretação analógica ou extensiva da norma contida no inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, já que ambas possuem a mesma *ratio*, qual seja, afastar o juízo incompetente para a causa, permitindo que o juízo natural e adequado julgue a demanda.

6. Recurso Especial provido."

Na hipótese dos autos, pleiteia a agravante a reforma da decisão, a fim de que o juízo agravado (JUIZADO DO TORCEDOR E DOS GRANDES EVENTOS DA CAPITAL) seja declarado incompetente para processar e julgar a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.

E razão lhe assiste.

Nesse sentido, vejamos o que prevê a legislação que disciplina a matéria.

A Lei nº 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor) dispõe em seu art. 2º que torcedor "é toda pessoa que aprecie, apoie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva".

Além disso, da leitura desta lei, pode-se extrair alguns artigos que se apresentam hábeis a delimitar o seu alcance, como nos seguintes:

"Art. 5º São asseguradas ao torcedor a publicidade e transparência na organização das competições administradas pelas entidades de administração do desporto, bem como pelas ligas de que trata o art. 20 da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998.

Art. 7º É direito do torcedor a divulgação, durante a realização da partida, da renda obtida pelo pagamento de ingressos e do número de espectadores pagantes e não-pagantes, por intermédio dos serviços de som e imagem instalados no estádio em que se realiza a partida, pela entidade responsável pela organização da competição.

Art. 11. É direito do torcedor que o árbitro e seus auxiliares entreguem, em até quatro horas contadas do término da partida, a súmula e os relatórios da partida ao representante da entidade responsável pela organização da competição.

Art. 12. A entidade responsável pela organização da competição dará publicidade à súmula e aos relatórios da partida no sítio de que trata o § 1º do art. 5º até as 14 (quatorze) horas do 3º (terceiro) dia útil subsequente ao da realização da partida. (Redação dada pela Lei nº 12.299, de 2010).

Art. 13. O torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas.

Art. 22. São direitos do torcedor partícipe:

I - que todos os ingressos emitidos sejam numerados; e

II - ocupar o local correspondente ao número constante do ingresso.

Art. 23. A entidade responsável pela organização da competição apresentará ao Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal, previamente à sua realização, os laudos técnicos expedidos pelos órgãos e autoridades competentes pela vistoria das condições de segurança dos estádios a serem utilizados na competição.

Art. 33. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, cada entidade de prática desportiva fará publicar documento que contemple as diretrizes básicas de seu relacionamento com os torcedores, disciplinando, obrigatoriamente: (Vigência)

I - o acesso ao estádio e aos locais de venda dos ingressos;

II - mecanismos de transparência financeira da entidade, inclusive com disposições relativas à realização de auditorias independentes, observado o disposto no art. 46-A da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998; e

III - a comunicação entre o torcedor e a entidade de prática desportiva.

Parágrafo único. A comunicação entre o torcedor e a entidade de prática desportiva de que trata o inciso III do *caput* poderá, dentre outras medidas, ocorrer mediante:

I - a instalação de uma ouvidoria estável;

II - a constituição de um órgão consultivo formado por torcedores não-sócios; ou

III - reconhecimento da figura do sócio-torcedor, com direitos mais restritos que os dos demais sócios.

Art. 40. A defesa dos interesses e direitos dos torcedores em juízo observará, no que couber, a mesma disciplina da defesa dos consumidores em juízo de que trata o Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 41. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a defesa do torcedor, e, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento do disposto nesta Lei, poderão:

I - constituir órgão especializado de defesa do torcedor; ou

II - atribuir a promoção e defesa do torcedor aos órgãos de defesa do consumidor.

Art. 41-A. Os juizados do torcedor, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, poderão ser criados pelos Estados e pelo Distrito Federal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes das atividades reguladas nesta Lei.

No âmbito deste Tribunal, a matéria se acha disciplinada pela Resolução Conjunta TJ/OE/RJ nº 20/2013 e pela Lei Estadual nº 6.956/15.

A Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013 estabelece que o Juizado Especial do Torcedor e dos Grandes Eventos do Estado do Rio de Janeiro será competente para:

"Processar, julgar e executar os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03, bem como os cíveis que tiverem correlação com o Estatuto do Torcedor, ainda que com interesse do Estado, Municípios ou entes da Administração Direta dos mesmos, pelos fatos ocorridos em razão desses eventos determinados."

E o art. 62 da Lei Estadual nº 6.956/15 prevê que:

"Compete ao Juizado do Torcedor e Grandes Eventos processar e julgar os feitos criminais, aí incluídos os deferidos na Lei nº 9.099/95, bem como os cíveis, individuais ou coletivos, descritos na lei específica, além do cumprimento das precatórias pertinentes à matéria

de sua competência e da execução de suas sentenças ou acórdãos substitutivos, nos quais tenham sido impostas penas de multa ou restritivas de direitos, e, ainda, quando suspensa a execução da pena ou determinada medida de segurança não detentiva."

Ao afastar a alegação de incompetência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos, considerou o juízo *a quo* que "o Juizado do Torcedor e Grandes Eventos tem sua competência determinada em razão da matéria, qual seja, para conhecer demandas cuja natureza jurídico-material da relação controvertida seja originária da atividade regulada pelo Estatuto do Torcedor"

Data vênia, não parece ser esta a melhor interpretação para se firmar a competência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos na hipótese dos autos.

A toda evidência, o direito que o Estatuto do Torcedor pretende tutelar diz respeito à transparência na organização dos eventos esportivos, à segurança do torcedor partícipe do evento esportivo e da relação dos torcedores com a entidade de prática desportiva, sempre tendo como norte a proteção do torcedor enquanto consumidor de eventos esportivos.

Não por acaso, a Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013, em seu art. 2º, como visto acima, disciplina que compete ao Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos Processar, julgar e executar os feitos criminais previstos e tutelados pela Lei nº 10.671/03 pelos fatos ocorridos em razão desses eventos determinados."

Todavia, o ato que o Ministério Público Estadual deseja impugnar na Ação Civil Pública (AGE de 23/03/2017) que, no entendimento do *Parquet* estadual, aprovou a inclusão dos clubes da segunda divisão como partícipes do colégio eleitoral, bem como alterou o peso dos votos dos integrantes daquele colégio e, ainda, inseriu "cláusula de barreira" para novas candidaturas à presidência, em confronto ao que preconiza a Lei nº 9.615/98 (LEI PELÉ), não diz respeito a qualquer evento esportivo.

Destarte, entendo que o Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos é incompetente para conhecer e julgar a Ação Civil Pública nº 0186960-66.2017.8.19.0001.

Por tais motivos, voto no sentido de conhecer e DAR PROVIMENTO ao agravo de instrumento interposto para, reconhecendo a incompetência do Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos, determinar a livre redistribuição do feito para uma das varas cíveis da comarca da capital.

RIO DE JANEIRO, 04 DE DEZEMBRO DE 2018.
DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES
RELATOR

CAMPEONATO DE FUTEBOL. FINAL. AQUISIÇÃO DE INGRESSO. FECHAMENTO DOS PORTÕES. SUPERLOTAÇÃO DO ESTÁDIO. TUMULTO. FRUSTRAÇÃO. DEFEITO DO SERVIÇO. CDC. ESTATUTO DO TORCEDOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANOS MATERIAL E MORAL. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. RECURSO INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO CPC/73. CAMPEONATO CARIOCA DE 2008. PARTIDA FINAL. BOTAFOGO X FLAMENGO. FECHAMENTO DOS PORTÕES POR TUMULTO GENERALIZADO. TORCEDORA COM INGRESSO IMPEDIDO DE ASSITIR AO JOGO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INCIDÊNCIA DO CDC E DO ESTATUDO DO TORCEDOR. Do cotejo dos autos verifica-se que a Autora detinha ingresso válido para a final do campeonato carioca, sendo certo que as matérias amplamente veiculadas na mídia confirmam que, em decorrência da venda de grande quantidade de ingressos falsos, houve tumulto e superlotação no Maracanã, impedindo que torcedores com ingressos válidos adentrassem no estádio.

É incontroverso que houve fechamento dos portões quando ainda restavam inúmeros torcedores com ingressos legítimos do lado de fora, implicando em flagrante defeito do serviço. Nesse contexto, de acordo com as normas do CDC e do Estatuto do Torcedor, as Rés são solidariamente responsáveis. O dano material restou configurado uma vez que a Autora comprovou a aquisição de ingresso, sendo devida a devolução, na forma simples, na medida em que não evidenciada má-fé. Do mesmo modo, é devida reparação por danos morais, na medida em que a superlotação foi ensejada por fato próprio do serviço. Nesse contexto, entendo razoável fixar o valor da reparação extrapatrimonial em R$ 3.000,00 (três mil reais), considerando a falta do lesante e a gravidade da lesão. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 01,0451302.2009.8.19.0001 em que é Apelante: Marilyn Rabelo Mota e Apelado: Clube de Regatas do Flamengo.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem esta E. 26ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em conhecer dos recursos e a ele dar provimento parcial, nos termos do voto que segue.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto pela Marilyn Rabelo Mota contra a sentença de improcedência (index 00175) prolatada em ação de indenização por danos materiais e morais, pelo procedimento ordinário, em face de Clube de Regatas do Flamengo e Ingresso Fácil Pré Venda e Venda de Ingressos Ltda.

Em síntese, a autora informa que em 04 de maio de 2008 foi ao Maracanã para assistir à final de uma partida de futebol entre Botafogo e Flamengo, que começaria às 16h.

Afirma que adquiriu seu ingresso em 20/04/2008 junto a ré Ingresso Fácil e no dia do jogo, chegou ao estádio às 14h, no entanto, às 17h30min, ainda estava aguardando no portão de entrada apesar do jogo ter iniciado.

Aduz que foi informada pela segurança que o local estava com superlotação e que seria impossível a entrada de torcedores que ainda estavam do lado de fora, mesmo que portando bilhetes para o jogo., ficando exposta a um tumulto generalizado.

Requer, a condenação da ré em danos materiais equivalentes ao dobro do valor pago pelo ingresso, totalizando R$ 80,00 (oitenta reais) bem como a condenação em danos morais.

É deferida a gratuidade de justiça (index 00038).

Em contestação a ré Ingresso Fácil sustenta que o fato ocorreu em decorrência da atuação dos Poderes Públicos presentes no local do evento (Polícia Militar e Secretaria Especial da Ordem Pública), não agindo em momento algum de forma ilícita, não sendo devido qualquer valor, especialmente em dobro, pela Ingresso Fácil.

Afirma que a autora apresenta o bilhete por ela adquirido junto a ré, sendo este verdadeiro e que no jogo em questão houve aporte de ingressos falsos, tumultuando a entrada no estádio, mas, conforme documentos anexados, os portadores desses últimos foram impedidos de adentrar no local.

Alega que a Polícia Militar, através da autoridade responsável pelo policiamento interno do Estádio do Maracanã, ordenou o fechamento dos portões, logo após o início do jogo, gerando grande tumulto na entrada, no entanto, não tem a ré qualquer responsabilidade pelos fatos. Afirma que inexiste nexo de causalidade, devendo ser julgando improcedente o pleito autoral. (index 00046).

Em sua defesa, a ré Clube de Regatas do Flamengo argui, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, já que ele não tem poder de Polícia, tendo sido declarado pela autora que os Policiais

Militares e guardas municipais não estavam permitindo a entrada de torcedores. Ressalta que a responsabilidade e segurança do lado de dentro e de fora do Estádio é do Poder Público.

No mérito alega ocorrência de decadência na medida em que o prazo para a propositura para a presente demanda seria de 30 dias. Caso superada a decadência, alega que a suposta frustação da autora ocorreu por fatos provocados pela Polícia Militar junto a conduta agressiva de diversos torcedores, sendo, no mínimo, hipótese de caso fortuito o que rompe o nexo de causalidade.

Prossegue afirmando que sequer há notícias de que a autora compareceu ao Maracanã naquele dia e afirma que os funcionários do Clube não foram por ela procurados. Afirma ausência de ato ilícito pugnando pela improcedência dos pedidos (index 00096).

Decisão saneadora na qual se rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, bem como a prejudicial de decadência. Deferiu-se a inversão do ônus da prova (index 00172).

Autos remetidos ao Grupo de Sentença (index 00174).

O Juízo da 26ª Vara Cível da Comarca da Capital prolata sentença de improcedência, cuja fundamentação e dispositivo a seguir transcrevo (index 00175):

> "(...) No mais, se houve o ingresso de pessoas com bilhetes falsos, não se narrando nem comprovando que os mesmo foram comercializados por qualquer das rés, e sendo certo que obviamente não cabia a qualquer delas a fiscalização das catracas de entrada, simplesmente não há qualquer responsabilidade.
>
> O não ingresso da autora se deu exclusivamente por conta do fechamento de portões determinados pela polícia, que atua em nome do Estado. Se houve situações de descontrole, por fato de terceiro exclusivamente, se houve falha na verificação dos bilhetes a ensejar a entrada de pessoas com títulos falsos, nada disso pode ser afirmado como de responsabilidade de qualquer das rés.
>
> Repita-se: não tinha a empresa SWA ou o Clube de Regatas do Flamengo qualquer ingerência no controle de entrada, de organização de fila, etc...
>
> A hipótese é a do artigo 14, § 3, II, do CDC.
>
> Pelo exposto, julgo improcedente o pedido, na forma do artigo 269, I, do CPC. Custas e honorários, que fixo em 10% sobre o valor da causa, pela autora, observado o artigo 12, da lei nº 1.060/50. No trânsito, dê-se baixa e arquive-se. P.R.I."

A autora repisa os argumentos anteriormente esposados em sua inicial, requerendo a reforma integral da sentença, afirmando que pela análise das normas do CDC e do Estatuto do Torcedor as rés têm responsabilidade solidária pelo evento, sendo esta independente de culpa (index 00177).

O recurso foi regularmente recebido (index 00196).

Contrarrazões das rés Clube de Regatas do Flamengo e Ingresso fácil, respectivamente (index 00197 e 00208).

VOTO

Em juízo de admissibilidade, reconheço a presença dos requisitos extrínsecos e intrínsecos, imprescindíveis à interposição do recurso, manejado com fundamento no CPC/73.

Submeto a questão ao Colegiado.

A questão trazida a julgamento evidencia uma relação de consumo nos moldes dos artigos 2º e 3º do CDC motivo pelo qual, a demanda será julgada consoante os princípios e normas do Código de Defesa ao Consumidor, sendo necessária uma breve análise quanto a legitimidade das rés.

O CDC prevê a responsabilidade objetiva dos fornecedores e prestadores de serviço, independentemente da comprovação da culpa.

De acordo com o art. 3º do CDC, o sistema de proteção do consumidor considera como fornecedores todos os que participam da cadeia de fornecimento de produtos e serviços.

A finalidade do ordenamento é proteger o consumidor, que é por vezes prejudicado por não conseguir visualizar a presença dos vários fornecedores ou não ter consciência de que pode exigir informação e garantia mesmo daquele fabricante ou produtor com quem não mantém relação direta, mas que faz parte da cadeia de fornecimento.

Registre-se, por oportuno, que a jurisprudência do Eg. STJ é pacífica no sentido de que se aplica a teoria do risco empresarial, considerando que quem retira proveito de uma atividade de risco deve arcar com os prejuízos perpetrados.

Assim, tratando-se de relação de consumo, todos os membros da cadeia de fornecimento respondem solidariamente pelos danos causados ao consumidor por falhas no serviço prestado.

Por se tratar de relação contratual de consumo específica de torcedor, há também atração das normas do Estatuto do Torcedor. A Lei nº 10.671/03 assim dispõe sobre a responsabilização objetiva dos responsáveis por eventos desportivos:

> "Art. 19. As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo."

O anseio protetivo do Código de Defesa do Consumidor e o mesmo desiderato do Estatuto do Torcedor são evidentes.

Assim, sob a ótica constitucional, há forte preponderância das necessidades reparatórias das partes hipossuficientes das relações contratuais como a do caso vertente.

É por esta razão que o rol de personagens reconhecidos como fornecedores é exemplificativo e deve ser interpretado extensivamente.

Feita essa análise, verifica-se que no caso dos autos há conduta, dano e nexo de causalidade comprovados. Isso é suficiente para a responsabilização objetiva.

Do cotejo dos autos verifica-se que a autora detinha ingresso válido para a final do campeonato carioca em 2008.

Ademais, as matérias veiculadas em jornais também não deixam dúvidas a respeito do ocorrido. Restou amplamente divulgada a ocorrência de confusão por conta de venda de ingressos falsos e superlotação, impedindo torcedores com ingresso válido de adentrar no estádio.

O fechamento dos portões do estádio quando ainda restavam inúmeros torcedores com ingressos legítimos do lado de fora é flagrante defeito do serviço. Há violação das normas consumeristas e do torcedor.

A superlotação foi ensejada por fato próprio do serviço.

Destarte, a falha na prestação do serviço é evidente, sendo as rés responsáveis, solidariamente, pelos danos sofridos pela consumidora.

O dano material restou devidamente configurado uma vez que a autora comprovou a aquisição de ingresso para o jogo em questão, sendo devida a devolução paga, na forma simples, na medida em que não se trata de nenhuma das hipóteses previstas no art. 42, parágrafo único do CDC.

Saliente-se que a correção monetária referente ao dano material flui a partir do desembolso, assim como a incidência dos juros, uma vez que se trata de relação contratual sendo a obrigação líquida, tal qual dispõe o art. 397 do CC:

> Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Do mesmo modo, restou comprovado o dano moral.

A expectativa que envolve a final de um campeonato de futebol é culturalmente conhecida entre os brasileiros. Os ingressos são comprados às custas de longas filas e de investimento de tempo. Há forte emoção a mover o torcedor.

Fosse um simples serviço, já seria frustrante o não acolhimento após pagamento pela prestação. Com mais razão no caso específico.

Nesse contexto, entendo razoável fixar o valor da reparação extrapatrimonial em R$ 3.000,00 (três mil reais), considerando a falta do lesante e a gravidade da lesão.

Insta salientar que a correção monetária referente ao dano moral flui a partir do seu arbitramento, a teor da Súmula 362 do STJ.

Enquanto que os juros são devidos a partir da citação, no percentual de 1% ao mês (art. 405 CC).

In casu, levando-se em conta o caso concreto, o trabalho desenvolvido e a baixa complexidade da demanda, arbitro os honorários do advogado da autora em 20% do valor da condenação, que se mostra razoável a espécie, incidindo o art. 20, § 3º, do CPC/73, considerando que a decisão judicial e a interposição do recurso são anteriores a 18 de março de 2016, sendo certo que entendimento diverso acarretaria em surpresa às partes.

Confira-se jurisprudência acerca do mesmo fato analisado na presente demanda:

> Agravo Interno. Apelação cível. Ação indenizatória. Campeonato Carioca de 2008. Partida final. Torcedor portador de ingresso antecipadamente comprado. Impedimento à entrada. Vício na prestação de serviço que viola o CDC e o Estatuto do Torcedor. Constrangimento, humilhação e frustração que violam o princípio da dignidade da pessoa humana. Dano moral configurado. Jurisprudência deste Tribunal. Desprovimento do recurso.
>
> 0003244-63.2009.8.19.0212 – APELAÇÃO
>
> Des. CLAUDIA TELLES DE MENEZES - Segunda Câmara Cível – Julgamento: 08/04/2015

> AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. Indenizatória. Decisão de campeonato. Flamengo x Botafogo. Fechamento dos portões do Maracanã. Torcedores impedidos de assistir à final do campeonato carioca. Sentença de procedência. No mérito, nenhum reparo a ser feito na sentença. Direito do Consumidor. Responsabilidade de todos os envolvidos na organização do evento, inclusive a apelante. Dano moral configurado *in re ipsa*. Valor da indenização a título de dano moral fixada em R$ 3.000,00 (três mil reais) em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Dano material comprovado nos autos, fazendo jus o autor ao ressarcimento. Fenômeno da confusão. Reforma da sentença somente quanto à condenação ao pagamento da taxa judiciária. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 0077967-70.2010.8.19.0001 – APELAÇÃO
>
> Des. SEBASTIÃO RUGIER BOLELLI - Vigésima Primeira Câmara Cível – Julgamento: 24/08/2013
>
> APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. TORCEDOR IMPEDIDO DE ENTRAR NO ESTÁDIO PARA ASSISTIR PARTIDA DE FUTEBOL. INGRESSO ADQUIRIDO COM ANTECEDÊNCIA. DANO MORAL E MATERIAL. 1. Pretende a autora indenização por dano material e moral em razão de ter sido impedido de entrar no estádio do Maracanã para assistir partida de futebol do seu time. Ingresso adquirido com antecedência. Sentença de procedência parcial. Insurgência do segundo réu, Clube de Regatas do Flamengo. 2. Ilegitimidade passiva rejeitada. Fatos incontroversos. Tumulto e superlotação que levaram ao fechamento dos portões do estádio, deixando torcedores com ingresso do lado de fora. Dano moral fixado em obediência ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Precedentes desta Corte. 3. Dano material comprovado. Devolução em dobro descabida,

vez que não restou comprovada a má-fé. 4. Recurso improvido.

0104522-61.2009.8.19.0001 – APELAÇÃO

Des. MÔNICA MARIA COSTA DI PIERO - Oitava Câmara Cível – Julgamento: 26/07/2011

Por tais motivos, voto no sentido de dar provimento em parte ao recurso da autora para condenar as rés, solidariamente, em danos materiais no valor de R$ 40,00 (quarenta reais) incidindo a correção monetária e juros a partir dos efetivos desembolsos. Ademais, fixo em R$ 3.000,00 (três mil reais), a condenação a título de danos morais incidindo juros moratórios a contar da citação, corrigidos monetariamente na forma da súmula 362 do STJ, isto é, do seu arbitramento.

Por fim, voto no sentido de inverter o ônus da sucumbência, condenando as rés em honorários advocatícios em favor da autora em 20% da condenação, na forma do art. 20, § 3º do CPC/73.

RIO DE JANEIRO, 16 DE JUNHO DE 2016.
DES. DENISE NICOLL SIMÕES
RELATORA

CAMPEONATO DE MUAY THAI. MORTE DE ATLETA. LUTADOR ADOLESCENTE E INICIANTE. TRAUMATISMO CRANIANO ENCEFÁLICO. NÃO UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE SEGURANÇA. NEGLIGÊNCIA. CONDUTA CULPOSA. VIOLAÇÃO DO DEVER DE CUIDADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

Apelação. Homicídio culposo. Recurso da Defesa postula, preliminarmente, a declaração da extinção da punibilidade diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, pugna pela reforma da sentença para absolver o apelante por ausência de prova quanto à culpa. Analisa-se primeiramente o pleito de absolvição por ser mais benéfico para o réu. Imputação da prática de crime de homicídio culposo, pois o apelante e o corréu, já falecido, foram responsáveis pela organização de um evento de luta de Muay Thai, evento do qual o adolescente Adriano Santos Rufino da Paz teria participado sem a utilização de equipamentos de segurança e morrido em decorrência de um golpe na cabeça desferido durante a luta. A conduta culposa imputada ao acusado consiste em ter deixado de fornecer o equipamento de segurança necessário para a prática regular do esporte e em razão de a vítima ter falecido em virtude de um golpe sofrido na cabeça, local que deveria estar protegido pelo equipamento de segurança, qual seja, o capacete. Restou provada a prática do delito culposo pelo réu, pois o agente violou os deveres objetivos de cuidado ao promover um evento de luta e permitir que um lutador adolescente e iniciante participasse da competição sem o uso de equipamento de segurança, uso esse que teria evitado o resultado morte da vítima que foi golpeada na cabeça durante a luta e faleceu em decorrência do traumatismo craniano encefálico. Como promotor do evento, o réu foi quem decidiu sobre a necessidade de uso de equipamento de segurança. Ao realizar de forma equivocada esse juízo de valor sobre o uso ou não de equipamento de segurança, já que se tratava a vítima de lutador adolescente e iniciante que deveria utilizar o equipamento de segurança, o réu contribuiu para o resultado morte de forma culposa. Restou, portanto, evidenciado que o réu foi omisso ao não exigir o uso de equipamento de segurança por lutadores que eram iniciantes, sobretudo no caso da vítima que tinha apenas 15 anos de idade à época e que lutou com oponente já maior de idade. A despeito de incabível a absolvição do réu diante da constatação da violação do dever de cuidado, ainda assim impende seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva na hipótese. Nesse sentido é o parecer da PGJ.

O réu foi condenado às penas de 1 ano e 3 meses de detenção por conduta praticada em 03/12/2005, tendo a denúncia sido recebida em 29/04/2009 e a sentença condenatória publicada em 16/06/2016, sendo certo que já transitou em julgado para a acusação, e, por conseguinte, a prescrição será regulada pela pena aplicada, em conformidade com o disposto no art. 110, § 1º, do Código Penal. Considerando-se o disposto no art. 109, inciso V do CP que fixa o prazo prescricional de 04 anos para a hipótese e que houve o transcurso desse prazo entre o recebimento da denúncia (29/04/2009) e a publicação da sentença condenatória (16/06/2016), ocorreu a prescrição da pretensão punitiva retroativa estatal em favor do apelante. Recurso parcialmente provido para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do apelante, com fulcro no artigo 107, IV do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº. 006872759.2007.8.19.0002 em que é Apelante Marcelo Oliveira Aguiar e Apelado Ministério Público.

Acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do apelante, com fulcro no artigo 107, IV do CP, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Marcelo Oliveira Aguiar foi condenado pela prática do crime previsto no art. 121, §3º do Código Penal às penas de 01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por duas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Narra a denúncia que:

"Consta dos inclusos autos de inquérito que, no dia 03/12/2005, os denunciados, o primeiro como organizador, e o segundo como a pessoa que, na qualidade de presidente, à época, da Confederação Brasileira de Muay Thai, autorizou a sua realização, promoveram no Ginásio La Sale, localizado na rua Dr. Paulo César, Santa Rosa, nesta cidade, evento desportivo de luta marcial denominada "Muay Thai", sem, contudo, observar os deveres objetivos de cuidado que lhes eram exigíveis, deixando de fornecer equipamento de segurança aos lutadores, conforme regulamento editado pela Confederação Brasileira de Muay Thai, que exigia o uso de capacete e caneleira para a categoria à qual Adriano Santos Rufino da Paz pertencia. Com essa união de condutas omissivas, em total desacordo com as normas de segurança, os denunciados deram causa à morte de Adriano, que, desprotegido, foi golpeado pelo seu oponente na cabeça, sofrendo traumatismo craniano encefálico, conforme AEC acostado a f. 22 *usque* 23.

Assim, os denunciados, agindo com inobservância dos cuidados que delimitavam o risco da prática desportiva, produziram, negligentemente, o resultado morte que, dadas as circunstâncias, lhes era perfeitamente previsível".

Inconformada, a defesa do acusado Marcelo interpôs apelação, razões doc. 597, postulando, preliminarmente, a declaração da extinção da punibilidade diante do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, a reformada r. sentença para absolver o apelante por ausência de prova ou de culpa.

Contrarrazões do Ministério Público (doc. 606), manifestando-se pelo conhecimento do recurso interposto e, no mérito, pelo seu parcial provimento, tão somente para que seja declarada a extinção da punibilidade.

Parecer da Procuradoria de Justiça doc. 619, opinando pelo provimento parcial do recurso da defesa, tão somente para que seja declarada a extinção da punibilidade.

VOTO

Antes de enfrentar a preliminar de prescrição cabe analisar o pedido prejudicial de absolvição por ausência de provas ou de culpa, pois mais benéfico para o réu.

Trata-se de imputação da prática de crime de homicídio culposo, pois o apelante e o corréu, já falecido, foram responsáveis pela organização de um evento de luta de Muay Thai, evento do qual o adolescente Adriano Santos Rufino da Paz teria participado sem a utilização de equipamentos de segurança e morrido em decorrência de um golpe na cabeça desferido durante a luta. Assim, a conduta culposa imputada ao acusado consiste em ter deixado de fornecer o equipamento de segurança necessário para a prática regular do esporte e em razão de a vítima ter falecido em virtude de um golpe sofrido na cabeça, local que deveria estar protegido pelo equipamento de segurança, qual seja, o capacete.

O Boletim de Emergência (doc. 32) afirma que o paciente, de 15 anos, fora vítima de TCE no dia 03/12/2005, com indicação cirúrgica.

Conforme Ofício do Hospital no qual a vítima faleceu no dia 15/12/2005 (doc. 14), houve "óbito ocorrido em morte violenta ocasionada por TCE (traumatismo crânio encefálico)", descrevendo o documento que o jovem teria sido "vítima de TCE - hematoma subdural - sendo submetido à neurocirurgia (drenagem de hematoma). Evoluiu no pós-operatório com piora evolutiva da troca gasosa, sendo mantido em ventilação mecânica. Apresentou quadro respiratório compatível com SARA (Síndrome de Angústia Respiratória Aguda) e a despeito de toda a terapêutica instituída evoluiu com PCR".

O auto de exame cadavérico (docs. 26 e 27) constatou que a causa da morte foram "complicações clinicas decorrentes de hematoma subdural" e que o instrumento ou meio que produziu a morte foi ação contundente.

Em sede extrajudicial foram ouvidas diversas pessoas, pelo que destaco alguns relatos que ajudaram a esclarecer detalhes do ocorrido:

> Eduardo da Silva Oliveira, o oponente da vítima na luta, disse (doc. 19): "Que no dia da competição após lutar com a vítima foi anunciado o vencedor, tendo o declarante vencido por pontos e não nocaute. Que foi para seu o vestiário e ele para o dele. Que ao sair do vestiário lhe foi informado que seu adversário estava passando mal. Que haviam médicos no local que imediatamente o levaram para o hospital. Que não sabe o motivo que seu adversário estava passando mal. Que na luta não houve nenhum tipo de golpe diferente do normal, tendo sido muito equilibrada. Que soube da morte de Adriano no dia seguinte de seu óbito. Que Adriano ficou aproximadamente dez dias internado. Que leu no jornal diversas *causa mortis*, não sabendo qual é a correta. Que não foi autor do homicídio de Adriano, só tendo lutado com ele conforme as normas da competição. Que não sabe nem conhece o organizador do evento, tendo apenas sido chamado por seu professor Reinaldo. Que luta há um ano e seis meses. Que nunca havia ouvido falar em mortes nesses – eventos".
>
> Damião Reinaldo de Araújo, o professor do oponente da vítima, disse (doc. 21): "Que por ser da Confederação Brasileira de Muay Thai recebeu o convite em sua academia para alistar lutadores para competir. Que para esse evento foram inscritos três lutadores (dois professores e um aluno - Eduardo). Os lutadores são selecionados pelo peso e pelo nível. Que em razão disso a Vítima fatal e Eduardo tinham o mesmo, peso e o mesmo nível. Que só soube que a vítima era menor após o seu óbito, não

sabendo como são as regras em relação, a isso. Que o alistamento não se referia a idade. Que não viu a luta de Eduardo com a vítima fatal, pois nesse momento estava em concentração, tendo em vista que sua luta seria logo após. Que chegou a ver o DVD com a luta e analisou que esta foi muito equilibrada. Que só soube do óbito de Adriano pelos jornais, sabendo apenas no dia que ele havia passado mal. Que após a luta Adriano ainda deu uma entrevista pedindo a revanche. Que foi a primeira vez que, soube de um caso semelhante, onde a pessoa após lutar passou mal e veio a óbito. Que não houve nenhum golpe diferente do normal nessa luta".

O acusado Marcelo Oliveira Aguiar, em suas primeiras declarações extrajudiciais (docs. 55/56), disse "Que é professor de Muay Thai desde 1990; que é proprietário da academia M2; que organizou o evento junto com o professor Luiz Alves da academia Box Thai e Presidente da Confederação Brasileira de Muay Thai; que o evento foi comunicado aos órgãos competentes; que houve auxílio-médico da SAMU, havendo no local uma ambulância; que do lado do ringue havia médicos baseados; que as lutas foram realizadas com árbitro qualificado e preparado para no caso de haver um desequilíbrio na luta, interrompê-la; que há uma gravação de vídeo da luta, mostrando como a luta foi equilibrada e uma entrevista da vítima dizendo que iria treinar mais e que na próxima luta venceria; que as lutas são marcadas por categoria de peso e de graduação e no caso em tela os lutadores eram estreantes; que as lutas foram selecionadas de acordo com peso e graduação; que o lutador, vítima neste IP era da academia *Champions Factory*; que o professor responsável por esta academia é Artur Mariano; que antes da luta foi feito contato com Artur o qual tomou ciência do atleta que iria lutar com a vítima e concordou havendo também a anuência da vítima; que o irmão da vítima Edson dos Santos, maior de idade, participou do evento e tinha ciência da luta de seu irmão; que para o organizador do evento o responsável pelo atleta é seu professor o qual faz contato com este e com seu responsável para comunicar e autorizar sua participação no evento".

Luiz Alves Mesquita, corréu já falecido, disse (docs. 58/59): "Que é Professor de Artes Marciais e Presidente da Confederação Brasileira de Muay Thai; que sobre o campeonato onde ocorreu o fato ora apurado recebeu uma solicitação do organizador do evento para realizá-lo; que nesta solicitação vinha o nome do campeonato a data e local do evento; que nesta solicitação não vinha os nomes dos atletas que iriam participar; que só recebe os nomes dos participantes do evento após a realização através de um relatório que é entregue a Confederação; que estava presente na competição; que só soube da luta envolvendo um atleta menor de idade com um maior de idade após a realização do evento; que não é fato comum haver lutas entre menores de idade e maiores de idade; que pela regra da Confederação não pode haver lutas entre menores e maiores de idade, que as categorias são separadas pelo peso e não pela idade; que o declarante assistiu a luta onde o atleta veio a falecer posteriormente; que a luta foi muito equilibrada e não havia diferença de peso ou de nível entre os lutadores; que esta luta foi vencida por pontos; que a luta em questão, foi acordada entre os técnicos dos lutadores e, com a anuência deles; que o irmão do lutador, vitima, também é atleta e participou da competição".

Wanderson Santos Coutinho disse em sede policial (docs. 60/61): "Que o declarante comparece a esta UPJ na qualidade de testemunha

dos fatos ora em apuração no presente inquérito policial: que, o declarante é professor de Boxer Tailandês na academia M2 desde 2001; estando esta localizada na rua João Pessoa n° 350 em Icaraí; que, o depoente ajuda na organização de eventos esportivos tanto dentro como fora da citada academia; que, com relação ao evento realizado no La Salle no dia 03/12/2005, tem a declarar que vários atletas foram convocados pela Confederação Brasileira de Muay Thai para participarem; que, o declarante somente participou no momento da locação do ginásio La Salle para o citada competição, não tendo treinado nenhum atleta para participação da mesma; que, o declarante não conhecia o atleta Adriano, como também o Eduardo; que a luta casada entre os atletas Adriano e o Eduardo, foi escolhida pela Confederação, tendo inicialmente sendo autorizado a participação no evento pelos respectivos professores, após feita uma análise levando em consideração o peso do atleta; que o declarante tem conhecimento que ambos os lutadores possuíam pesos idênticos; razão pela - qual foi autorizado o combate entre ambos; que, o declarante assistiu parte da luta e pode observar que tudo transcorria na mais perfeita normalidade, sendo uma disputa equilibrada e tendo sido respeitadas todas as normas estabelecidas pela Confederação Brasileira; que o declarante ficou surpreso com o resultado que culminou na morte do Adriano, tendo em vista que o mesmo após a luta, deu até uma entrevista à TV por assinatura que se encontrava no local, se mostrando estar bem após o combate, tendo apenas passado mal após uns 30 minutos do término da luta; quando então o Adriano começou a se queixar de falta de ar e tonteira, momento em que foi socorrido pelos paramédicos da SAMU, que estavam presentes no local e o transportaram para o hospital Azevedo Lima; que, o responsável pela avaliação física do aluno é o seu professor e acredita o declarante, que a vítima Adriano foi avaliado pelo professor Arthur Mariano da Academia *Champions Factory*, momento em que dado o OK pelo instrutor, o Adriano estava apto a participar do evento realizado pela academia M2; que, o declarante acredita que tudo não passou de uma fatalidade, pois não observou NADA de anormal no combate entre os supra citados atletas; que , o fato do Adriano ser menor de idade, em nada implica na autorização para o combate com um adversário maior, pois o parâmetro de avaliação é sempre o peso do atleta, e não a sua idade, desde que exista concordância de ambas as partes".

Therezinha dos Santos Gonçalves, mãe da vítima, disse em sede policial (docs. 81/82) "que ADRIANO era seu filho e que o mesmo praticava capoeira com o irmão desde mais ou menos os 12 anos. Que ADRIANO começou a praticar Muay Thai mais ou menos quatro meses antes de falecer, mesmo a declarante dizendo que não gostava desse esporte. Que sabia que ADRIANO frequentava a academia para esse esporte, mas não sabia nada sobre torneios. Que no dia do fato, ADRIANO comunicou a declarante que viria para assistir a luta do irmão, junto com alguns colegas. Que a declarante não teve coragem de assistir o DVD da luta, e que ninguém da organização a procurou para assinar autorização para a participação de ADRIANO no evento. Que tem uma testemunha que presenciou a demora na ambulância para socorrer ADRIANO, não se recordando o nome, mas se compromete a entregar a intimação. Que ADRIANO ficou internado por 13 dias no HEAL".

Edson dos Santos Gonçalves, irmão da vítima e lutador que participou do mesmo evento, disse em sede policial (docs. 83/84): "que com-

parece nesta DP e esclarece que é instrutor de artes marciais desde 2000. Que ADRIANO começou no esporte com a capoeira com 13 anos. Que havia quatro meses que ele estava na Academia *Champions Factory* lutando Muay Thai em uma equipe. Que ele foi se destacando e participava de eventos dentro da própria academia, torneios internos. Que o declarante foi convidado para o torneio de Niterói e que ADRIANO veio o acompanhando para assistir a luta, mas que não estava inscrito para o torneio. Que o declarante soube que ADRIANO subiu no ringue para lutar quando estava se aquecendo no vestiário e ficou surpreso, porque todo atleta para lutar tem que ser maior de idade e assinar um termo de responsabilidade. Como ADRIANO não estava inscrito, pode ter acontecido um "desafio", isto é, algum lutador sobe ao ringue e desafia e com isso a pessoa interessada vai na organização, para se pesar e ver se está apto a participar do evento. Que menor não pode lutar, que eles apenas participam da abertura e mesmo assim só com autorização dos pais. Que o declarante viu a fita com a gravação da luta, e não viu nenhum golpe traumatizante. Que a luta de Muay Thai é agressiva, com joelhadas, chutes em todas as partes do corpo, socos e etc. Que os lutadores são selecionados por peso, graduação e idade. Que a organização do evento tem que ter o termo de responsabilidade assinado pelo atleta, se for maior e se for menor a autorização dos pais. Que em entrevista ao SportTV o Presidente da Confederação e organizador do evento, já sabendo que ADRIANO havia sido levado para o hospital, disse que a organização e a parte médica haviam deixado a desejar. Que o declarante se compromete a trazer o DVD com a filmagem da luta, assim como da entrevista ao SportTV".

Raphael Luis Fernandes da Silva disse em suas declarações extrajudiciais (docs. 89/90): "que comparece nesta DP e esclarece que treinou na Academia *Champions Factory* por aproximadamente um mês, junto com ADRIANO, mas que ficou impossibilitado de continuar devido ao horário de trabalho. Que no dia do fato acompanhou ADRIANO e o irmão dele EDSON para o campeonato que iria ser realizado no La Salle. Que apenas EDSON iria competir. Que o declarante e ADRIANO vieram apenas para assistir. Que chegaram cedo ao local, tendo em vista que EDSON teria que fazer aquecimento. Que a organização do evento não deixou o declarante e ADRIANO entrarem antes do horário, por não serem atletas que participariam do evento. Que ficaram esperando ARTHUR, o professor da academia chegar, para que pudessem entrar. Que o declarante se ausentou para comprar um lanche e ao retornar, viu ADRIANO se aquecendo para lutar, e que ficou sem entender o motivo que o levou ao ringue. Que assistiu toda a luta, e reparou que em um golpe, ou seja, na hora que o adversário de ADRIANO deu uma canelada na cabeça de ADRIANO, percebeu que ADRIANO ficou meio tonto, mas voltou e continuou lutando. Que a luta não foi interrompida em nenhum momento. Que ao terminar a luta ADRIANO foi entrevistado pela SportTV, e assim que acabou foi para o vestiário, onde o declarante foi cumprimentá-lo. Que várias pessoas estavam no vestiário, alunos da academia, os dirigentes do evento. Que de repente ADRIANO desmaiou e que chamaram a ambulância do SAMU. Que levaram ADRIANO para a ambulância e que ele estava completamente apagado e o olho dele estava virado. Que aguardaram mais ou menos 1 hora para saírem com a ambulância do evento. Dentro desse tempo os dirigentes do evento não permitiram que a ambulância saísse, porque poderiam precisar para atender mais alguém. Que os enfermeiros da SAMU ficaram ligando para vários hospitais para con-

seguir uma vaga. Que ARTHUR queria socorrer ADRIANO com o seu carro particular, mas não permitiram. Que o declarante acompanhou a ambulância junto com ARTHUR, e que o declarante telefonou para a mãe de ADRIANO avisando que ele estava machucado. Que no hospital da PM, foi feita uma tomografia, e depois ele foi transferido para o Hospital Azevedo Lima".

Artur Mariano de Souza, treinador da vítima, disse em sede policial (docs. 99/101): "que comparece nesta DP e esclarece que EDSON, levou seu irmão ADRIANO para a academia *CHAMPIONS FACTORY* para ter aulas com o declarante de MUAY THAI. Que ADRIANO estava na academia praticando há mais ou menos 4 meses. Que MARCELO AGUIAR foi o promotor do evento. Que a academia foi contatada por MARCELO para saber do interesse em participar com os atletas. Que o declarante é o representante da academia *CHAMPOINS FACTORY,* que é filiada a Confederação Brasileira de Muay Thai. Que quando MARCELO entrou em contato com o declarante, ele informou aos atletas para saber quem estava interessado a participar do evento. Que no caso de ADRIANO, apesar de ser menor, poderia lutar desde que fosse dentro da sua faixa etária. Que a inscrição dos atletas da academia foi feita pelo declarante por telefone, já que ADRIANO se mostrou interessado e ele tinha muito potencial na luta. Que sempre que ocorre os eventos, os atletas sabem quem são os atletas que irão participar. Que EDSON sabia que ADRIANO iria lutar, tanto é que treinava com ele. Que é praticamente impossível os atletas desconhecerem quem são os participantes das competições. Que a pesagem foi feita na academia BOXE THAI um dia antes do evento e EDSON foi junto com ADRIANO para pesar. Que o declarante não estava no momento da pesagem, mas nesse dia é que os atletas conhecem os seus adversários, e ficam cientes de que estão no mesmo nível. Que o que conta na hora da inscrição é o peso, graduação e idade. Que o normal é o promotor, no caso, MARCELO enviar uma carta pedindo uma autorização do responsável, no caso do atleta ser menor. Que o declarante não viu essa autorização, mas como o irmão dele, EDSON, também estava participando, com certeza autorizou verbalmente. Que o declarante assistiu a luta e que a mesma foi muito equilibrada e não muito agressiva. Que ADRIANO merecia a vitória. Que após a luta ADRIANO deu entrevista e foi para o vestiário. Que após a luta de ADRIANO, o declarante ainda assistiu outra luta de um atleta da academia, e ao término, alguém o avisou que ADRIANO estava passando mal no vestiário. Que ao chegar ao vestiário, ADRIANO chegou a falar com o declarante que não estava conseguindo respirar direito. Que com isso o declarante pediu para chamarem os médicos, e o levaram para a ambulância e o colocaram em coma induzido. Que o socorro foi muito rápido, os médicos ligaram para diversos hospitais, para saberem onde teriam condições de fazer o exame necessário. Que o declarante em nenhum momento viu Adriano se debatendo dentro da ambulância e que não pediu para socorrê-lo em seu carro, porque não havia necessidade, já que a ambulância estava tomando todas as providências necessárias. Esclarece que a mãe de Adriano estava ciente que ele iria lutar, e que inclusive ela disse ao declarante que iria ao evento para assistir a luta. Que o declarante está sendo processado pelo pai, mãe, 2 irmãos e uma irmã de Adriano, no total 4 processos, todos querendo indenização. Que o declarante não foi responsável, que apenas informa aos atletas dos eventos e diz ao promotor quem tem condições ou não para lutar. Que mesmo havendo interesse do atleta, se ele não tem condições, é informado

ao promotor e ele fica impedido de lutar, mas como ADRIANO tinha todas as condições, e mostrou interesse, o declarante passa os dados, como peso, idade e graduação para o promotor e o promotor fica encarregado de fazer o casamento da luta, para que seja do mesmo nível do atleta".

O inquérito policial ainda foi instruído com os seguintes documentos:

- Notícia de um sítio eletrônico sobre o evento veiculada em 25/11/2005, poucos dias antes do evento, informando 11 lutas, sendo que o nome da vítima e de seu oponente não constavam no elenco de lutas informadas (doc. 36).

- Resposta de ofício da Secretaria Municipal de Esportes de Niterói informando que o evento era de responsabilidade do Prof. Marcelo Aguiar a quem coube todo o processo de planejamento, inscrição de participantes e realização do evento. A Secretaria Municipal ofereceu apenas apoio institucional encaminhando solicitações para a Guarda Municipal, para a Polícia Militar, para a SAMU, solicitando UTI móvel no local, e para a Fundação Municipal de Saúde, pedindo o acompanhamento do evento por um médico (doc. 47).

- Tabela com as lutas casadas do evento, onde consta o nome da vítima e de seu oponente e o peso idêntico de ambos (doc. 50).

- Ofício assinado pelo réu pedindo autorização para a Confederação Brasileira de Muay Thai para realização de um evento de doze lutas casadas e informando que haveria assistência de equipe médica para assegurar a integridade física dos atletas (doc. 48), com a resposta da Confederação autorizando a realização do evento (doc. 49).

Na conclusão do IP, a autoridade policial afirmou que as declarações extrajudiciais indicavam que a luta havia ocorrido dentro das regras do esporte, tendo a competição se dado de forma equilibrada, e nesse sentido foi a manifestação do *parquet* pelo arquivamento do IP (doc. 119), afirmando-se que eventual responsabilidade civil pela permissão da luta pelo menor sem autorização dos pais deveria ser apurada na esfera cível.

O inquérito policial foi arquivado, consoante doc. 120, mas foi depois desarquivado com a promoção que consta no doc. 135, sob o argumento de que a ausência de utilização do equipamento era prova nova e a luta teria transcorrido com violação às regras da luta, pois a vítima e seu oponente não faziam o uso de dois dos equipamentos obrigatórios para atletas estreantes, quais sejam, caneleira e capacete.

Foram juntadas as regras para a realização das lutas de Muay Thai segundo a Confederação do estilo marcial, docs. 146/153, consoante informação obtida no *site* da Confederação.

Novamente ouvido em sede extrajudicial, o apelante Marcelo Oliveira Aguiar disse (doc. 156): "Que comparece a esta Central de Inquéritos, em atendimento a solicitação, da 5ª PIP, vindo a esclarecer que a vítima do inquérito em questão, Adriano dos Santos Rufino da Paz, foi inscrito através de telefone por seu professor Arthur Mariano de Souza. Que normalmente o declarante ligava para as academias perguntando se algum aluno gostaria de participar e os professores indicam, ainda por telefone, quem, participaria. Que, tem certeza que Adriano participou desta seleção, pois o mesmo apresentou-se no dia anterior a luta na Confederação Brasileira de Muay Thay para o procedimento de pesagem e formação das duplas. Que Adriano compareceu para pesagem acompanhado de seu irmão Edson dos Santos; Que naquele ato estavam presentes todos os lutadores que, iriam, participar do evento, assim como todos os treinadores e do Presidente da Confederação Luiz Alves Mesquita. Que pode confirmar que Adriano estava previsto

para o evento através do panfleto divulgado para a competição que consta o nome e a fotografia da vítima. Que não possui este panfleto, mas assegura que Arthur Mariano poderá apresenta-lo. Que o panfleto anexado a f. 20 dos autos apensados foi o primeiro confeccionado, que posteriormente foi confeccionado outro panfleto onde constam as lutas estreantes e as lutas femininas. Que era feito pelo declarante e por Luiz, uma relação com a ordem que aconteceriam as lutas e esta relação era enviada para os treinados, que a relação da luta em questão encontra-se apensada a f. 43 dos autos, onde consta o nome de Adriano dos Santos como o segundo lutador a entrar no ranking. Que não entende o porquê do irmão da vítima afirmar que Adriano não estava inscrito, pois o mesmo o acompanhou em todos os eventos. Que sabia que a vítima era menor, contudo durante a formação dos pares foi designado um competidor dentro do perfil de Adriano. Que o que caracteriza a formação de pares é a categoria a qual pertence o lutador. Que no caso em questão ambos eram estreantes. Que a responsabilidade pelo lutador era do treinador, por este motivo não fez nenhum contato para autorização com os pais de Adriano. Que normalmente este não era um procedimento de praxe, porém atualmente é solicitada uma autorização por escrito dos pais assim como uma declaração responsabilidade dos participantes. Que por ser um campeonato aberto, pelas regras da Confederação a época dos fatos, não era exigido o uso de equipamentos de proteção. Que nenhum, lutador utilizou equipamentos de proteção para realização das lutas. Que as regras foram alteradas a partir do ano corrente. Que as regras que constam apensadas a este auto (f. 131 a 134) já são as novas regras da Confederação Brasileira Muay Thai, órgão que autorizou a realização do evento, e as demais (f. 135 a 137) são as regras da Confederação Brasileira de Muay Thai Tradicional, diferentemente da qual pertence".

Artur Mariano também foi ouvido de novo extrajudicialmente, agora perante o Ministério Público, dizendo (doc. 159): "Que comparece a esta Central de Inquéritos em atendimento à solicitação da 5ª PIP, vindo a declarar que a vítima do inquérito em questão, Adriano dos Santos Rufino da Paz, estava inscrito na competição, conforme consta na cópia do folder promocional da luta, onde constam a fotografia e o nome de Adriano dos Santos. Que este folder foi o segundo a ser divulgado, já incluindo as demais lutas que não constava no primeiro. Que este folder foi distribuído antes e durante o evento. Que o declarante anexa esta cópia ao presente procedimento, assim como uma cópia de fotografa tirada no trajeto de barca para Niterói no dia do evento. Que Adriano é o rapaz mais alto da fotografia em pose lutador, sendo esta fotografia feita pela namorada de Edson, que também estava presente no evento. Que embora não tenha uma autorização por escrito da família de Adriano para que o mesmo participasse do evento, o declarante pode afirmar que toda família estava ciente, pois Edson e Adriano treinaram na academia em que o declarante era o professor. Que a mãe de Adriano iria assistir a competição, mas que por motivo desconhecido ao declarante acabou não comparecendo. Que Adriano antes de entrar para academia do declarante já havia participado de outra competição por outra academia, que o declarante viu a filmagem desta competição. Que a namorada de Edson, Mônica Ferreira, telefone celular nº 9595-2094, pode testemunhar que Adriano foi a competição para participar, assim como todos os outros lutadores que se encontravam no evento. Que não houve a situação alegada por Edson de "desafio ", pois os desafios são feitos para a competição seguinte e não imediata e apenas em eventos profissionais. Que Edson alegou em declarações que estava se aquecendo quando Adriano iniciou a luta, porém este procedimento também foi feito por

Adriano, portanto ambos estavam no mesmo vestiário. Que não estava presente na etapa de pesagem dos atletas, ocorrida um dia antes da competição, mas pode afirmar que Adriano foi acompanhado do irmão para realizar a pesagem. Que naquela época não era obrigatório o uso de equipamentos de proteção para eventos abertos, ou seja, não são válidos para contagem de pontos na Confederação. Que não possui as regras que eram vigentes naquela época. Que a família de Adriano moveu quatro processos contra o declarante, cada um em nome de um membro da família e mais quatro contra a Confederação, todos na tentativa de obter lucro financeiro. Que em Juízo todos os processos foram juntados em um único procedimento, pois todos eram exatamente iguais, estando atualmente em fase de conclusão. Que o irmão de Edson ainda é aluno do declarante, sendo atual Vice-Campeão Brasileiro e Campeão Brasileiro em 2007 em Muay Thai. Que não entende porque Edson afirmou que Adriano não estava inscrito e que a família não tinha conhecimento, pois tais fatos podem ser comprovados por várias pessoas que acompanharam as seleções".

Panfleto do evento acostado docs. 161/162.

Em juízo foram renovadas as declarações de algumas testemunhas.

Edson dos Santos Gonçalves, irmão da vítima, disse em juízo, conforme termo que consta a f. 227/228, que "é atleta de Muay Thai, assim como a vítima; que esta tinha 16 anos na época dos fatos; que a competição se realizou no Colégio Salesianos em Niterói; que a competição era organizada por Marcelo Aguiar e com autorização da Confederação Brasileira de Muay Thai; que na época Luiz Alves era o presidente da Confederação; que na competição só foi usado protetor bucal e luvas; que não sabe informar se, na época na competição, havia regulamento no sentido de usar equipamento de proteção sendo que hoje é necessário; que é o organizador que "casa" as lutas mas não sabe dizer se foi por idade; que na época do evento a vítima treinava Muay Thai há 01 ano e 07 meses; que não sabe se havia discrepância técnica entre a vítima e o seu adversário, sendo que aparentavam ambos ter a mesma idade; que houve a luta; que após a luta a vítima ficou bastante estressada o que ensejou a vinda de médicos sendo que, posteriormente, foi para a ambulância; que o estresse ocorreu em virtude de a vítima achar que tinha ganho a luta; que a vítima recebeu vários golpes durante a luta mas que todos foram normais, na cabeça inclusive; que não houve autorização dos pais da vítima no sentido de que o mesmo lutasse; que acredita que foi a academia que fez a inscrição da vítima Adriano; que 01 ano do acidente para cá nas competições é obrigatório o uso de equipamentos de segurança; que a vítima não tinha problemas de saúde; que o acusado estava presente no evento no dia dos fatos, assim como Luis Alves; que, após a luta da vítima, o evento continuou; que, pelo que foi dito ao depoente, a ambulância com a vítima não podia sair antes do término do evento e, assim, a vítima ficou 20 minutos dentro da ambulância; que não sabe dizer se havia médicos, mas que havia enfermeiros no evento; que a vítima ficou no hospital por aproximadamente 15 dias, no CTI; que a vítima já tinha lutado campeonato, mas dentro da própria academia; que a vítima foi operada na cabeça pois teve traumatismo craniano e depois que o dreno foi retirado houve uma hemorragia cerebral o que causou a morte".

Raphael Luis Fernandes da Silva, testemunha dos fatos, disse em juízo, consoante f. 229/230, que "presenciou os fatos; que foi com a vítima e outras pessoas para assistir a luta; que não sabia que a vítima iria lutar; que foi assistir a luta do irmão da vítima; que a luta da qual participou a vítima "foi arrumada" na hora; que a vítima levou um chute na cabeça; que ao término da luta a vítima saiu normalmente do ringue e chegou a

dar uma entrevista ao Premier Combat; que ao chegar a uma sala a vítima começou a passar mal, dizendo que tinha que ter ganhado a luta, ficou muito agitado, colocou a mão na cabeça e desmaiou logo a seguir; que a luta da vítima foi a primeira; que levaram a vítima para a ambulância sendo que a mesma ficou na ambulância por aproximadamente 01 hora e meia pois o organizador do evento Marcelo não permitia que a ambulância saísse, pois estavam ocorrendo outras lutas; que a vítima começou a ter contrações na ambulância de 15 em 15 minutos e tinha os olhos virados aparentando ter sofrido um choque; que o organizador do evento Marcelo tinha ciência dos fatos; que o Mestre Artur quis levar a vítima para dentro do carro sendo que não foi permitido pela ambulância; que na ambulância só havia enfermeiros; que depois a vítima foi para o hospital público de Niterói onde aguardou por mais uma hora atendimento; que, posteriormente, a vítima foi transferida para o Hospital da Polícia; que a vítima ficou aproximadamente 01 semana internada; que a vítima só usou luvas, não tendo usado protetor de cabeça ou caneleira; que hoje se faz necessários o uso de caneleira e protetor de cabeça para lutas de Muay Thai; que ninguém da família deu autorização para a vítima lutar; que o lutador era mais forte que a vítima e tecnicamente melhor; que durante a luta a vítima sofreu vários chutes sendo que um chute na cabeça chamou a atenção do depoente acreditando ter sido falta; que houve vários rounds; que não sabe se o acusado Luís Alves participou da escolha das lutas; que, durante o atendimento da vítima na ambulância, o acusado Luís Alves não estava ali presente. Em seguida, foi dada a palavra à defesa, que perguntou diretamente ao depoente tendo o mesmo respondido que: o acusado Luís Alves organizava vários eventos sendo que em Niterói era o primeiro; que não conhecia o acusado Marcelo; que não é lutador de Muay Thai".

Eduardo da Silva Oliveira, testemunha dos fatos, disse em juízo a f. 231/232 que: "participou do evento e lutou contra a vítima Adriano; que a luta foi equilibrada; que a depoente, assim como a vítima, só usaram protetor bucal, genital e luvas; que ficou sabendo que ia participar do campeonato 15 dias antes; que, na época da luta, o depoente tinha 18 anos; que não era do conhecimento do depoente que era obrigatório o uso de equipamentos de proteção; que já tinha participado de outros torneios antes; que foram os réus que organizaram o campeonato; que não teve contato com os organizadores do evento; que durante a luta a vítima sofreu um chute forte na cabeça no primeiro round, tendo a vítima caído, tendo sido aberta contagem e a vítima levantou no sete e continuou lutando mais os outros dois rounds; que a vítima terminou muito mal o primeiro round, sendo que nos dois outros rounds foi bem mas o depoente conseguiu sentir que o mesmo estava um pouco tonto; que a vítima terminou bem a luta e ficou com uma mancha roxa na maça do rosto do lado esquerdo, local em que recebeu o chute; que, ao término da luta o depoente foi ao vestiário e, ao sair do mesmo, soube pelos seus companheiros que a vítima estava passando mal; que havia uma ambulância no local mas não sabe se havia médicos; que ficou sabendo do óbito da vítima 20 dias após a luta; que não sabe falar se houve mudança na Confederação obrigando o uso de capacete pois o depoente parou de lutar; que o depoente pesava 70 kg e a vítima 71 kg antes da luta; que o depoente treinava 02 anos e meio antes da luta; que não conhecia a vítima anteriormente. Em seguida, foi dada a palavra à defesa, que perguntou diretamente ao depoente tendo o mesmo respondido que: a vítima, após a luta, disse no canal Premier que a luta tinha sido equilibrada e queria revanche; que não sabe se a vítima foi levada imediatamente ao hospital; que quando subiu do vestiário soube que a vítima tinha sido encaminhada ao hospital. Pela Juíza foi perguntado, em esclarecimentos, tendo a o depoente

respondido: que a vítima e o depoente eram faixas-vermelhas; que o depoente tinha 1,84m; que o depoente tinha a mesma altura ou era um pouco mais alto; que os critérios utilizados para "casar" a luta era peso e graduação".

O pai da vítima, Luiz Rufino da Paz, disse em juízo, conforme f. 233, que: "não presenciou o campeonato; que só soube do ocorrido quando a vítima já estava no hospital; que não sabe o que ocorreu; que a vítima treinava Muay Thai há mais de três meses; que não sabia que a vítima iria participar do campeonato, nem teve qualquer autorização nesse sentido; que pelo que soube a vítima lutou sem proteções; que a vítima era saudável e nunca tinha sido internado; que a vítima tinha 15 anos; que não conhece os réus; que ninguém procurou o depoente oferecendo ajuda. Em seguida, foi dada a palavra à defesa, que perguntou diretamente ao depoente tendo o mesmo respondido que: a vítima não fazia nenhuma outra luta antes de lutar Muay Thai; que a vítima era forte e saudável e tinha 1,83 metro de altura".

A mãe da vítima, Terezinha dos Santos Gonçalves disse em juízo, consoante f. 234, que: "não estava presente no campeonato; que recebeu um telefonema dizendo que o seu filho estava muito mal no hospital; que o filho da depoente estava há 04 meses treinando; que não sabia que a vítima iria participar do torneio; que os pais da vítima não deram autorização para que a mesma lutasse; que no telefonema foi dito que a vítima estava internada no Hospital da PMERJ; que a vítima foi submetida a cirurgia e foi entubada, tendo ficado no CTI; que não conhece o acusado; que não recebeu nenhuma ajuda pela Confederação Brasileira de Muay Thai nem por partes do acusado. Em seguida, foi dada a palavra à defesa, que perguntou diretamente ao depoente tendo o mesmo respondido que: a vítima lutava capoeira e era estudante; que a vítima não tinha problemas de saúde e era bastante saudável".

O treinador da vítima, Artur Mariano de Souza, disse em juízo, conforme f. 235/236, que: "estava presente nos eventos em que a vítima faleceu; que a vítima treinava há 04 ou 05 meses com o depoente, mas que veio de outra academia; que o evento foi organizado pelo primeiro acusado que este não exercia nenhuma função da Confederação Brasileira de Muay Thai; que o responsável pela federação era o segundo acusado; que a luta foi equilibrada; que o combate foi normal, sem agressividade; que ambos os lutadores poderiam ser ganhadores; que não se recorda se a vítima sofreu um golpe mais forte e se a nock dawn; que, no término da luta, a vítima saiu chorando e deu uma entrevista ao canal Premier Combat; que a luta foi "casada" pelo promotor da luta, o acusado Marcelo; que foi feito um pôster com a vítima e o seu adversário Eduardo para a promoção do campeonato; que na época não havia regulamentação obrigando os lutadores a usarem proteção; que em virtude do evento a Confederação exige a presença de proteção na luta; que em alguns países a luta não tem proteção; que, quando ficou sabendo que a vítima não estava passando bem, foi até o seu encontro, oportunidade em que a vítima disse: "mestre não estou enxergando"; que chamaram o médico que disse que a vítima estava com a pupila dilatada e teria que ir ao hospital para ser entubado; que a ambulância saiu imediatamente, tendo a vítima sido entubada dentro da mesma; que o acusado Marcelo não determinou que a ambulância aguardasse o término do evento; que o depoente ofereceu seu carro para Adriano sendo que o médico não autorizou; que não se recorda se o acusado Luis Alves acompanhou Adriano; que a vítima e o seu adversários eram muito parecidos; que tecnicamente não havia diferença e a luta foi equilibrada; que a vítima já havia participado de torneios anteriormente; que não sabe se, na época dos fatos, havia necessidade de autorização para menores lutarem;

que a autorização é normalmente cobrada pelo promotor do evento no dia dos fatos; que foi proposta ação cível em face do depoente pelos pais e familiares da vítima; que a vítima não tinha problemas de saúde e amava lutar Muay Thai".

A testemunha Mônica Ferreira disse em juízo, conforme f. 237/238, que: "na época dos fatos era namorada de Édson; que era namorada do irmão da vítima e tinha o hábito de acompanhá-lo nas lutas; que viu uma luta normal e houve agressividade de ambas as partes; que a vítima estava bem, depois da luta; que a vítima no vestiário estava sentado e começou a passar mal; que a depoente foi chamada para ir até o local; que foi até o local e viu a vítima deitada e soube por terceiros que a vítima começou a gritar que a vista estava doendo; que viu Adriano ser levado pela ambulância; que não sabe quanto tempo a ambulância demorou para sair; que não conhece o acusado Marcelo e não conhecia o acusado Luis Alves na época dos fatos; que não viu nenhum atleta utilizando proteção; que a vítima era menor de idade na época da luta; que não sabe dizer se houve autorização dos pais da vítima para que a mesma lutasse; que a pesagem se deu no dia anterior da luta; que a luta foi "arrumada" no dia da pesagem; que Adriano era um rapaz saudável; que não praticava Muay Thai na época dos fatos, mas hoje pratica, sendo que nos dias atuais é necessária o uso de material de proteção; que foi a primeira luta da vítima assistida pela depoente. Em seguida, foi dada a palavra à defesa, que perguntou diretamente ao depoente tendo o mesmo respondido que: Edson presenciou a luta; que os pais da vítima sabiam que a mesma lutava".

A testemunha de defesa Wanderson Santos Coutinho disse em juízo, conforme fls. 256, que: "participou da organização do evento durante o qual os fatos ocorreram; que nos eventos de muay thai não se cobra o uso de capacete e apenas de tornozeleiras e luvas; que a luta da qual a vítima participou foi uma luta normal na qual em alguns momentos ele esteve à frente; que após o embate ela deu entrevistas e estava bem, mas aproximadamente 30 minutos depois começou a passar mal; que havia uma ambulância no local com paramédicos e ela foi prontamente atendido e levado ao hospital; que posteriormente soube do óbito da vítima; que chegou a acompanhar a família da vítima no hospital e, pelo que sabe, a vítima foi operada com sucesso e faleceu em razão de uma infecção hospitalar".

Realizado exame indireto de prontuário médico e de auto de exame cadavérico da vítima para se buscar possível causa superveniente que possa ter contribuído para o óbito, o parecer técnico, acostado no doc. 521, concluiu que "Adriano Santos Rufino da Paz faleceu em decorrência de complicações pulmonares pelo uso da ventilação mecânica indispensável para manutenção de sua vida durante seu tratamento no estado de coma pela lesão cerebral e pela hemorragia intracraniana após o traumatismo craniano contuso".

O apelante, Marcelo Oliveira Aguiar, interrogado em juízo, disse que ele e seu professor, Luiz Alves, que era o outro acusado, mas que já faleceu, sendo que à época Luiz Alves era o presidente da confederação, eles organizaram um evento de Muay Thai em Niterói, um evento de lutas casadas, com um aluno de uma academia e outro aluno de outra academia. Disse que o Luiz Alves era o mestre de todos, o mestre de todos os professores, e que os professores escolheram alguns alunos para lutarem nesse evento. Disse que eram oito ou nove lutas casadas com alunos de diferentes academias. Afirmou que não era um evento oficial da confederação, não fazia parte do calendário da confederação, era um evento que ele, o declarante, e o Luiz Alves patrocinaram. Esclareceu novamente que eram lutas casadas, um aluno de uma academia contra outro aluno de outra academia que eram escolhidos. Disse

que em uma dessas lutas, a luta do Adriano, ele levou um chute durante a luta, caiu e levantou na mesma hora, continuou lutando, foi até o final da luta, acabou perdendo a luta por pontos. Disse que Adriano saiu da luta normalmente, deu uma entrevista, depois da luta, para uma rede de televisão, falando que tinha perdido, mas que na próxima ele ia ganhar, que ele estava muito bem. Afirmou que Adriano saiu do ringue e ficou do lado de fora, sendo que uns vinte minutos depois, Adriano começou a passar mal, a ambulância o pegou na mesma hora e o levou para o hospital. Disse que Adriano ficou internado, mas depois veio a falecer. Afirmou que Adriano não morreu em razão do golpe em si, mas sim porque ele pegou uma infecção no hospital e veio a falecer em razão da infecção. Disse que Adriano não era aluno da sua academia, mas sim aluno do Arthur Mariano, um outro professor do Rio. Disse que a sua academia, na época, era a Coliseu. Olhando para o cartaz do evento, disse que Adriano lutou com Eduardo Oliveira. Esclareceu que os dois eram iniciantes e que não tinham lutado ainda. Reiterou que nenhum dos dois tinha lutado. Disse que ele, o declarante, e seu professor Luiz Alves, que já faleceu, que organizaram. Perguntado se tinham os equipamentos de segurança básicos, disse que essas lutas não eram um evento da federação, mas sim lutas casadas, então eles que estabelecem as regras, sendo que, de acordo com essas regras, não era para usar protetor de cabeça, nem caneleira, nem nada. Esclareceu que no Muay Thai há vários tipos de competições, podendo usar ou não o protetor, sendo que essas lutas eram sem protetor. Disse que todos os professores sabiam, que as regras foram feitas todas de acordo com os professores, e que os dois professores das duas academias concordaram. Disse que ele, o declarante, é faixa preta dessa arte marcial, que na época já era faixa preta havia muito tempo. Perguntado se acha apropriado que uma pessoa, que nunca tinha lutado em uma competição, fosse lutar sem esse equipamento de segurança, disse que sim, mesmo porque eles eram atletas do mesmo nível e não era um evento para usar protetor. Afirmou que o Adriano lutou porque o professor do Adriano dele achou e concordou, assim como o professor do outro lutador, que ele poderia lutar. Afirmou que eles concordando, os alunos podem lutar sem problemas. Perguntado quando um evento precisa usar equipamento de segurança, já que disse que o evento não precisava de equipamento de segurança, disse que isso é mais uma questão de acharem que o nível daquela pessoa pode lutar ou não. Disse que é mais pelo nível da pessoa e que esse campeonato era de um nível de um pessoal que já estava lutando sem proteção. Afirmou que, normalmente, na época, o pessoal usava proteção quando fosse muito criança ou alguma coisa assim, pois os campeonatos todos eram sem proteção. Esclareceu que isso mudou e hoje em dia a confederação só deixa lutar com proteção. Disse que esse acidente na época foi uma das razões para a mudança dessa regra do uso do equipamento de proteção. Reiterou que o evento foi de lutas casadas, que o professor de uma academia escolhia um aluno para lutar com outro aluno escolhido pelo professor de uma outra academia, não era um evento aberto, como normalmente são os da federação. Esclareceu que a escolha dos alunos era feita antecipadamente pelos professores, mas que o chaveamento era feito pelo declarante e pelo Luiz Aves. Disse que esse chaveamento era comunicado aos professores dos alunos. O declarante esclareceu que, sobre o Adriano, na época não tinham conseguido, não tinha entre os alunos inscritos para lutar um adversário para ele, na categoria dele, que fosse também menor de idade. Disse que, mesmo não tendo ninguém para lutar com Adriano, o Arthur falou que ele queria muito lutar e que poderia colocar com outro que fosse maior de idade mesmo, apenas teria que ser iniciante igual Adriano.

Afirmou que Adriano tinha um nível bom, que o irmão de Adriano, que também foi lutar no evento, chegou a ser instrutor da academia. Reafirmou que Adriano tinha um nível muito bom para poder lutar. Disse que os dois professores concordaram.

Diante desse conjunto probatório restou atestada a prática do delito culposo pelo réu, pois o agente violou os deveres objetivos de cuidado ao promover um evento de luta e permitir que um lutador adolescente e iniciante participasse da competição sem o uso de equipamento de segurança, uso esse que teria evitado o resultado morte da vítima que foi golpeada na cabeça durante a luta e faleceu em decorrência do traumatismo craniano encefálico.

O acusado, na qualidade de organizador do evento esportivo, era o responsável por "casar" as lutas, ou seja, por determinar com quem cada lutador de diferentes academias lutariam.

Como promotor do evento o réu também foi quem decidiu sobre a necessidade de uso de equipamento de segurança, mas ponderou "esse não era um evento para usar protetor".

Perguntado quando um evento precisa usar equipamento de segurança, já que disse que o evento não precisava de equipamento de segurança, disse que isso é mais uma questão de acharem que o nível daquela pessoa pode lutar ou não, esclareceu que é mais pelo nível da pessoa e que esse campeonato era de um nível de um pessoal que já estava lutando sem proteção.

Pelo exposto, o próprio acusado demonstra que foi violado o dever objetivo de cuidado, pois afirma que a vítima era iniciante e depois sustenta que esse era um campeonato de um nível de pessoas que já estavam lutando sem proteção, ao que se pergunta como lutadores adolescente e iniciantes teriam o subjetivo "nível" que justificasse a dispensa pelo réu do uso de equipamento de segurança? Ao realizar de forma equivocada esse juízo sobre o uso de equipamento de segurança, já que se tratava de lutador adolescente e iniciante que deveria utilizar o equipamento de segurança, o réu contribuiu para o resultado morte de forma culposa.

Restou, portanto, evidenciado que o réu foi omisso ao não exigir o uso de equipamento de segurança por lutadores que eram iniciantes, ainda mais no caso da vítima que tinha apenas 15 anos de idade à época e que lutou com oponente já maior de idade.

Da mesma forma foi corretamente analisado o comportamento do réu pelo magistrado *a quo*: "a conduta do réu foi de omissão, eis que o mesmo deixou de exigir a utilização de equipamentos de segurança que protegessem a integridade física dos atletas, caracterizando, portanto, a negligência, uma das modalidades da conduta culposa".

Nesse mesmo sentido está a ponderada análise da douta Procuradora de Justiça: "Ora, o recorrente, o qual era organizador do evento, ao permitir que o adolescente lutasse sem autorização dos pais e sem o uso de equipamentos de segurança, contribuiu, culposamente, para a produção do resultado morte, o qual era previsível, tendo em vista que se trata de uma arte marcial baseada na 'trocação".

Contudo, a despeito de entender incabível a absolvição do réu diante da constatação da violação do dever de cuidado, ainda assim impende reconhecer a prescrição da pretensão punitiva na hipótese.

O réu foi condenado às penas de 1 ano e 3 meses de detenção por conduta praticada em 03/12/2005, tendo a denúncia sido recebida em 29/04/2009 (doc. 179) e as sentença condenatória publicada em 16/06/2016 (doc. 479), sendo certo que já transitou em julgado para a acusação, e, por conseguinte, a prescrição será regulada pela pena aplicada, em conformidade com o disposto no art. 110, § 1º, do Código Penal.

Considerando-se o disposto no art. 109, inciso V do CP que fixa o prazo prescricional de 04

anos para a hipótese e que houve o transcurso desse prazo entre o recebimento da denúncia (29/04/2009) e a publicação da sentença condenatória (16/06/2016), ocorreu a prescrição da pretensão punitiva retroativa estatal em favor do apelante.

Assim, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade, conforme art. 107, IV do Código Penal.

À conta de tais argumentos, voto pelo provimento parcial do recurso, para o reconhecimento da prescrição, declarando-se extinta a punibilidade do apelante, com fulcro no artigo 107, IV do CP.

RIO DE JANEIRO, 17 DE ABRIL DE 2018.
DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA
RELATOR

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. DIREITOS ELENCADOS NO ESTATUTO DO TORCEDOR. MATÉRIA NÃO ABRANGIDA. RITO NÃO COMPATÍVEL COM O PROCESSAMENTO DAS CAUSAS EM JUIZADOS ESPECIAIS. COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL.

Direito Processual Civil. Ação cautelar de exibição de documentos. Estatuto do Torcedor. Lei nº 10.671/2003. Competência. Artigo 62 do CODJERJ. Declínio de competência em favor do Juizado do Torcedor. Ação cautelar ajuizada contra Fluminense Football Club e Complexo Maracanã Entretenimento S.A. para a exibição de contrato por eles firmado, no qual teriam restado violados direitos que cabem ao Club de Regatas Vasco da Gama. Alegação de direito consuetudinário à ocupação da torcida do Vasco do Setor Sul do Estádio do Maracanã. Matéria que não tem abrangência direta sobre direitos elencados no Estatuto de Defesa do Torcedor. Rito incompatível com o processamento das causas em Juizados Especiais, conforme disposto no artigo 3º da Lei nº 9.099/95. Competência do Juízo Cível para processamento e julgamento do feito. Preliminares rejeitadas. Decisão reformada. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0043110-25.2015.8.19.0000 em que consta como Agravante: CLUB DE REGATAS VASCO DA GAMA; como Agravado 1: FLUMINENSE FOOTBALL CLUB e como Agravado 2: COMPLEXO MARACANÃ ENTRETENIMENTO S/A, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, tirado contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 33ª Vara Cível da Comarca da Capital, vazada nos seguintes termos:

Apesar da análise e decisão precipitada da presente liminar na data de hoje, mesmo dia da distribuição do presente feito, e no afã de prestar a tutela jurisdicional com a máxima urgência, melhor compulsando os autos verifica-se que a matéria litigiosa versa sobre o direito do torcedor, prevista na Lei nº 10.671/03, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, ou seja, diz respeito à acomodação de torcedores no estádio administrado pela 1ª ré. Nesse contexto, consoante dispõe a Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do RJ, o art. 62 estabelece a competência do Juizado do Torcedor e Grandes Eventos para "processar e julgar os feitos criminais, aí incluídos os deferidos na Lei nº 9.099/95, bem como os cíveis, individuais ou coletivos, descritos na lei específica...", este juízo é incompetente para processamento e julgamento da causa em questão. Apesar da

matéria ser de interesse da torcida do Vasco, e não do autor da Medida Cautelar, sugerindo a ilegitimidade ativa à luz do art. 6º do CPC, deixo de reconhecer de ofício essa questão preliminar, conforme autoriza o § 3º, do art. 267, do CPC, em razão da incompetência absoluta deste juízo. Com efeito, DECLINO a competência deste Juízo para o Juizado do Torcedor e Grandes Eventos, que couber por distribuição. Dê-se baixa e remeta-se.

O agravante ajuizou Ação Cautelar de Exibição de Documento cumulada com Busca e Apreensão objetivando ter acesso ao contrato firmado entre os agravados a fim de instruir futura ação de conhecimento, ao fundamento de que a avença teria concedido ao 2º agravado direito exclusivo de alocação de sua torcida no Setor Sul do Estádio do Maracanã. Alega que tal disposição afronta o edital de licitação e vilipendia o histórico e arraigado direito conquistado no campo pelo agravante, que o exerce desde 1951, no sentido de ocupar aquele setor.

No que diz respeito à decisão recorrida, o agravante afirma não se tratar de matéria relativa a direito do torcedor e/ou associados, mas do clube mesmo, adquirido em decorrência de uma conquista esportiva obtida por sua equipe de futebol, que foi a primeira vencedora do Campeonato Carioca disputado no ano de 1950 no Maracanã. Nestes termos, alega cuidar-se de bem imaterial e intangível, pertencente à esfera jurídica da entidade esportiva agravante.

Alega que, se mantida a tese adotada pela decisão recorrida, creditando-se aos torcedores o direito de ocupar determinado setor do estádio de futebol, os agravados não poderiam dispor da matéria em contrato e, se assim dolosamente o fizeram, sugerida está a ocorrência de simulação (artigo 167 do CC) para prejudicar direitos de terceiros, a quem o negócio em questão revelar-se-ia ineficaz.

Sustenta, ademais, a incompetência do Juizado do Torcedor, dada a amplitude da matéria invocada e suas consequências, como, por exemplo, nulidade do contrato frente a normas concessivas ou mesmo questionamento destas, sendo certo que nenhum dispositivo concernente ao Estatuto do Torcedor está sendo objeto da demanda originária. Destaca, ainda, que o direito do agravante foi adquirido muito antes da entrada em vigor do Estatuto do Torcedor e com ele não possui correlação, haja vista não se tratar de relação de consumo específica entre o consumidor de atividade esportiva e seu fornecedor, nem tampouco de crime praticado em torno de evento esportivo.

Por fim, aponta a existência de óbice intransponível para o deslocamento da competência, consubstanciado no fato de que a pretensão deduzida de exibição cautelar de documentos não se enquadra no rol de competências do artigo 3° da Lei n° 9.099/95 e, por ter procedimento definido pelo artigo 844 do Código de Processo Civil, é incompatível com o rito dos Juizados Especiais.

Efeito suspensivo foi concedido pela decisão de f. 38/39.

Contrarrazões do 1º Agravado a f. 46/64, ao ensejo das quais suscita questões preliminares concernentes ao processo originário, como falta de interesse de agir e ilegitimidade *ativa ad causam*. No mais, prestigia a decisão recorrida, ressaltando que a matéria refere-se a direito do torcedor, por dispor sobre sua acomodação em estádio esportivo.

Contrarrazões do 2º Agravado a f. 68/78 defendendo a competência do Juizado do Torcedor para a apreciação e julgamento do feito originário, nos termos do artigo 33 do Estatuto do Torcedor e no artigo 62 da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Rio de Janeiro.

VOTO

Merecem rejeição as preliminares deduzidas nas contrarrazões do 1º agravado. Com efeito, não

há falta de interesse de agir porque, sem a providência cautelar alvitrada pelo agravante, este não terá condições de avaliar o eventual ferimento de seus interesses relativamente ao posicionamento de sua torcida no Maracanã. A alegação do autor, bem de ver, é de violação a direito consuetudinário, mas, como se sabe, o costume também pode ser considerado fonte de direito. Aliás, está positivado no direito brasileiro, que em determinadas hipóteses o Juiz pode decidir com base nos costumes (art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 126 do Código de Processo Civil). Isso não significa, evidentemente, que o autor-agravante tenha o direito de ver sua torcida ocupando este ou aquele setor do Maracanã. A existência, ou não, desse direito será apreciada, oportunamente, pelo Juiz.

No que concerne à alegação de ilegitimidade do Club de Regatas Vasco da Gama parece certo que – independentemente de se definir se o clube está, ou não, postulando um "direito" de sua torcida – o fato é que o agravante se encontra, em abstrato, em relação de direito material com os agravados defendendo interesses que são seus, ainda que meramente morais. Na qualidade de terceiro em vista do contrato que pretende que seja exibido, o Vasco pleiteia direito próprio de uma agremiação esportiva cuja torcida integra seu patrimônio imaterial.

Não se pode confundir a torcida de um clube de futebol com o que se convencionou chamar de "torcida organizada". *Ex vi legis*, considera-se "torcida organizada" a pessoa jurídica de direito privado ou existente de fato, que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva de qualquer natureza ou modalidade (artigo 2º-A da Lei nº 10.671/2003).

No caso de que se trata, incide o disposto no artigo 62 da Lei de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro:

> Art. 62 Compete ao Juizado do Torcedor e Grandes Eventos processar e julgar os feitos criminais, aí incluídos os deferidos na Lei nº 9.099/95, bem como os cíveis, individuais ou coletivos, descritos na lei específica, além do cumprimento das precatórias pertinentes à matéria de sua competência e da execução de suas sentenças ou acórdãos substitutivos, nos quais tenham sido impostas penas de multa ou restritivas de direitos, e, ainda, quando suspensa a execução da pena ou determinada medida de segurança não detentiva.

Como se vê, a norma remete à lei específica, que no caso é o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671/2003), o qual, por sua vez, contém normas de proteção e defesa do torcedor, dispondo sobre a organização e regulamento das competições esportivas, a segurança e deslocamento do torcedor partícipe de evento esportivo, a venda de ingressos, as acomodações nos estádios e as penalidades.

Ora, o processo originário consiste em ação cautelar de exibição de documentos ajuizada pela parte agravante, por via da qual pretende ter acesso ao contrato firmado entre os agravados porque, segundo alega, com a avença restaram violados direitos que lhe cabem, mais especificamente o de ver ocupado por seus torcedores o Setor Sul do Estádio do Maracanã, direito este que teria sido adquirido em decorrência da conquista do Campeonato Carioca disputado no ano de 1950 no Maracanã.

Vê-se, portanto, que se os agravados dispuseram em contrato sobre a ocupação de determinado setor do estádio, a matéria não tem abrangência direta sobre os direitos elencados no Estatuto de Defesa do Torcedor, posto que, do contrário, não poderia ser objeto de avença.

Ademais, assiste razão ao recorrente ao afirmar que o rito da ação cautelar de exibição de documentos não se compatibiliza com o processamento das causas em Juizados Especiais, enumeradas no artigo 3º da Lei nº 9.099/95:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário-mínimo;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;

IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Conclui-se, dessarte, que é competente para o processamento e julgamento do feito o Juízo da 33ª Vara Cível da Comarca da Capital, a quem coube por sorteio a distribuição do feito originário.

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de dar provimento ao recurso, para o fim de reformar a decisão agravada.

RIO DE JANEIRO, 02 DE MARÇO DE 2016.
DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM
RELATOR

FUTEBOL. BRIGA DE TORCIDA ORGANIZADA. ESTATUTO DO TORCEDOR. CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. PAZ SOCIAL. ORDEM DENEGADA.

ACÓRDÃO

HABEAS CORPUS. PACIENTE E CERCA DE 70 CORRÉUS DENUNCIADOS EM 28/10/2017 POR SUPOSTAMENTE TEREM PRATICADO OS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 41-B, § 1º, II, DA LEI Nº 10.671/03 E 288 E 330 AMBOS DO CP. EM 28/10/2017 FOI PROFERIDA DECISÃO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. EM 13/11/2017 FOI DEFERIDA A LIBERDADE PROVISÓRIA AO PACIENTE, MEDIANTE CONDIÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 319 CPP. A DECISÃO FOI RERRATIFICADA NA MESMA DATA. O IMPETRANTE SUSTENTA A ILEGALIDADE DA PRISÃO, EIS QUE COM O ENCERRAMENTO DO CAMPEONATO BRASILEIRO, NO DIA 03/12/2017, A MEDIDA SE TORNA DESNECESSÁRIA E EXCESSIVA, VISTO QUE, NÃO HAVERÁ MAIS EVENTOS ESPORTIVOS ESSE ANO, PORTANTO, NÃO EXISTINDO A POSSIBILIDADE DE REUNIÃO DA DITA TORCIDA ORGANIZADA, RESTAURANDO ASSIM A PAZ PÚBLICA. VERIFICA-SE QUE NOS AUTOS DO *HABEAS CORPUS* Nº 0067162-17.2017.8.19.0000, DE RELATORIA DO E. DESEMBARGADOR JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, EM QUE CONSTAM COMO PACIENTES SAVIO ANGRA SASSI, THIAGO JONATHA DA SILVA GALDINO, VITOR PEREIR ROSARIO LIMA SANTOS, LUCAS DOS SANTOS VIANNA E FABIANO DE SOUZA MARQUES, NA SESSÃO DE JULGAMENTO REALIZADA EM 28/11/2017, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, FOI DENEGADA A ORDEM. DESTAQUE-SE QUE MENCIONADO *HABEAS CORPUS* FOI JULGADO NESTA E. SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL EM 29/11/2017, TENDO SIDO INTERPOSTO RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM 07/12/2017, ENCAMINHADO AO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM 13/12/2017, PENDENTE DE APRECIAÇÃO. O *HABEAS CORPUS* ORA EM APRECIAÇÃO FOI IMPETRADO DIA 04/12/2017. NO QUE TANGE AO PACIENTE SAVIO AGRA SASSI COMUNGO DO ENTENDIMENTO MANIFESTADO NO SENTIDO DE QUE NA QUALIDADE DE PRESIDENTE DA TORCIDA ORGANIZADA E DIANTE DA PROIBIÇÃO PROFERIDA NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL DE Nº 0430046-45.2013.8.19.0001 (DE SUSPENSÃO DE TODOS OS INTEGRANTES DA TORCIDA JOVEM DO CLUBE VASCO DA GAMA DE FREQUENTAR OS LOCAIS ONDE SEJAM REALIZADOS EVENTOS ESPORTIVOS), DEVERIA LIDERAR COM EXEMPLOS CONSTRUTIVOS, DE ACATAMENTO DA ORDEM EMANADA DO PODER JUDICIÁRIO. RESSALTE-SE QUE O ESPORTE

CONSTITUI UM AMBIENTE DE LAZER. NO ENTANTO, TAMBÉM EXERCE CUNHO PEDAGÓGICO, EM TERMOS DE DISCIPLINA E RESPEITO ÀS NORMAS, SEJA EM CAMPO OU FORA DELE. NO QUE SE REFERE AO PACIENTE VITOR PEREIRA ROSARIO LIMA SANTOS, CONSTATA-SE QUE ESTE RESPONDE A OUTRO PROCESSO EM CONJUNTO AO CORRÉUS, IGUALMENTE POR DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 41 B DO ESTATUTO DO TORCEDOR. (P. Nº 0027757-86.2013.8.19.0202), TENDO, AINDA ASSIM, SE ENVOLVIDO EM FATOS QUE ENSEJARAM NOVA DENÚNCIA. QUANTO A FABIANO DE SOUZA MARQUES, APÓS REALIZAÇÃO DE CIRURGIA E MESMO DIANTE DO USO DE BOLSA COLETORA E EM USUFRUTO DE AUXÍLIO-DOENÇA ATÉ 11/12/2017 O EXIMIRAM DE PARTICIPAÇÃO NOS FATOS APÓS BENEFICIADO POR TRANSAÇÃO PENAL EM CRIME DE RIXA. O IMPETRANTE JUSTIFICA O ATUAL PEDIDO NO ENCERRAMENTO DO CAMPEONATO BRASILEIRO DO DIA 03/12/2017. REPUTO QUE AS CONDIÇÕES QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NÃO DEVEM SER AFASTADAS POR TAL CIRCUNSTÂNCIA. ISTO PORQUE O QUE SE PRETENDE RESGUARDAR É A ORDEM PÚBLICA, EVITANDO-SE A CONCRETIZAÇÃO DE NOVAS CONDUTAS DANOSAS À SOCIEDADE COMO UM TODO, SEJA INTEGRANTES DA TORCIDA, PÚBLICO FREQUENTADOR DOS JOGOS, DENTRE OS QUAIS, FAMÍLIAS COM CRIANÇAS, JOVENS E IDOSOS, TRANSEUNTES, IMPONDO-SE A GARANTIA À INTEGRIDADE DAS PESSOAS SEJA DE QUE CAMPEONATO OU AMISTOSO PARTICIPE O TIME DA TORCIDA ORA EM QUESTÃO. REAFIRMO A NECESSIDADE DE ABRIGAR OS CIDADÃOS DE CONDUTAS PERNICIOSAS QUE LHES ATINJA A INTEGRIDADE, OU QUE VENHAM A COMPROMETER SUAS VIDAS OU SAÚDE. RESSALTE-SE, DIANTE DO NARRADO, QUE AS MEDIDAS ATRIBUÍDAS EM PROCESSOS ANTERIORES NÃO FORAM IMPEDITIVAS À OCORRÊNCIA DE NOVAS CONDUTAS, RAZÃO PELA QUAL A PRISÃO DOS ORA PACIENTES SE JUSTIFICA. EVENTUAIS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS DO DENUNCIADO, NÃO SÃO, NESTE MOMENTO, APTAS A REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA OU PARA O DEFERIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA, UMA VEZ QUE ESTA ENCONTRA RESPALDO EM OUTROS ELEMENTOS DOS AUTOS. DESTA SORTE, NÃO VISLUMBRO, NO CASO PRESENTE, QUALQUER CONSTRANGIMENTO ILEGAL, EIS QUE DEMONSTRADO CONCRETAMENTE A EXISTÊNCIA DE MOTIVOS QUE JUSTIFICAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* nº 0069636-58.2017.8.19.0000, em que figuram como Impetrante, Dr Diogo Pacheco do Couto, Pacientes, SAVIO AGRA SASSI, VITOR PEREIRA ROSARIO LIMA SANTOS, FABIANO DE SOUZA MARQUES e Autoridade Coatora, o JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL DO TORCEDOR E DOS GRANDES EVENTOS DA COMARCA DA CAPITAL,

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Desembargador Relator.

VOTO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado Diogo Pacheco do Couto em favor de SAVIO AGRA SASSI, VITOR PEREIRA ROSARIO LIMA SANTOS e FABIANO DE SOUZA MARQUES, aduzindo na peça de impetração respectiva, em síntese, que foi decretada a prisão preventiva dos pacientes, por supostamente terem os mesmos praticados os delitos previstos nos artigos 41-B, § 1º, II, da Lei nº 10.671/03 e 288 e 330, do CP.

Sustenta a ilegalidade da prisão, eis que com o encerramento do campeonato Brasileiro, no dia 03/12/2017, a medida se torna desnecessária e excessiva, visto que, não haverá mais eventos

esportivos esse ano, portanto, não existindo a possibilidade de reunião da dita Torcida Organizada, restaurando assim a paz pública.

Requer liminarmente, que seja concedida a liberdade provisória com monitoramento através de tornozeleira eletrônica, mediante imposição de medidas cautelares diversas da prisão, com a imediata expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, e, no mérito, a concessão da ordem para convalidar a liminar deferida.

Instruem a Inicial os documentos apresentados no anexo I.

Solicitadas, as Informações foram apresentadas na pasta eletrônica 24.

Decisão que indeferiu pedido liminar na pasta 40.

Parecer da d. Procuradoria de Justiça na pasta 43, da lavra da E. Procuradora de Justiça Drª ADRIANA NINÔ BISCAIA que opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente e cerca de 70 corréus foram denunciados em 28/10/2017 por supostamente terem praticado os delitos previstos nos artigos 41-B, § 1º, II, da Lei nº 10.671/03 e 288 e 330 ambos do CP.

Em 28/10/2017 foi proferida decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva.

Em 13/11/2017 foi deferida a liberdade provisória aos corréus, mediante condições previstas no artigo 319 CPP:

> "(...) Tratam-se de pedidos de liberdade provisória formulados pelas respectivas Defesas dos acusados JEAN CAMPOS REIS (f. 1070/1076), MARCOS VINÍCIUS DA ROCHA RIBEIRO (f. 1084/1087), PEDRO GABRIEL PINHEIRO SILVA (f. 1101/115), LUCAS FERREIRA SILVINO (f. 1135/1143), BRUNO MARINS DA SILVA (f. 1163/1178), JONATHAN SILVA BATISTA (f. 1194/1202), LUCAS COSTA VICENTE DE ALMEIDA (f. 1409), GABRIEL FERREIRA DA COSTA MEDEIROS (f. 1464), TALLES LIMA DO CARMO (f. 1494), ALEXANDER CUNHA DE OLIVEIRA (f. 1505), VICTOR ALVES DE LIMA (f. 1550), WILLIAN CORREIA SILVA JÚNIOR (f. 1565), LUIZ ANDRÉ BARBOSA DE SOUZA, YURI RIBEIRO DOS SANTOS, LEONARDO MORAES DA COSTA GUSTAVO MIRANDA DE SOUZA, PABLO WILSON COSTA DA SILVA, IGOR FIGUEIREDO DOS SANTOS, PATRICK DIOGO FERNANDES PEREIRA, VICTOR HUGO ALVES RAMOS, RAFAEL FREITAS DE ASSIS, PATRICK DIOGO FERNANDES PEREIRA, MARCUS VINÍCIUS ESTEVÃO VIEIRA, LOHRAN DE OLIVEIRA CARVALHO FERREIRA e FABIANA DO NASCIMENTO MENEZES (f. 1615/1621), ANDRÉ LUIS DA SILVA (f. 1750), RODRIGO HENRIQUE NARCISO (f. 1782), LEONARDO MORAES DA COSTA (f. 1803), LUCAS MATHEUS PINTO VALE DOS SANTOS (f. 1852), LUIZ ANDRÉ BARBOSA (f. 1890), FABIANO DE SOUZA MARQUES (f. 1920), GUSTAVO MIRANDA DE SOUZA (f. 1964), PEDRO GABRIEL PINHEIRO SILVA (f. 1992), WANDERSON SILVA BRAGA (f. 2049), JEAN FILIPE FERREIRA DA SILVA (f. 2070) e JEAN CAMPOS REIS (f. 2120). O Ministério Público manifestou-se pela manutenção da prisão cautelar, nos termos da promoção ministerial de f. 2127/2128. É o breve relatório. Passo a decidir. Compulsando os autos, verifico que os custodiados foram presos em flagrante e denunciados pela prática, em tese, de crimes previstos nos artigos 288, parágrafo único, e 330, ambos do Código Penal, art. 41-B, §1º, inciso II, da Lei nº 10.671/03, n/f do art. 69 (eis que evidenciado erro de capitulação da denúncia, que alude ao concurso material de crimes) do Código Penal, tratando-se, portanto, de crimes punidos, no caso de somatório de reprimendas, com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (artigo 313, I, do CPP). O *fumus delicti comissi*, consubstanciado na prova da materialidade e

os indícios suficientes de autoria decorrem dos termos de declaração das testemunhas em sede policial, bem como do reconhecimento efetivado por agentes policiais e pelo Auto de Apreensão que acompanha a documentação da comunicação de flagrante. Bem compulsando os autos não há dúvidas de que os fatos descritos na denúncia e nas peças de informação são de extrema gravidade. A intervenção policial teria ocorrido nesta ocasião, e de forma diversa de outra partida anterior recente entre os mesmos clubes de futebol, de forma a evitar que a briga de torcedores acarretasse em eventual óbito. Do relato dos policiais militares ouvidos em sede policial é possível denotar que por volta das 15 horas do dia 28/10/2017, um destacamento do GEPE - Grupamento Especial de Policiamento de Estádios foi deslocado à Rua do Bonfim, nº 305, São Cristóvão, para apurar notícia de descumprimento de ordem judicial que determinou o afastamento da torcida organizada "Força Jovem" quando da realização da partida entre os times Clube de Regatas do Flamengo e Clube de Regatas Vasco da Gama, pelo Campeonato Brasileiro 2017. Ainda, de acordo com os policiais militares ouvidos em sede inquisitorial (f. 25/26 e 27/28), os torcedores da aludida torcida organizada se preparavam para realizar uma briga com torcedores adversários, e no momento em que avistaram a força policial, os integrantes da FORÇA JOVEM correram para o interior da sede da torcida, que dista apenas 2 quilômetros do Estádio do Maracanã, logo, em raio inferior aos 5 quilômetros de proibição mencionados em decisão judicial anterior. Isso porque, nos autos da ação civil pública de nº 430046-45.2013.8.19.0001, que tramita neste Juízo, figurando, como autor, o Ministério Público e, como réu, o GRÊMIO RECREATIVO TORCIDA ORGANIZADA FORÇA JOVEM DO CLUBE DE REGATAS DO VASCO DA GAMA foi prolatada decisão determinando o afastamento da Torcida Organizada Força Jovem do Clube de Regatas Vasco da Gama, seus associados, membros ou integrantes de fato de eventos esportivos. Saliente-se que constou expressamente a proibição de qualquer forma de aglomeração de torcedores desta Torcida Organizada "em qualquer local dentro de um raio de 5.000 (cinco mil) metros ao redor do local de realização do evento esportivo". Já foi consignado em decisão anterior deste Juízo, a f. 1530/1549 ser fato público e notório que, lamentavelmente, o cenário do futebol profissional tem sido palco de inúmeros e frequentes episódios de violência gratuita, selvageria e barbárie protagonizados por integrantes de algumas torcidas organizadas. Esta violência reiterada, praticada por criminosos travestidos de torcedores, está afastando dos estádios de futebol os verdadeiros torcedores, que são aqueles que se prestam a incentivar, apoiar e externar sua simpatia por algum time de futebol, sem nutrir um inexplicável e irracional sentimento de ódio pela torcida do time adversário. Neste contexto, a Torcida Organizada "Força Jovem" (do Vasco) já se viu envolvida em diversos atos de violência no futebol, sugerindo um comportamento belicoso, não diferente de outras tantas torcidas organizadas de outros times de futebol do Brasil. Estes fatos são trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário por meio de inúmeras ações judiciais em que são ventilados fatos de violência no futebol imputados à Torcida Organizada "Força Jovem". Inclusive, por conta disso é que foram prolatadas decisões judiciais no sentido do seu afastamento de qualquer evento esportivo, bem como da prática de "quaisquer atividades". Ocorre que a referida torcida organizada tem demonstrado um absoluto e inaceitável desprezo às decisões judiciais que

impedem a livre atuação dos seus integrantes e da agremiação. E o que é pior: a renitência da Torcida "Força Jovem" em cumprir decisões judiciais é revelada constantemente nos autos da ação civil pública de nº 430046-45.2013.8.19.0001 justamente quando vem à tona novos e, ao que parece, inesgotáveis episódios de violência. Todavia, embora presentes e seja comum para todos os custodiados as circunstâncias acima narradas, ao menos, em tese, como é típico de um exame de cognição cautelar, é em relação ao *periculum libertatis* que se impõe fazer a diferenciação da segregação cautelar para cada um dos acusados. No que tange à análise dos diversos pleitos libertários formulados nos presentes autos, há de se observar que os maus antecedentes são apenas uma das oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. O regime prisional deve observar as diretrizes do art. 33, § 2º do CP, podendo ser agravado em razão da reincidência ou das circunstâncias judiciais desfavoráveis (como p. ex. as circunstâncias do crime, as consequências do fato, a culpabilidade do agente, etc.), tal como reza o art. 33, § 3º do mesmo diploma. Saliente-se que em um universo de 71 réus, verificam-se circunstâncias de cunho subjetivo e pessoal que os diferencia, ainda que assumindo como hipotético que todos tenham participação na totalidade dos crimes. É nesse momento, que há de se distinguir o tratamento que será dado a cada um dos custodiados. Não há dúvida de que a custódia cautelar é necessária para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal no que tange a alguns dos custodiados. O acusado SÁVIO AGRA SÁSSI, por ser o Presidente da Torcida Organizada, tinha plena ciência da proibição judicial anterior exarada nos autos de nº 043004645.2013.8.19.0001, e caso confirmados os fatos versados na presente denúncia, ao término da instrução poderá figurar, em tese, como grande mentor e coordenador dos fatos-crime ilustrados na inicial acusatória. Mais que isso, a dinâmica retratada pelas testemunhas policiais em fase inquisitorial (f. 25/28) apontam que a sede da torcida organizada serviu de refúgio no momento da atuação policial, corroborando a assertiva anterior. O réu Lucas dos Santos Vianna ostenta anotação criminal em sua FAC pela prática do crime de roubo circunstanciado, em decorrência do processo nº 000813418.2017.8.19.0001, que tramita perante a 23ª Vara Criminal. Não obstante, esteja àquele feito em liberdade, é agora novamente apontado como envolvido em prática criminosa, o que alicerça a segregação cautelar. Na mesma esteira, o acusado Thiago Jonatha da Silva Galdino também ostenta anotação em sua FAC referente ao processo nº 0070619-54.2017.8.19.0001, em tramitação perante a 1ª Vara Criminal de Madureira. Embora na FAC não conste a tipificação daquele apontamento, em consulta processual na página do TJERJ é possível constatar que o réu responde pela prática, em tese, de crime de roubo. O réu foi beneficiado, naquele feito, com a liberdade provisória em 03/05/2017 e agora, poucos meses depois de sua soltura tornou a ser preso em flagrante. Já o acusado Fabiano de Sousa Marques esteve supostamente envolvido em crime de rixa, e não obstante tenha sido beneficiado pela transação penal, volta a figurar como acusado em prática de crime relacionados a eventos esportivos. Quando ao réu Vitor Pereira Rosário Lima Santos, depreende-se da FAC que ele responde a outro feito também por infração ao artigo 41-B, do Estatuto do Torcedor no proc. nº 0027757-86.2013.8.19.0202. O feito encontra-se em tramitação, constatando-se uma suposta recidiva criminosa. Em relação a estes,

inequívoca a presença do *periculum libertatis*, o que atesta a necessidade da custódia cautelar para a garantia da ordem pública e a fim de assegurar a aplicação da lei penal. A ordem pública há de ser preservada nestes casos em virtude da reiteração de envolvimento em atos criminosos ou relacionados a eventos esportivos. Aliás, tratando-se de crimes multitudinários, poucas vezes o conceito de ordem pública pode ser tão facilmente observado. Segundo DE PLÁCIDO SILVA, ela representa a situação e o estado de legalidade normal em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos os respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (Vocabulário jurídico, Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 1101). Dentro daquele cenário de "praça de guerra" já mencionado, não há dúvidas de que a atuação dos envolvidos é capaz de criar enorme turbação social não só entre os gladiadores, mas também impedindo a passagem de transeuntes em via pública e fazendo imperioso o deslocamento de um grande número de policiais para atender aquela ocorrência, certamente privando de policiamento outras áreas mais remotas da cidade. De certa forma, correta se nos afigura a arguta advertência do eminente professor Weber Martins, de que a "decretação da medida como garantia da ordem pública não tem relação direta com o processo. Em vez disso, está voltada para a proteção de interesses estranhos a ele, tem nítidos traços de medida de segurança". (Liberdade Provisória, Rio, Forense, 1981m o, 77.). Sendo a medida de segurança também uma forma de resposta penal, não é estranho que a custódia preventiva possa visar a torná-la possível ao final do processo de conhecimento. Esta colocação pode superar a questão satisfatoriamente. Por isso mesmo dizia FAUSTIN HÉLIE: "A prisão preventiva é, ao mesmo tempo, uma medida de segurança, uma garantia da execução da pena e um meio de instrução" (Traité, cit., t.4, p. 606). Em relação aos demais acusados que não ostentam nenhum apontamento em suas folhas penais, muito provavelmente a segregação cautelar típica de uma prisão provisória acabaria sendo medida por demais gravosa. Isso porque o crime do art. 41-B, § 1º do Estatuto do Torcedor traz uma expressa previsão em seu § 2º, ou seja, na hipótese do réu ser primário e de bons antecedentes pode fazer jus à substituição da pena de reclusão em medida impeditiva de comparecimento às proximidades de estádio ou local em que se realiza evento esportivo. Para esta porção dos réus, assim, uma fração substancial da pena seria retirada de modo que em relação ao restante da imputação, referente aos crimes do art. 288, parágrafo único e 330 do CP, mesmo em caso de condenação poderiam acabar beneficiados por regime semiaberto ou aberto. Assim, considerados os requisitos previstos nos artigos 312 e 313 do CPP, entendo presentes os elementos necessários à manutenção da prisão preventiva unicamente em relação aos custodiados SÁVIO AGRA SÁSSI, LUCAS DOS SANTOS VIANNA, THIAGO JONATHA DA SILVA GALDINO, FABIANO DE SOUSA MARQUES e VITOR PEREIRA ROSÁRIO LIMA SANTOS. Quanto a estes, não se demonstra como razoável e cabível imposição de medidas cautelares, substituindo a prisão preventiva. Oficie-se à VEP comunicando-se a prisão dos acusados acima mencionados. No mais, quanto aos réus 1 – ALBANO DE BRITO PEREIRA; 2 – ROBSON LOPES DE ASSIS; 3 – LEONARDO MORAES DA COSTA; 4 – MOISES DE MATTOS FERREIRA; 5 – MARCUS VINICIUS ESTEVÃO VIEIRA; 6 – JEAN FILIPE FERREIRA DA SILVA; 7 – ANDRÉ LUIZ DA SILVA; 8 – ALEXANDER CUNHA DE OLIVEIRA; 9 – LUIZ ANDRÉ BARBOSA DE SOUZA; 10 – PATRICK DIOGO FERNANDES PEREIRA;

11 – RAFAEL FREITAS DE ASSIS; 12 – LUCAS FERREIRA SILVINO; 13 – THALLES LIMA DO CARMO; 14 – FELIPE PEDRO ARAUJO DA SILVA; 15 – HUENDERSON LUIZ DE OLIVEIRA SUOBODA; 16 – MARCOS VINICIUS DA ROCHA RIBEIRO; 17 – CAIO FERREIRA DO CARMO; 18 – MATHEUS VINICIUS DOS SANTOS; 19 – VINICIUS DUARTE DE SOUZA; 20 – GABRIEL FERREIRA DA COSTA MEDEIROS; 21 – IGOR OLIVEIRA DE VASCONCELOS; 22 – WILLIAN DA SILVA FONSECA; 23 – VICTOR HUGO ALVES RAMOS; 24 – WESLLEY VILLAR MAXIMINO; 25 – PAULO WENDER ROSA DE SOUZA; 26 – PEDRO GABRIEL PINHEIRO SILVA; 27 – NATÃ OLIVEIRA DE SOUZA; 28 – RAPHAEL RODRIGUES DE MELLO; 29 – TIAGO DA CONCEIÇÃO SOBREIRA; 30 – WILLIAN CORREIA DA SILVA JUNIOR; 31 – RODRIGO HENRIQUE NARCISO DE CARVALHO; 32 – YURI RIBEIRO DOS SANTOS; 33 – BRUNO MARINS DA SILVA; 34 – AILTON NEVES MACHADO PESSINO; 35 – PABLO WILSON COSTA DA SILVA; 36 – NATANAEL VINICIUS LIMA PEREIRA FERREIRA; 37 – FABIANO MARQUES DE SANTANA; 38 – EMERSON SANTOS TEIXEIRA; 39 – WANDERSON SILVA BRAGA; 40 – WASHIGTON OLIVEIRA FARIA; 41 – RENAN TELES DA SILVA; 42 – CLEITON JACOB DE CAMPOS; 43 – DIEGO ROGGER CHRISTO DE SOUZA; 44 – DALTON AUGUSTO DE SOUZA JUNIOR; 45 – MATHEUS HENRIQUE CORREA PITANGA; 46 – IGOR FIGUEREDO DOS SANTOS; 47 – ERICK RODRIGUES DOS SANTOS; 48 – LUCAS COSTA VICENTE DE ALMEIDA; 49 – JOSÉ JANDERSON DA SILVA FERREIRA; 50 – JONATHAN SILVA BATISTA, 51 – LUCAS DOS SANTOS CARDOSO; 52 – JEAN CAMPOS REIS; 53 – LUIS FELIPE NERI DA SILVA; 54 – ROMÁRIO ALEIXO DA SILVA; 55 – WALLACE PEREIRA DA SILVA; 56 – VICTOR ALVES DE LIMA; 57 – DANIEL RODRIGUES DE SOUZA; 58 – JOHNY DO NASCIMENTO DE MORAES; 59 – LUCAS MATHEUS PINTO VALLE DOS SANTOS; 60 – LOHRAN DE OLIVEIRA CARVALHO FERREIRA; 61 – GUSTAVO MIRANDA DE SOUZA; 62 – FABIANA DO NASCIMENTO MENEZES e 63 – ANDERSON GOMES VARELA DA SILVA, DEFIRO a liberdade provisória mediante Termo de Compromisso, firmado neste ato, sob as seguintes condições: 1) Os acusados ficarão submetidos ao Sistema de Fiscalização por Monitoramento Eletrônico, na forma da Lei nº 12.258/2010, mediante o cumprimento cumulativo das seguintes condições: a. A prisão albergue domiciliar terá seu cumprimento iniciado na data do efetivo cumprimento do alvará, após a liberação do SARQ, sendo que o apenado deverá recolher-se em sua residência das 20h00min às 06h00min, bem como, permanecer nesta, em tempo integral, nos dias de folga, aí incluídos sábados, domingos e feriados, caso não seja dia de trabalho (este só ocorrerá mediante autorização judicial prévia, após a devida comprovação); b. O acusado não poderá se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial ou transferir sua residência para outro Estado da Federação sem prévia autorização deste Juízo; c. O réu deverá abster-se de remover, violar, modificar ou danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica (tornozeleira) ou de permitir que outrem o faça, devendo, ainda, manter a tornozeleira sempre carregada, sob as sanções contidas no parágrafo único do artigo 146-C da Lei nº 12.258/2010. (Neste aspecto, merece destaque que o equipamento que receberá exige uma carga diária de 03 horas, o que pode ser realizado facilmente durante o período de sono ou descanso, sendo que o carregador possui um cabo de três metros, que possibilita ampla locomoção e, ainda, pode ser conectado a uma extensão). d. O acusado deverá seguir todas as condições informadas no manual entregue quando da instalação da tornozeleira, não podendo, após, alegar que nada sabia.

Em especial, o comparecimento obrigatório à central ou, em caso de impossibilidade, o contato imediato com a Central telefônica, quando aparecer o sinal roxo na tornozeleira, indicativo de notificação enviada ao apenado. e. O réu deverá respeitar os horários fixados no item 1, para ingresso na área de inclusão (local de sua residência) e saída da área de exclusão, sendo que na absoluta impossibilidade de fazê-lo caberá ao mesmo entrar imediatamente em contato com a central telefônica informando o ocorrido, através dos seguintes números: 21 2334-6234, 0800 643 5510 e 0800 643 5508. 2) Comparecimento mensal ao Cartório do Juizado do Torcedor localizado nas dependências da 25ª Vara Criminal, no 6º andar, Lâmina II do Fórum Central, sempre entre o 1º e o 10º dia de cada mês, bem como em todos os atos processuais vindouros em que a sua presença faça-se necessária, até o trânsito em julgado definitivo. 3) Ficam também os acusados impedidos de se ausentarem da Comarca do Rio de Janeiro sem prévia autorização judicial, cientes desde já que o descumprimento das condições impostas acarretará na revogação do benefício e imediata repristinação do decreto prisional. 4) Ficam os réus cientes de que se encontram impedidos de se aproximar de qualquer evento esportivo, não se limitando apenas aos estádios onde se realizam jogos esportivos mas toda e qualquer aglomeração de pessoas para tal fim, no raio de 5 km (cinco quilômetros), sabedor de que o descumprimento acarretará na imediata decretação da prisão preventiva por força dos arts. 282, § 4º, e 312, parágrafo único do CPP. 5) Ficam ainda os acusados cientes de que em todas as datas em que houver realização de partidas do Clube do Vasco da Gama, deverão comparecer à Delegacia de Homicídios, situada na Barra da Tijuca, e em caso de qualquer impossibilidade por motivo de força maior deverão dirigir-se na mesma data e horário das partidas a uma Delegacia distrital mais próxima para registrar a ocorrência onde constará o motivo da impossibilidade de comparecimento. Os acusados ficam cientificados de que eventuais transgressões às condições supra estabelecidas, caso restem injustificadas, acarretarão, de imediato, a suspensão do benefício e repristinação do decreto prisional. Expeçam-se os alvarás de soltura unicamente em relação aos acusados 1 – ALBANO DE BRITO PEREIRA; 2 – ROBSON LOPES DE ASSIS; 3 – LEONARDO MORAES DA COSTA; 4 – MOISES DE MATTOS FERREIRA; 5 – MARCUS VINICIUS ESTEVÃO VIEIRA; 6 – JEAN FILIPE FERREIRA DA SILVA; 7 – ANDRÉ LUIZ DA SILVA; 8 – ALEXANDER CUNHA DE OLIVEIRA; 9 – LUIZ ANDRÉ BARBOSA DE SOUZA; 10 – PATRICK DIOGO FERNANDES PEREIRA; 11 – RAFAEL FREITAS DE ASSIS; 12 – LUCAS FERREIRA SILVINO; 13 – THALLES LIMA DO CARMO; 14 – FELIPE PEDRO ARAUJO DA SILVA; 15 – HUENDERSON LUIZ DE OLIVEIRA SUOBODA; 16 – MARCOS VINICIUS DA ROCHA RIBEIRO; 17 – CAIO FERREIRA DO CARMO; 18 – MATHEUS VINICIUS DOS SANTOS; 19 – VINICIUS DUARTE DE SOUZA; 20 – GABRIEL FERREIRA DA COSTA MEDEIROS; 21 – IGOR OLIVEIRA DE VASCONCELOS; 22 – WILLIAN DA SILVA FONSECA; 23 – VICTOR HUGO ALVES RAMOS; 24 – WESLLEY VILLAR MAXIMINO; 25 – PAULO WENDER ROSA DE SOUZA; 26 – PEDRO GABRIEL PINHEIRO SILVA; 27 – NATÃ OLIVEIRA DE SOUZA; 28 – RAPHAEL RODRIGUES DE MELLO; 29 – TIAGO DA CONCEIÇÃO SOBREIRA; 30 – WILLIAN CORREIA DA SILVA JUNIOR; 31 – RODRIGO HENRIQUE NARCISO DE CARVALHO; 32 – YURI RIBEIRO DOS SANTOS; 33 – BRUNO MARINS DA SILVA; 34 – AILTON NEVES MACHADO PESSINO; 35 – PABLO WILSON COSTA DA SILVA; 36 – NATANAEL VINICIUS

LIMA PEREIRA FERREIRA; 37 – FABIANO MARQUES DE SANTANA; 38 – EMERSON SANTOS TEIXEIRA; 39 – WANDERSON SILVA BRAGA; 40 – WASHIGTON OLIVEIRA FARIA; 41 – RENAN TELES DA SILVA; 42 – CLEITON JACOB DE CAMPOS; 43 – DIEGO ROGGER CHRISTO DE SOUZA; 44 – DALTON AUGUSTO DE SOUZA JUNIOR; 45 – MATHEUS HENRIQUE CORREA PITANGA; 46 – IGOR FIGUEREDO DOS SANTOS; 47 – ERICK RODRIGUES DOS SANTOS; 48 – LUCAS COSTA VICENTE DE ALMEIDA; 49 – JOSÉ JANDERSON DA SILVA FERREIRA; 50 – JONATHAN SILVA BATISTA, 51 – LUCAS DOS SANTOS CARDOSO; 52 – JEAN CAMPOS REIS; 53 – LUIS FELIPE NERI DA SILVA; 54 – ROMÁRIO ALEIXO DA SILVA; 55 – WALLACE PEREIRA DA SILVA; 56 – VICTOR ALVES DE LIMA; 57 – DANIEL RODRIGUES DE SOUZA; 58 – JOHNY DO NASCIMENTO DE MORAES; 59 – LUCAS MATHEUS PINTO VALLE DOS SANTOS; 60 – LOHRAN DE OLIVEIRA CARVALHO FERREIRA; 61 – GUSTAVO MIRANDA DE SOUZA; 62 – FABIANA DO NASCIMENTO MENEZES e 63 – ANDERSON GOMES VARELA DA SILVA. Expeçam-se alvarás de soltura e os respectivos termos de compromisso, devendo os réus serem advertidos de que deverão comparecer a todos os atos processuais vindouros, cientes desde já que a não localização nos endereços especificados acarretará a imediata repristinação do decreto prisional. 2) Visando não prejudicar a marcha processual e considerando a prisão ora mantida, determino o desmembramento em relação aos acusados SAVIO AGRA SASSI, LUCAS DOS SANTOS VIANNA, THIAGO JONATHA DA SILVA GALDINO, FABIANO DE SOUZA MARQUES e VITOR PEREIRA ROSÁRIO LIMA SANTOS. Diligencie-se o necessário e certifique-se. 3) Considerando que todos os acusados foram citados quando da realização da audiência realizada pelo Juízo do Plantão, intimem-se as respectivas Defesas para apresentarem respostas à acusação, no prazo de 10 dias. 4) Sem prejuízo, renumere-se o feito a partir de f. 1589, vez que equivocada a numeração. Certifique-se. (...)"

Na mesma data, rerratificada a decisão, nos seguintes termos:

> Em tempo. Rerratificando a decisão proferida nesta data, determino que prisão albergue domiciliar será iniciada após o efetivo cumprimento do alvará de soltura, mediante a liberação do SARQ, devendo os acusados serem intimados a comparecer à Divisão de Monitoramento Eletrônico do SISPEN, situada na Rua Celio Nascimento, s/n, Benfica/RJ, no horário de 10 às 16 horas, no prazo de 05 dias úteis, para a colocação do equipamento de monitoramento eletrônico, sob pena de revogação do benefício e repristinação do decreto prisional.

O Impetrante sustenta a ilegalidade da prisão, eis que com o encerramento do campeonato Brasileiro, no dia 03/12/2017, a medida se torna desnecessária e excessiva, visto que, não haverá mais eventos esportivos esse ano, portanto, não existindo a possibilidade de reunião da dita Torcida Organizada, restaurando assim a paz pública.

Requer liminarmente, que seja concedida a liberdade provisória com monitoramento através de tornozeleira eletrônica, mediante imposição de medidas cautelares diversas da prisão, com a imediata expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, e, no mérito, a concessão da ordem para convalidar a liminar deferida.

Verifica-se que nos autos do *Habeas Corpus* nº 006716217.2017.8.19.0000, de Relatoria do E. Desembargador JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO, em que constam como pacientes Savio Angra Sassi, Thiago Jonatha da Silva Galdino, Vitor Pereir Rosario Lima Santos, Lucas dos Santos Vianna e

Fabiano de Souza Marques, na sessão de julgamento realizada em 28/11/2017, por unanimidade de votos, foi denegada a ordem, tendo sido a ementa lavrada nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DOS TIPOS PENAIS DESCRITOS NO ARTIGO 41-B, § 1º, INCISO I, DA LEI Nº 10.671/03, ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, E ARTIGO 330, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. TORCIDA ORGANIZADA DE TIME DE FUTEBOL TRADICIONAL PORTANDO ARMAS IMPRÓPRIAS, COM A PRESENÇA DE SEIS MENORES DE IDADE A UMA DISTÂNCIA DO ESTÁDIO DE FUTEBOL MENOR QUE A PERMITIDA. DECISÃO ANTERIOR DE AFASTAMENTO DESOBEDECIDA. SETENTA E UM RÉUS. MANUTENÇÃO DA PRISÃO DE APENAS CINCO ACUSADOS, DENTRE ESTES OS ORA PACIENTES. PEDIDO JÁ APRECIADO QUANTO AOS PACIENTES FABIANO DE SOUZA MARQUES (HC Nº 0065687-26.2017.8.19.0000 – DENEGADO EM 23/11/2017 POR ESTA CÂMARA), SAVIO AGRA SASSI (HC Nº 0066313-45.2017.8.19.0000) E VITOR PEREIRA ROSARIO LIMA SANTOS (HC Nº 0066367-11.2017.8.19.0000) AMBOS JULGADOS PELA CÂMARA NESTA DATA. LIBERDADE DOS PACIENTES QUE AMEAÇAM A ORDEM PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA APLICAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA MOTIVADA PELA PRÓPRIA CONDUTA DOS PROPRIOS TORCEDORES. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. AFASTAM-SE AS ALEGAÇÕES PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E DE FALTA DE JUSTA CAUSA OBJETIVANDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL OU A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. VERIFICA-SE QUE HOUVE DESCRIÇÃO CONDIZENTE DO FATO DELITUOSO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS, RESTANDO A DENÚNCIA DE ACORDO COM O PREVISTO NO ART. 41 DO CPP. O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA VIA CONSTITUCIONAL ELEITA, EMBORA VIÁVEL, É MEDIDA EXTREMA E EXCEPCIONAL, CABÍVEL APENAS QUANDO A DECISÃO IMPUGNADA ESTIVER EIVADA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE, DEMONSTRADA DE PLANO, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DA DILAÇÃO PROBATÓRIA NESTA SEARA. CONTUDO, NO CASO, AO CONTRÁRIO DO QUE ALEGA A DEFESA, VEJO, SIM, ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR A INSTAURAÇÃO OU MANUTENÇÃO DA AÇÃO. VITOR PEREIRA ROSARIO LIMA SANTOS DESATENDEU MEDIDA ANTERIOR MENOS GRAVOSA, TORNANDO NECESSÁRIA A IMPOSIÇÃO DO ÔNUS MÁXIMO. SAVIO AGRA SASSI COMO PRESIDENTE DA TORCIDA ORGANIZADA TINHA TOTAL CIÊNCIA DA PROIBIÇÃO PROFERIDA NOS AUTOS DE Nº 0430046-45.2013.8.19.0001 E A QUEM CABERIA, COMO LÍDER, DAR EXEMPLO AO GRUPO. FABIANO DE SOUZA MARQUES ESTEVE SUPOSTAMENTE ENVOLVIDO EM CRIME DE RIXA, E MESMO TENDO SIDO BENEFICIADO PELA TRANSAÇÃO PENAL, VOLTA À PRÁTICA, EM TESE, DE CRIME RELACIONADO A EVENTOS ESPORTIVOS. LUCAS DOS SANTOS VIANNA RESPONDE SOLTO POR CRIME DE ROUBO. EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA REALIZADA NO REFERIDO PROCESSO (PROCESSO Nº 0008134-18.2017.8.19.0001), FORA DEFERIDA A LIBERDADE PROVISÓRIA DO ORA PACIENTE COM MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. TODAVIA, VOLTA A PRÁTICA DE CRIME. THIAGO JONATHA DA SILVA GALDINO RESPONDE POR ROUBO NO PROCESSO Nº 0070619-54.2017.8.19.0001. CONCEDIDA A LIBERDADE PROVISÓRIA NAQUELE PROCESSO, EM MENOS DE SEIS MESES, O PACIENTE É PRESO EM FLAGRANTE POR ESTES FATOS, O QUE DEMONSTRA SEU DESCASO COM A JUSTIÇA. ADEMAIS, AO PACIENTE FABIANO DE SOUZA MARQUES A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA JÁ FORA NEGADA POR ESTA CÂMARA. ASSIM, COMO, NESTA SESSÃO,

NEGAMOS OS PEDIDOS DE VITOR PEREIRA ROSÁRIO LIMA SANTOS E SAVIO AGRA SASSI. ASSIM SENDO, POR ORA, A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE É O MEIO MAIS EFICAZ A GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL E ASSIM, DIVERSAMENTE DO QUE SUSTENTA O *PARQUET* EM SEU PARECER, NÃO DECORRE DE EQUIVOCADA APRECIAÇÃO DOS EFEITOS DE TRANSAÇÃO PRETÉRITA, MAS SIM DE VALORAÇÃO DE FATOS CONCRETOS QUE CONSTAM DOS AUTOS, VISANDO ASSEGURAR A PRÓPRIA PAZ NOS ESTÁDIOS. SALIENTE-SE, ADEMAIS, QUE EVENTUAIS CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS, POR SI SÓ, NÃO SÃO SUFICIENTES PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO, COMO VEM DECIDINDO O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA.

Destaque-se que mencionado *Habeas Corpus* foi julgado nesta E. Sétima Câmara Criminal em 29/11/2017, tendo sido interposto Recurso Ordinário Constitucional em 07/12/2017, encaminhado ao E. Superior Tribunal de Justiça em 13/12/2017, pendente de apreciação.

O *Habeas Corpus* ora em apreciação foi impetrado dia 04/12/2017.

No que tange ao paciente Savio Agra Sassi comungo do entendimento manifestado no sentido de que na qualidade de presidente da torcida organizada e diante da proibição proferida nos autos da ação penal de nº 0430046-45.2013.8.19.0001 (de suspensão de todos os integrantes da Torcida Jovem do clube Vasco da Gama de frequentar os locais onde sejam realizados eventos esportivos), deveria liderar com exemplos construtivos, de acatamento da ordem emanada do Poder Judiciário.

Ressalte-se que o esporte constitui um ambiente de lazer. No entanto, também exerce cunho pedagógico, em termos de disciplina e respeito às normas, seja em campo ou fora dele.

No que se refere ao paciente Vitor Pereira Rosario Lima Santos, constata-se que este responde a outro processo em conjunto aos corréus, igualmente por descumprimento do artigo 41 B do Estatuto do Torcedor (p. nº 0027757-86.2013.8.19.0202), tendo, ainda assim, se envolvido em fatos que ensejaram nova denúncia.

Quanto a Fabiano de Souza Marques, após realização de cirurgia e mesmo diante do uso de bolsa coletora e em usufruto de auxílio-doença até 11/12/2017 o eximiram de participação nos fatos após beneficiado por transação penal em crime de rixa.

O Impetrante justifica o atual pedido no encerramento do Campeonato Brasileiro do dia 03/12/2017.

Reputo que as condições que ensejaram a decretação da prisão preventiva não devem ser afastadas por tal circunstância.

Isto porque o que se pretende resguardar é a ordem pública, evitando-se a concretização de novas condutas danosas à sociedade como um todo, seja integrante da torcida, público frequentador dos Jogos, dentre os quais, famílias com crianças, jovens e idosos, transeuntes, impondo-se a garantia à integridade das pessoas seja de que campeonato ou amistoso participe o time da Torcida ora em questão.

Reafirmo a necessidade de abrigar os cidadãos de condutas perniciosas que lhes atinja a integridade, ou que venham a comprometer suas vidas ou saúde.

Ressalte-se, diante do narrado, que as medidas atribuídas em processos anteriores não foram impeditivas à ocorrência de novas condutas, razão pela qual a prisão dos ora pacientes se justifica.

Eventuais condições pessoais favoráveis do denunciado, não são, neste momento, aptas a revogar a prisão preventiva ou para o deferimento da liberdade provisória, uma vez que esta encontra respaldo em outros elementos dos autos.

Desta sorte, não vislumbro, no caso presente, qualquer constrangimento ilegal, eis que

demonstrado concretamente a existência de motivos que justificam a decretação da prisão cautelar.

Por todo o exposto, voto no sentido de direcionar o meu voto para a denegação da ordem.

RIO DE JANEIRO, 23 DE JANEIRO DE 2018.
DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
RELATOR

METRÔ. TORCIDA ORGANIZADA. AGRESSÃO A PASSAGEIRO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANO MORAL ARBITRADO CORRETAMENTE. DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

Responsabilidade Civil. Ação de indenização por dano moral decorrente de lesões sofrida pelo autor, praticadas por vândalos, enquanto aguardava composição metroviária em direção ao Maracanã para assistir a um clássico do futebol carioca (Botafogo x Flamengo). Sentença de procedência, arbitrada a indenização em R$ 3.000,00. Apelação de ambas as partes. Apelação da Ré reiterando o agravo retido contra a decisão que deferiu a inversão do ônus da prova em favor do Autor. Inversão do ônus da prova que constitui direito básico do consumidor, consagrado no artigo 6º, inciso VIII da Lei nº 8.078/90. Agravo retido que se rejeita. Preliminar de ilegitimidade passiva corretamente rejeitada. Contrato de transporte. Cláusula de incolumidade. Passageiro de metrô, vestido com a camisa de seu time, que aguardava composição metroviária que seguisse em direção ao Maracanã quando foi atingido por integrantes de torcida organizada rival. Necessidade de segurança redobrada em dias de jogos clássicos de futebol, como aquele em que ocorreu a agressão sofrida pelo Autor, que é notória, não podendo ser os conflitos entre torcedores considerados como eventos imprevisíveis e inevitáveis. Integrantes de torcida organizada que pularam as catracas com o intuito de cometer vandalismo. Evento danoso que poderia ter sido evitado com diligência na administração das estações metroviárias, principalmente em relação ao ingresso de pessoas nas estações para evitar possíveis confrontos entre torcedores, pois a Ré, ao assumir a prestação de serviço de transporte público, deve garantir a segurança e a tranquilidade do passageiro tanto nos vagões metroviários quanto em suas estações. Falha na prestação do serviço. Dever de indenizar. Dano moral configurado. *Quantum* da indenização por dano moral arbitrado em valor condizente com critérios de razoabilidade e de proporcionalidade e com a repercussão dos fatos em discussão. Honorários advocatícios de sucumbência arbitrados nos termos do artigo 20, § 3º do CPC de 1973, em vigor à época. Desprovimento de ambas as apelações.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível no Processo nº 0321740-45.2014.8.19.0001, em que são Apelantes BRUNO DOS SANTOS BARBOSA e CONCESSÃO METROVIÁRIA DO RIO DE JANEIRO S/A, e Apelados, OS MESMOS.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Vigésima Sexta Câmara Cível / Consumidor do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em rejeitar o agravo retido e negar provimento a ambas as apelações, nos termos do voto do Relator.

Trata-se de ação de conhecimento proposta por BRUNO DOS SANTOS BARBOSA em face de CONCESSÃO METROVIÁRIA DO RIO DE JANEIRO S/A, emendada conforme consta do índice nº 00026, alegando, em resumo: que, em 27/07/2014, por volta das 15:20 h, estava na estação Pavuna, junto com sua família, aguardando uma composição metroviária que seguisse em direção ao Maracanã, para assistir ao jogo entre Flamengo e Botafogo; que a estação não estava muito cheia, pois faltavam poucos minutos para

o início da partida; que, neste momento, alguns integrantes da torcida organizada do Botafogo "Fúria Jovem" pularam a catraca portando barras de ferro e pedaços de madeira com pregos nas pontas e começaram a agredir fisicamente todos os torcedores que estavam com a camisa do Flamengo; que sofreu lesões e recebeu os primeiros socorros no posto médico da Ré; que o fato foi comunicado à autoridade policial; que não foram tomadas as medidas de segurança necessárias; que houve falha na prestação do serviço e que os fatos lhe causaram transtornos. Ao final, requereu a apresentação das gravações de todas as câmaras de segurança instaladas na estação, relativas ao dia e hora da agressão, bem como que a Ré seja condenada ao pagamento de indenização por dano moral.

Em decisão que consta do índice nº 000125, foi deferida a inversão do ônus da prova, o que ensejou a interposição de agravo retido pela Ré (índice nº 000136).

A f. 148 (índice nº 000148), foi deferido o acautelamento da mídia apresentada pela Ré, tendo sido o vídeo exibido quando da audiência de instrução e julgamento (índice nº 000204).

A sentença (índice nº 000336) foi prolatada com o seguinte dispositivo:

> "Isto posto, julgo procedente o pedido autoral, nos termos do artigo 269, I do CPC, para condenar a ré a pagar ao autor a quantia de R$ 3.000,00 (três mil Reais) a título de indenização por danos morais, quantia esta que deverá ser corrigida monetariamente desde a data da publicação desta sentença e de juros de 1% ao mês desde a citação até a data do efetivo pagamento.
>
> Condeno ainda a ré ao pagamento das custas do processo e dos honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da condenação."

O autor interpôs apelação (índice nº 000261) objetivando a majoração do *quantum* da indenização por dano moral, bem como dos honorários advocatícios de sucumbência para 20% sobre o valor da condenação.

Houve apelação da ré (índice nº 000267), requerendo o conhecimento do agravo retido contra a inversão do ônus da prova e reiterando a preliminar de ilegitimidade passiva, ao argumento de que os atos de vandalismo foram praticados por terceiros. No mérito, disse, em resumo: que o autor foi vítima de um grupo formado por mais de 50 criminosos que invadiram a estação da Pavuna, não com intenção de utilizar o sistema metroviário, mas com o único intuito de cometer ilícitos, tal como acontece em um "arrastão"; que se trata de fato estranho à atividade que desempenha; que a segurança dos torcedores é questão de ordem pública e, portanto, dever do Estado; que, em dias de jogos, participa, em conjunto com o Estado, da organização de um esquema especial de operação de forma a atender com qualidade a demanda de torcedores que utilizam o seu sistema para se deslocar em direção aos estádios; que sua atuação se limita no aumento do número de composições, na adequação dos horários de transporte das torcidas organizadas e na disponibilização de um maior efetivo de funcionários que possam dar apoio à organização estabelecida pelos órgãos de Segurança Pública, tudo com o objetivo de dar agilidade ao serviço e evitar o encontro entre torcedores rivais; que o ingresso das torcidas nas estações é previamente agendado por líderes das mesmas junto à Secretaria de Segurança Pública e à concessionária e só ocorrem, mediante o acompanhamento da GEPE – Grupamento Especial de Policiamento em Estádios, formado por policiais militares, de forma a garantir a segurança dos torcedores; que a atuação dos seus agentes de segurança tem caráter operacional, para garantir a continuidade do serviço e está relacionada com a guarda das estações, dependências, cuidado, comodidade e tranquilidade do usuário do serviço, não tendo a

finalidade de prestar segurança pública aos cidadãos; que, tão logo se deparou com o ataque dos criminosos, solicitou o auxílio da Polícia Militar, que chegou ao local em menos de 20 minutos após o início do conflito; que não se recusou a prestar socorro; que inexistiu dano moral, e que, em caso de manutenção da condenação, o *quantum* da indenização deve ser reduzido.

Foram apresentadas contrarrazões (índices nos 000305 e 000312).

É o relatório.

Insurgem-se ambas as partes contra a sentença que condenou a ré ao pagamento de indenização por dano moral que o autor teria sofrido em decorrência de agressão de que foi vítima, dentro da estação metroviária da Pavuna.

Cumpre, inicialmente, apreciar o agravo retido interposto contra a decisão que deferiu a inversão do ônus da prova, o qual deve ser conhecido porque presentes os requisitos de admissibilidade, mas, no mérito, não é de ser provido, senão vejamos.

A inversão do ônus da prova, direito básico do consumidor consagrado no artigo 6º, inciso VIII da Lei nº 8.078/90, é uma regra de natureza processual que, a critério do Juiz, permite-lhe equilibrar a posição das partes no processo, ante a verossimilhança das alegações do consumidor ou a verificação de sua hipossuficiência.

Em outras palavras, a citada norma legal permite ao julgador assegurar a igualdade entre as partes, tendo sido a mesma corretamente aplicada neste caso, diante da verossimilhança das alegações do autor.

Rejeita-se, pois, o agravo retido, passando-se ao exame das apelações.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva, a mesma foi corretamente rejeitada na sentença, pois sendo a ré a concessionária responsável pela operação das linhas de metrô do Rio de Janeiro, é ela parte legítima para figurar no polo passivo da ação em que se discute o dano moral sofrido pelo autor em decorrência das lesões por ele suportadas dentro de uma estação metroviária.

No serviço de transporte, tem o transportador o dever de conduzir o passageiro incólume ao seu destino, sendo sua responsabilidade objetiva.

Tratando-se de obrigação de resultado é desnecessário perquirir sobre a culpa, se houve ou não desídia da empresa de transporte, pois, basta que a vítima demonstre o fato do transporte e o dano verificado para que se caracterize a responsabilidade do transportador pelo inadimplemento contratual.

No caso destes autos, não há controvérsia sobre a ocorrência do fato dentro de uma estação metroviária da ré, tendo a concessionária invocado o rompimento do nexo de causalidade ante a ocorrência de fato de terceiro.

Sustenta a ré, em resumo, que o autor foi vítima de um grupo formado por mais de 50 criminosos que invadiram a estação da Pavuna, não com intenção de utilizar o sistema metroviário, mas com o único intuito de cometer ilícitos, tal como acontece em um "arrastão", o que constitui fato estranho à atividade que desempenha, sendo que a atuação dos seus agentes de segurança tem caráter operacional, para garantir a continuidade do serviço e está relacionada com a guarda das estações, comodidade e tranquilidade do usuário do serviço, não tendo a finalidade de prestar segurança pública aos cidadãos, a qual é de responsabilidade do Estado.

A necessidade de segurança redobrada em dias de jogos clássicos de futebol, como aquele em que ocorreu a agressão sofrida pelo autor, é notória e de modo algum os conflitos podem ser considerados como eventos imprevisíveis e inevitáveis, tanto que a ré admite que participa, em conjunto com o Estado, da organização de um esquema especial de operação de forma a atender com qualidade a demanda de torcedores que utilizam o seu sistema para se deslocar em direção aos estádios.

Assim, o fato das lesões terem sido praticadas por terceiro não é capaz de elidir a responsabilidade da Ré, pois é incontroverso que alguns integrantes da torcida organizada do Botafogo "Fúria Jovem" ingressaram na estação metroviária da Pavuna portando barras de ferro e pedaços de madeira com pregos nas pontas e começaram a agredir fisicamente todos os torcedores que estavam com a camisa do Flamengo, o que configura falha na prestação do serviço.

Tem-se, portanto, que o evento danoso narrado pelo autor ficou comprovado, não ficando configurada qualquer excludente de responsabilidade da ré, o que lhe impõe o dever de indenizar o dano moral sofrido pelo passageiro, pois o abalo decorre do próprio acontecimento, da dor e aflição experimentados, e independe de outras provas.

O objetivo de ressarcir o dano moral é não apenas atenuar o sofrimento da vítima, mas também advertir o causador da lesão para que não pratique novas afrontas à honra das pessoas. Assim, deve a indenização ser fixada com moderação, para que não seja tão elevado a ponto de gerar enriquecimento sem causa para a vítima do dano, nem tão reduzido que não se revista de caráter preventivo e pedagógico para o seu causador.

Logo, o montante de R$ 3.000,00 (três mil reais), arbitrado na sentença, não comporta a modificação pretendida pelas partes, pois observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade e se mostra compatível com a repercussão dos fatos narrados nestes autos, tanto mais se considerado que deles não resultou qualquer prescrição médica ou mesmo afastamento da vítima de suas atividades habituais.

Por fim, com relação aos honorários advocatícios de sucumbência, foram os mesmos fixados em valor que se adequou aos critérios previstos no artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil de 1973, em vigor à época, não comportando a majoração pretendida pelo autor.

Diante do exposto, rejeita-se o agravo retido e nega-se provimento a ambas as apelações.

RIO DE JANEIRO, 08 DE SETEMBRO DE 2016.
DES. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA
RELATORA

TURF. JOCKEY CLUB BRASILEIRO. COMPETIÇÕES. CONTROLE *ANTIDOPING*. CONTRAPROVA. PRAZO. PENALIDADE DE SUSPENSÃO E MULTA. APLICAÇÃO CORRETA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. IMPROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

APELAÇÃO CÍVEL. TURF. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INSTAURADO PELO JOCKEY CLUBE BRASILEIRO EM RAZÃO DE *DOPING* EM CAVALO, TREINADO PELO AUTOR. APLICAÇÃO DE PENALIDADE DE SUSPENSÃO E MULTA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, SOB A ARGUMENTAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO AUTOR PARA REALIZAÇÃO DA CONTRAPROVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CIÊNCIA QUANTO A EXISTÊNCIA DE COLETA DE FLUIDOS BIOLÓGICOS DOS ANIMAIS COLOCADOS DO 1º AO 5º LUGARES, DO RESULTADO DO EXAME POSITIVO DE *ANTIDOPING*, BEM COMO, DA REALIZAÇÃO DA CONTRAPROVA, EM LABORATÓRIO ESTRANGEIRO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS PARA SUPRIMIR A IRREGULARIDADE FORMAL E ATINGIR A FINALIDADE DO ATO. LABORATÓRIO FRANCÊS, ESCOLHIDO DIANTE DA QUALIDADE DOS SERVIÇOS, PRESTADOS E APRIMORAMENTO DAS TÉCNICAS DE ANÁLISE. LEGALIDADE. DANO MORAL, NÃO CONFIGURADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0167801-79.2013.8.19.0001, em que é Apelante: Venancio Nahid e Apelado: Jockey Club Brasileiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na primeira sessão de julgamento, por maioria, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Como houve divergência, prosseguiu-se na forma do artigo 942 do CPC/2015 e, por maioria, negou-se provimento ao recurso, vencido o Des. BENEDICTO ABICAIR que dava parcial provimento ao recurso.

RELATÓRIO

Trata-se de ação, ajuizada por VENANCIO NAHID em face do JOCKEY CLUB BRASILEIRO, em que o autor pretende a declaração de nulidade das sanções, que lhe foram impostas, em razão da constatação de *doping* em cavalo sob seu treinamento. Requer a garantia de acesso aos hipódromos nacionais, disponibilização da decisão judicial de reconhecimento da nulidade no *site* da ré com destaque idêntico a da punição e compensação por danos morais.

O autor narra em sua inicial, que é prestigiado treinador de cavalos no mundo do turf, entre estes o "*Invictus*", vencedor do páreo, ocorrido em abril de 2013. Afirma que, após a devida realização de exames no Brasil, sofreu aplicação de penalidade de suspensão por 90 dias e multa por *doping*, sem prévia notificação por parte do réu. Destaca que o proprietário do animal, sr. Alessandro, sócio majoritário do *Beverly Hills Stud*, solicitou que o autor acompanhasse o exame *antidoping* do cavalo (contraprova de exame de *doping*), a ser realizado na França.

Alega o autor que nunca recebeu qualquer comunicação de procedimento administrativo por "*doping*" no cavalo "*Invictus*" e não imaginava existir qualquer investigação de *doping* no animal, pois já tinha sido pago o prêmio do páreo, disputado e, vencido em abril de 2013, após a realização de exames em laboratório no Brasil.

Aduz que diante do agendamento da contraprova, o Sr. Alessandro ingressou com ação pretendendo o adiamento do exame e, obteve a concessão de liminar, postergando a realização do exame de contraprova em 15 dias da data anteriormente designada, possibilitando o prosseguimento dos trabalhos de preparação para as competições a serem realizadas em 17, 18 e 19 de maio de 2013. Sustenta que, embora intimado, o presidente do Jockey não providenciou a suspensão da contraprova e determinou a confecção do boletim 134, que desclassificou o cavalo "*Invictus*" e puniu o autor com suspensão de 90 dias, o que o impede de frequentar as dependências de qualquer hipódromo no período que abrange os dois dias do Grande Prêmio de São Paulo, tendo havido o descumprimento do devido processo legal, instituído pelo Código Nacional de Corridas, ao deixarem de notificá-lo.

Requer a concessão da tutela antecipada para suspensão das penalidades, impostas ao autor, garantindo-lhe o acesso aos hipódromos nacionais e retirada do *site* do JCB de qualquer notícia quanto à penalidade, imposta. Ao final, requer a confirmação da tutela para declarar nula a pena, aplicada ao autor, bem como, condenar o réu a disponibilizar no *site* cópia da decisão, proferida nesses autos de nulidade do processo punitivo em idêntico grau de destaque com publicação da punição, além da compensação por danos morais.

Concessão de tutela antecipada a f. 87/89, suspendendo a eficácia da punição, imposta ao autor, determinando ao clube réu que se abstenha de impedir a participação do autor nos páreos e sua respectiva entrada em qualquer hipódromo, bem como, retire do seu *site*, no prazo máximo de 24 horas, o "Boletim 184", que impôs a penalidade ao autor, até ulterior deliberação, sob pena de incidência de multa da ordem de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) para cada dia de páreo.

O réu apresentou a contestação de f.234/250 com documentos a f. 251, em que, inicialmente, discorre sobre o *turfe* e a atividade do Jockey Clube Brasileiro, entidade turfística, regida pela

Lei do *Turfe* (Lei n° 7.291/84), que impõe aos órgãos do Ministério da Agricultura e entidades turfísticas o rigoroso controle *antidoping* nas competições. Pondera que a urgência, criada pelo autor para obtenção da suspensão de sua penalidade é explicada pela proximidade da data do "Grande Prêmio de São Paulo" (19/05/2013), três dias após a data marcada para a contraprova, (15/03/2013). Esclarece que, no dia 13/05/2013, o proprietário do cavalo "*Invictus*" ajuizou demanda (Processo n° 0159916-14) para adiamento da contraprova, marcada para o dia 15/05/2013, na França e, foi indeferida a tutela antecipada, mantendo a data da contraprova, tendo o autor interposto agravo de instrumento, perante o plantão noturno, às 21h40min do dia 14/05/2013 e, às 00h30min, foi deferida a medida liminar, determinando o adiamento da contraprova pelo prazo de 15 dias. Salienta que durante a madrugada não foi possível a adoção de medida, pois todos os funcionários do Jockey Clube Brasileiro estavam dormindo, o laboratório não estava em funcionamento e, não possuía o telefone da assistência técnica, nomeada para o acompanhamento da contraprova, nem o *email* do laboratório e, pela manhã, foi constatado que o exame havia sido realizado às 8h45min da França que corresponde a 04h45min do Brasil. Destaca que também é treinador dos cavalos do Sr. Luiz Fernando Alencar, Presidente da Comissão de Corridas do Jockey Club Brasileiro e, em razão desta proximidade, este entrou em contato com o autor para informar do resultado do *antidoping* e verificar o interesse no acompanhamento da contraprova, tendo o autor respondido de forma afirmativa, da mesma forma que o proprietário, ao afirmar que "existe intenção do treinador do animal também estar presente". O presidente da comissão, então obteve a designação de data para realização da contraprova (15/05/2013) e, o representante do proprietário do cavalo, Sr. Eduardo Ratto de Freitas Guimarães, encaminhou mensagem, solicitando o adiamento do ato, o que não foi possível, em razão de viagem do responsável técnico do laboratório, Dr. Yves Bonnaire, o que foi devidamente informado aos interessados. Informa que o Jockey atendeu indicação, feita pela Associação Brasileira dos Criadores e Proprietários de Cavalos de corrida (entidade à qual o Ministério da Agricultura delega o registro genealógico dos cavalos da raça puro-sangue inglês de corrida) do *Laboratorie des Courses Hippiques*, em razão da sua eficiência e qualidade técnica para a análise dos exames *antidoping*, até porque nenhum laboratório brasileiro possui todas as acreditações, internacionalmente, exigidas, bem como cientificou os profissionais de *Turfe*, através da Resolução n° 107 da Comissão de Corridas. Informa que a comissão de corridas já aplicou, em outra ocasião, suspensão ao autor, igualmente, relacionada a envolvimento com *doping* animal. Salienta que o Sr. Alessandro Arcangeli, administrador da *Beverly Hills Stud*, é atualmente o presidente da APFT - Associação Paulista de Fomento ao Turf e, já foi Presidente da Comissão de corridas do Jockey Club de São Paulo, não sendo razoável acreditar que não possuía meios de contratar um assistente técnico para acompanhamento da contraprova. Aduz que não há dano moral indenizável, porque o autor tinha ciência inequívoca do resultado do *antidoping* e da data da realização da contraprova do *antidoping*.

Audiência de instrução e julgamento, com oitiva do autor e quatro informantes, indeferimento de pedido de provas, ante a ocorrência de preclusão, objeto de agravo retido do autor, conforme assentada de f. 368 e termos de f. 369/379.

Sentença, proferida a f. 460/464, pela douta Juíza da 12ª Vara Cível da Comarca da Capital, CARLA FARIA BOUZO, julgou improcedentes os pedidos do autor, condenando-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação a f. 470/486, repisando os argumentos,

narrados em sua inicial e, pretendendo a reforma da sentença. Reafirma que não foi formalmente notificado pelo réu do resultado positivo de *doping*, o que afronta o art. 172 do Código Nacional de Corridas, que disciplina a obrigatoriedade de notificação formal do treinador do animal avaliado. Salienta que a realização da contraprova no laboratório estrangeiro restringiu seu direito de defesa, ressaltando que 90% (noventa por cento) dos exames de *doping* são realizados por laboratórios nacionais. Acrescenta que foi demonstrado que o laboratório francês, que realizou a contraprova, utiliza critérios e parâmetros diferentes de avaliação de dopagem, uma vez que podem ser observadas situações em que o rigor é maior do que o observado no laudo do laboratório em São Paulo, em contrapartida, em outros casos, é o laboratório brasileiro que tem índices mais rigorosos enquanto o *Laboratoire des Courses Hippique* é mais tolerante. Aduz que comprovada a irregularidade de todo o processo punitivo, deve ser fixada indenização por danos morais, em montante a ser arbitrado.

Contrarrazões a f. 490/506, prestigiando a sentença.

É o relatório. Passo a votar.

VOTO

Inicialmente, destaco, que se aplicam ao caso as regras de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, considerando que o recurso foi interposto anteriormente à vigência do novo Código de Processo Civil. Todavia, o processamento e julgamento do presente recurso observará as regras do novel diploma processual, em estrita observância ao art. 14 do CPC, bem como do enunciado administrativo n. 2 do STJ, *in verbis*:

> 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

> Enunciado administrativo número 2: 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.

O recurso é tempestivo e merece ser conhecido por estarem presentes os demais requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, não se conhece o agravo retido, interposto, ante a ausência de requerimento expresso nas razões da apelação, como dispõe o § 1º do artigo 523 do CPC/73, *in verbis*:

> Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.
>
> § 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal)

O apelante pleiteia, no presente recurso, a declaração de nulidade da penalidade, aplicada pelo apelado após a identificação da substância *dexametasona*, na contraprova de *antidoping*, realizada pelo *Laboratoire des Courses Hippiques*, sediado na França (f. 138/151). Em consequência, pleiteou a condenação do apelado ao pagamento de indenização a título de danos morais e a disponibilização da decisão absolutória no *site* do apelado.

O cerne da questão recai, portanto, na observância ou não do devido processo legal administrativo, na realização do exame de *doping* e sua contraprova e a prática de ato ilícito, indenizável.

A questão em litígio é regida pela Lei nº 7.291/84 (Lei do *Turfe*), que dispõe sobre corridas e apostas; por seu regulamento, o decreto nº 96.993/88 e pelo Código Nacional de Corridas.

Segundo dispõe o art. 17 da Lei nº 7.291/84 e o art. 75 do decreto nº 96.993/88, caberá à

Comissão Coordenadora da Criação do Cavalo Nacional – CCCCN, fixar normas sobre o combate ao "*doping*", visando impedir a administração de agentes físicos ou químicos, estimulantes ou depressores, que possam alterar o rendimento normal do cavalo, em qualquer tipo de competição.

Em relação ao procedimento administrativo de avaliação de *doping*, se constata que o Código Nacional de Corridas, prevê expressamente a necessidade de notificação prévia e, por escrito, do treinador e do proprietário. Vejamos:

> Art. 172 – Tendo em vista o laudo do órgão de repressão à dopagem, a Comissão de corridas notificará, reservadamente, em carta protocolada, o treinador e o proprietário da constatação de anormalidade na amostra analisada. Constitui direito do proprietário e obrigação do treinador responsável acompanhar pessoalmente ou por seu representante devidamente credenciado, assistidos ou não por peritos profissionais de química, os exames que serão realizados no material colhido para contraprova.

Conforme relatado na contestação e, confirmado em audiência, a "notificação" de *doping* do cavalo foi feita ao autor através de ligação telefônica.

Em audiência, o informante Luiz Fernando Alencar, que na época era vice-presidente do Jockey e presidente da comissão de corrida, assim declarou:

> "que tomou conhecimento do resultado positivo do exame *antidoping* do *Invictus* em uma sexta feira; que o presidente do Jockey viajou para São Paulo no final de semana e comunicou o fato ao proprietário do cavalo; que segunda feira, dia de montagem do páreo, foi ao Jockey para comunicar o fato a Flavio e Venancio; que não os encontrou no local; que telefonou para Flavio e Venancio na sua sala do Jockey; que Venancio se disse surpreso com o resultado e informou que gostaria de participar da contraprova que ainda não tinha data designada; que Mayra (gerente de *turfe*) e Gustavo (secretario) ouviram a conversa telefônica (...) que a ligação foi na primeira segunda feira de maio, duas semanas antes do grande prêmio de São Paulo; que acha que foi dia 07 ou 09 de maio; que o Jockey estava mandado o material ao mesmo tempo para os laboratórios de São Paulo e da França; que ambos fizeram a primeira prova; que São Paulo foi negativo e na França positivo; que o laboratório da França fez duas vezes a primeira prova e ambas o resultado foi positivo; que o mesmo laboratório fez a contraprova também positiva" (f. 369)

Asseverou, ainda, "que acha que o Jockey não enviou carta comunicando o resultado ao Venâncio; que não sabe informar se foi enviada carta comunicando o resultado ao proprietário" (f. 370).

O autor, no depoimento de f. 378/379, confirma o recebimento do telefonema, comunicando o resultado do exame. Confira-se:

> que recebeu telefonema informando que tinha sido constado a ocorrência de *doping* no cavalo *Invictus*; que a informação causou estranheza ao depoente porque o cavalo não fora medicado; que não se recorda a data de tal telefonema; que antes da data de tal telefonema não foi dito ao depoente que o cavalo fora condenado por *doping*; que Luiz Fernando Alencar foi quem telefonou para o depoente; (...)
>
> (...) e ao receber o telefone do sr. Luiz Fernando Alencar não disse que iria acompanhar a contraprova; que a viagem envolve custos e não é o proprietário do cavalo; que respondeu que o cavalo não fora medicado e que o proprietário ia querer acompanhar a contraprova na sua opinião; que tem conhecimento da regra do CNC acerca da necessidade de acompanhamento pelo treinador da contraprova, bem como de um químico, porque não entende da matéria;

Dessa forma, embora inequívoco que a notificação do autor não observou o comando do art. 172 do Código Nacional de Corridas, cabe na presente hipótese, a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, segundo a qual, tendo o ato alcançado a sua finalidade, fica superada eventual irregularidade.

O resultado do exame *antidoping* foi noticiado ao autor em 07/05/2013 e a contraprova foi realizada no dia 15/05/2013.

No presente caso, a ciência do resultado do exame, ainda que de forma inadequada, permitiria que o réu comparecesse no laboratório francês, pois os custos com a viagem, em casos como esse, são arcados pelo réu, conforme dispõe a resolução da Comissão de Corridas.

Ademais, o réu afirmou em sua contestação que o resultado positivo do exame *antidoping* não permite a aplicação imediata de sanção, pois nenhuma penalidade pode ser aplicada até que a contraprova seja realizada – seja a desclassificação do cavalo ou a suspensão do autor, cabendo ressaltar que a penalidade somente foi imposta após a realização da contraprova.

Não bastasse, o réu anexou a f. 314/321, *emails* e mensagens de texto, enviada via celular, através de 'SMS', que demonstram a tentativa do réu em reagendar a contraprova, para data posterior a, inicialmente, agendada, sem contudo, obter êxito.

Ademais, conforme documento de f. 53, o proprietário de cavalo *Invictus* confirma o recebimento de carta, notificando-o acerca da presença da substância *dexametasona*, bem como, da data designada para realização da contraprova e, posteriormente, ingressou com ação, visando a dilação do prazo para realização da contraprova (processo nº 0159916-14.2013.8.19.0001), o que aproveitaria ao autor. Saliente-se que a referida ação foi extinta por perda do objeto e, confirmada a sentença em grau de apelação.

Por tais razões, não há que se falar em nulidade das penalidades, aplicadas ao autor.

Em relação a qualidade técnica do exame, escolhido para a realização da prova, não há nos autos nenhuma prova que afaste a credibilidade do laboratório francês, ressaltando que nenhum dos depoentes desqualificou a escolha do local da contraprova.

As normas legais, que regem as competições e corridas, atribui ao Jockey Club a competência para definir o laboratório que irá ser realizado o *antidoping*, tendo o dever de notificar o proprietário do animal quanto à data, tal como realizado na hipótese.

Em caso similar, assim decidiu este Egrégio Tribunal:

> 0050136-74.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
>
> GUARACI DE CAMPOS VIANNA - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. *TURFE*. EXAME *ANTIDOPING* REALIZADO NA FRANÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA SUSPENSÃO DO MESMO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. - Não há que se falar em descumprimento de decisão judicial por parte do Jockey Club Brasileiro. Com efeito, o exame impugnado estava agendado para o dia 12/09/2015 na França. Ocorre que o agravado somente restou intimado acerca do sobrestamento pelo Juízo de 1º grau em 16/09/2015 e por esta Câmara Cível em 29/09/15, em momento posterior, portanto, à realização do exame no exterior. - Por conseguinte, a liminar concedida perdeu o objeto, posto que a perícia impugnada se consumou, diante da falta de tempo hábil para a intimação do recorrido, já que o próprio agravante deixou de recolher as custas atinentes ao ato. - Acresce-se que, ainda que tivesse alcançado seu objeto, tal decisão liminar há de ser revista pelos argumentos que se passa

a expor. - Cumpre ressaltar que as corridas e as apostas são regidas pela Lei nº 7.291/84 (Lei do *Turfe*), por seu Regulamento (Decreto nº 96.993/88) e pelo Código Nacional de Corridas ("CNC"), cabendo ao Ministério da Agricultura controlar e fiscalizar as entidades turfísticas que dependem de autorização governamental para funcionar. - Registre-se que tais entidades turfísticas são obrigadas pela Lei do *Turfe* exercer rigorosa repressão ao *doping*. Nesse sentido, o artigo 17 da Lei nº 7.291/84 define o *doping* como "a administração de agentes físicos ou químicos, estimulantes ou depressores, que possam alterar o rendimento normal do cavalo, em qualquer tipo de competição". - O Código Nacional de Corridas, ademais, estabelece em seus artigos 169 e 170 que, após a realização do páreo, o animal vencedor é encaminhado, juntamente com o seu treinador, para a coleta do material necessário ao exame *antidoping* e à contraprova de seu resultado positivo. - Outrossim, o artigo 172 da referida legislação específica dispõe que, em caso de constatação de presença de substância proibida ou qualquer anomalia quando da análise da primeira amostra, a Comissão de Corridas, órgão de direção e gerenciamento das corridas e apostas do CNC, notifica o proprietário e o treinador do animal para a ciência do resultado positivo e da data designada para a contraprova, através de uma segunda amostra. - Assim, compete ao Jockey Club definir o laboratório que irá ser realizado o *antidoping*, tendo o dever de notificar o proprietário do animal quanto à data, tal como realizado na hipótese. - Não há que se falar em cerceamento de defesa, sendo certo que o suscitado a f. 320/332 cuida-se de inovação em sede recursal, tratando-se, ademais, de questões atinentes ao mérito da demanda principal a ser analisada pelo Juízo de 1º grau após a devida instrução processual, sob pena de supressão de instância. - Litigância de má-fé não configurada. REVOGAÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA. RECURSO DESPROVIDO

Como se sabe, para responsabilização civil subjetiva, se exige a presença de três requisitos: ato ilícito, nexo causal e dano.

Outrossim, não há dano de ordem imaterial que possa ser imputado ao apelado, uma vez que ao aplicar as penalidades decorrentes do reconhecimento do *doping*, apenas aplicou a lei que rege o *turfe*. Assim, ausente o ato ilícito, fica afastada a responsabilidade civil do réu.

Pelo exposto, voto pelo desprovimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 17 DE MAIO DE 2017.
DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA
RELATORA

VOTO VENCIDO

Votei vencido, com as vênias de meus pares, entendendo que o recurso deve ser parcialmente provido.

Trata-se de ação anulatória c/c obrigação de fazer c/c indenizatória ajuizada por Venancio Nahid em face do JOCKEY CLUB BRASILEIRO, na qual pretende a declaração de nulidade das sanções que lhe foram impostas em razão da constatação de *doping* em cavalo sob seu treinamento, garantia de acesso aos hipódromos nacionais, disponibilização da decisão judicial de reconhecimento da nulidade no *site* da ré, bem como compensação por danos morais.

Sustenta o autor que é prestigiado treinador de cavalos, entre eles o "*Invictus*", vencedor do páreo ocorrido em abril de 2013 e, após a realização de exames no Brasil, sofreu aplicação de penalidade de suspensão por 90 dias e multa por *doping*, sem sua prévia notificação.

Destaca que recebera ligações telefônicas do proprietário do animal, sócio majoritário do *Beverly Hills Stud*, solicitando que acompanhasse a contraprova a ser realizada na França e dando conta da obtenção de medida liminar para

postergação do exame, possibilitando o prosseguimento dos trabalhos de preparação para as competições a serem realizadas nos dias 17, 18 e 19 de maio de 2013.

Relata que o presidente do Jockey foi intimado, mas, em desobediência, não providenciou a suspensão da contraprova e determinou a confecção do boletim 134 que desclassificou o cavalo *Invictus* e lhe aplicou a pena de suspensão e multa.

Sustenta que houve descumprimento do devido processo legal instituído pelo Código Nacional de Corridas.

A sentença julgou improcedentes os pedidos.

A controvérsia, portanto, diz respeito a observância ou não do devido processo legal administrativo na realização da contraprova do exame *antidoping*.

A matéria é regida pela Lei nº 7.291/84 (Lei do *Turfe*), pelo decreto nº 96.993/88 e pelo Código Nacional de Corridas – CNC, que, em seu art. 172, prevê expressamente a necessidade de o proprietário e treinador do cavalo serem notificados sobre o *doping*:

> Art. 172 - Tendo em vista o laudo do órgão de repressão à dopagem, a Comissão de Corridas notificará, reservadamente, em carta protocolada, o treinador e o proprietário da constatação de anormalidade na amostra analisada. Constitui direito do proprietário e obrigação do treinador responsável acompanhar pessoalmente ou por seu representante devidamente credenciado, assistidos ou não por peritos profissionais de química, os exames que serão realizados no material colhido para contraprova.
>
> § 1º - A desistência do treinador de assistir aos exames, ou o seu não comparecimento por ocasião da sua realização, importará no prevalecimento do primeiro exame.
>
> § 2º - Caberá ao perito indicado pelo proprietário ou pelo treinador do cavalo assistir, fiscalizar e observar a exatidão dos resultados dos exames.

Veja-se que o mencionado artigo prevê que a notificação seja por carta protocolada, na medida em que constitui direito do proprietário e obrigação do treinador responsável acompanhar os exames que serão realizados no material colhido para contraprova.

Na hipótese, não há qualquer prova nos autos de que o autor tenha sido formalmente notificado, em observância ao art. 172 do Código Nacional de Corridas.

No meu entendimento, a notificação não pode ser considerada realizada através de simples telefonema, quando a lei prevê expressamente formalidade para o ato, ainda mais quando possa acarretar aplicação de severas penalidades e máculas à idoneidade, como na hipótese.

Dessa forma, entendo que a sentença deve ser reformada para julgar procedentes os pedidos de declaração de nulidade das penalidades impostas ao autor, bem como de disponibilização da decisão judicial no *site* da ré com destaque idêntico a da punição.

Por outro lado, o pedido de compensação por danos morais não deve ser acolhido.

A situação experimentada pelo autor causou-lhe transtornos, porém, pode ser vivenciada por qualquer treinador de cavalos. Além disso, o que se discute aqui consiste na questão formal de ausência de notificação do autor para acompanhar a contraprova, pois o fato, ou seja, o *doping* do cavalo restou configurado.

Portanto, entendo que a situação narrada pelo autor será plenamente reparável pela condenação da ré de se retratar em seu *site*, com a decisão judicial em destaque.

Pelo exposto, votei no sentido de dar parcial provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 17 DE MAIO DE 2017.
DES. BENEDICTO ABICAIR
VOTO VENCIDO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

GRATIFICAÇÃO DE APRIMORAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. LEI MUNICIPAL. AUMENTO DE DESPESA PARA A ADMINISTRAÇÃO. VÍCIO DE INICIATIVA. AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. DEVOLUÇÃO DE VALORES. NÃO CABIMENTO. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE.

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DO MUNICÍPIO DE ITABORAÍ QUE INSTITUI A CHAMADA "GRATIFICAÇÃO DE APRIMORAMENTO" PARA CUSTEIO DE CURSOS DE GRADUAÇÃO TECNOLÓGICA, BACHARELADO, LICENCIATURA, ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO, MESTRADO E DOUTORADO – LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR – ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS SOMADA À CRIAÇÃO DE DESPESA – VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO.

Em sede de repercussão geral (Tema nº 917), o Supremo Tribunal Federal fixou tese no sentido de haver usurpação de competência privativa do Chefe do Poder Executivo sempre que a lei, cujo projeto foi de iniciativa parlamentar, versar sobre o regime jurídico de servidores públicos e criar despesa para a Administração. No caso dos autos, a Lei nº 1.972/2006 do Município de Itaboraí dispõe sobre a concessão de gratificação de aprimoramento para custeio de cursos de graduação tecnológica, bacharelado, licenciatura, especialização, aperfeiçoamento, mestrado e doutorado, matéria que diz respeito ao regime jurídico. Demais, a norma prevê o pagamento da gratificação aos servidores municipais de todas as esferas de Poder e sem exigir que os cursos frequentados guardem relação com as atribuições do servidor, a evidenciar a natureza remuneratória e não *interna corporis* da disposição normativa. Desse modo, averiguada a afronta aos artigos 7º e 112 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Modulação temporal da declaração de inconstitucionalidade que se impõe, de modo a preservar os servidores beneficiados de boa-fé.

Procedência da representação com efeitos *ex nunc*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação de Inconstitucionalidade nº 0052160-70.2018.8.19.0000, sendo o Representante PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITABORAÍ e o Representado CÂMARA MUNICIPAL DE ITABORAÍ.

Acordam os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em julgar procedente a representação, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de representação de inconstitucionalidade em que o Prefeito do Município de Itaboraí, representante, busca a declaração de inconstitucionalidade total da Lei Municipal nº 1.972/2006, que dispõe sobre a concessão de "gratificação de aprimoramento aos servidores municipais". Narra o representante que a referida gratificação se destina ao custeio do valor da mensalidade de "cursos de graduação tecnológica, bacharelado, licenciatura, especialização, aperfeiçoamento, mestrado e doutorado" em que o servidor público estiver regularmente matriculado, a evidenciar sua natureza remuneratória. Com efeito, sustenta:

(i) a ocorrência de vício formal de inconstitucionalidade, pois a inciativa de lei que crie ou aumente remuneração de servidores públicos seria privativa do Chefe do Executivo, consoante artigo 112, §1º, II, "a" e "b", da Constituição do Estado do Rio de Janeiro – norma de reprodução obrigatória do artigo 61, §1º, II, "a" e "c", da CRFB/88. Nesse contexto, alega afronta ao princípio da separação dos Poderes, artigo 7º da Constituição Estadual e art. 2º da CRFB/88; e

(ii) a existência de vício material de inconstitucionalidade, eis que não haveria autorização específica para esses gastos na Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei Municipal nº 2.058/2008), o que violaria também o artigo 213, §1º, I e II, da CERJ (norma igualmente de reprodução obrigatória, com base no princípio da Simetria das Formas, cujo paradigma seria o artigo 169, §1º, I e II, da CRFB/88).

Requer, outrossim, a declaração de inconstitucionalidade total da lei ou, ao menos, que lhe seja dada interpretação conforme a CRFB/88 para que o benefício criado alcance apenas os servidores do legislativo municipal. Foi formulado, ainda, pedido de medida cautelar (f. 2/12).

Instada a se manifestar, a Câmara Municipal de Itaboraí apresentou a resposta de f. 23, "*confiando que este Nobre Judiciário dará a melhor e mais acertada conclusão à presente ação*".

Manifestação do Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro a f. 39/44 pela procedência do pedido exordial, reforçando as teses suscitadas de vícios formal e material.

Parecer do Ministério Público opinando pela inconstitucionalidade da lei e propugnando pela suspensão imediata da produção de seus efeitos (f. 46/54).

É o relatório. Passo a decidir.

VOTO

A principal discussão jurídica travada nos autos gira em torno da ocorrência, ou não, de vício de iniciativa no processo legislativo que culminou na promulgação Lei nº 1.972/2006 do Município de Itaboraí, aprovada a partir de iniciativa parlamentar. Para o representante, teria havido usurpação de competência privativa do chefe do Poder Executivo, único com atribuição Constitucional para propor projetos de lei que, relacionados ao regime jurídico de servidores públicos, criem despesas para a administração pública. Eis a íntegra da lei impugnada:

Art. 1º. Ficam os Poderes Municipais autorizados a conceder Gratificação de Aprimoramento, a ser paga aos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo, na forma desta Lei.

Art. 2º. A Gratificação de Aprimoramento referida no Art. 1º desta Lei, será concedida pelo chefe do Poder Municipal, ao servidor regularmente matriculado em curso ministrado por instituição de ensino superior, nas modalidades de ensino presencial de Graduação Tecnológica, Bacharelado, Licenciatura, Especialização, Aperfeiçoamento, Mestrado e Doutorado.

Art. 3º. Fará jus ao recebimento da Gratificação de Aprimoramento o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo, mesmo que em exercício de Cargo em Comissão ou Função Gratificada.

Art. 4º. A nenhum servidor público que receba vencimentos superiores ao valor de 5 vezes o salário-mínimo nacional será paga a Gratificação de Aprimoramento.

Art. 5º. A Gratificação de Aprimoramento será paga mensalmente, junto aos vencimentos do servidor e será igual:

I – a 100% do valor da mensalidade para os cursos de graduação tecnológica, bacharelado e licenciatura;

II – a 100% do valor da mensalidade para os cursos de Especialização e Aperfeiçoamento, limitada ao valor equivalente a duas vezes o Salário-Mínimo Nacional;

III – a 100% do valor da mensalidade para os cursos de Mestrado e Doutorado, limitada ao valor equivalente a três vezes o salário-mínimo nacional.

Art. 6º. A concessão da Gratificação de Aprimoramento a servidor matriculado em cursos de Mestrado e Doutorado, fica condicionada à emissão de Parecer Favorável de Comissão Especial, a ser criada no âmbito de cada Poder

> Municipal, integrada por 3 (servidores), que analisará, no prazo de 10 (dez) dias, requerimento do servidor interessado, que o instruirá com os documentos referentes ao curso, sendo fato decisivo a conveniência para a Administração Municipal dos conhecimentos a serem adquiridos pelo servidor, durante o Curso.
>
> Art. 7º. Os recursos para fazer face às despesas decorrentes da aplicação desta Lei são nos constantes das dotações orçamentárias próprias, de cada Poder Municipal, constantes da Lei Orçamentária em vigor.
>
> Art. 8º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Do que se apura, o caso dos autos se enquadra perfeitamente à ressalva feita na parte final da tese, uma vez que a gratificação de aprimoramento gera aumento de despesa para a Administração Pública e versa sobre regime jurídico de servidores públicos, vislumbrando-se, de fato, a ocorrência de vício de iniciativa, ante o que dispõe o art. 112, §1º, II, "a" e "b", da Constituição do Estado do Rio de Janeiro:

> Art. 112. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
>
> §1º. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:
>
> (...)
>
> II - Disponham sobre:
>
> a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica do Poder Executivo ou aumento de sua remuneração;
>
> b) servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade.

Nesse contexto, cumpre esclarecer que regime jurídico pode ser definido como o conjunto de direitos, deveres, garantias, vantagens, proibições e penalidades aplicáveis a determinadas relações jurídico-sociais qualificadas pelo Direito – e, entre as vantagens, incluem-se as gratificações das mais variadas naturezas. Como ensina HELY LOPES MEIRELLES, o regime jurídico "pressupõe preceitos sobre o ingresso no serviço (por concurso público), forma e limites de remuneração, deveres e direitos dos servidores, planos de carreira (...)" (***Direito Administrativo Brasileiro***, 40ª ed., 2014, p. 359). Assim, aliás, já decidiram ambas as Turmas da Suprema Corte:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. SISTEMA REMUNERATÓRIO. ALTERAÇÃO DA FORMA DE CÁLCULO DE GRATIFICAÇÕES E DA REMUNERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE LEGISLAÇÃO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - Agravo regimental a que se nega provimento." (STF, 2ª Turma, ARE 1.116.091 AgR/RN, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julg. 30/11/2018).
>
> "DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. DECRETO-LEI Nº 2.438/1988. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. CONSONÂNCIA DA

DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional, bem como a reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Majoração em 10% (dez por cento) dos honorários anteriormente fixados, obedecidos os limites previstos no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC/2015, ressalvada eventual concessão do benefício da gratuidade da Justiça. 4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, se unânime a votação." (STF, 1ª Turma, ARE 1.117.929 AgR/RJ, Rel. Min. ROSA WEBER, julg. 10/08/2018).

"DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO POLICIAL MILITAR – GHPM. LEI COMPLEMENTAR Nº 463/2012 DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. ESTABILIDADE FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 563.965-RG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, reafirmou a jurisprudência no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, assegurada a irredutibilidade de vencimentos. 2. 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. 3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015." (STF, 1ª Turma, ARE 1.116.095 AgR/RN, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, julg. 04/06/2018).

A propósito, em caso análogo ao destes autos, assim se pronunciou o Tribunal Pleno do STF:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 3º DA LEI Nº 15.215/2010 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO A SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. DISPOSITIVO INCLUÍDO POR EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. MATÉRIA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. REMUNERAÇÃO. AUMENTO DA DESPESA PREVISTA. VEDAÇÃO. MATÉRIA ESTRANHA AO OBJETO ORIGINAL DA MEDIDA PROVISÓRIA SUBMETIDA À CONVERSÃO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO DE INICIATIVA. ARTS. 2º, 61, § 1º, II, "A" E "C", 62 E 63, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. 1. Segundo a jurisprudência reiterada desta Suprema Corte, embora o poder de apresentar emendas alcance matérias de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, são inconstitucionais as alterações assim efetuadas quando resultem em aumento de despesa, ante a expressa vedação contida no art. 63, I, da Constituição da República, bem como quando desprovidas de pertinência material com o objeto original da iniciativa normativa

submetida a cláusula de reserva. Precedentes. 2. Inconstitucionalidade formal do art. 3º da Lei nº 15.215/2010 do Estado de Santa Catarina, por vício de iniciativa. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (STF, Tribunal Pleno, ADI 4.433/SC, Rel. Min. ROSA WEBER, julg. 18/06/2015).

Ainda nesse sentido, um julgado recente deste Órgão Especial:

"REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 001, DE 24 DE MARÇO DE 2010, QUE DISPÕE SOBRE O PLANO DE CARGOS E CARREIRAS DOS SERVIDORES DA CÂMARA LEGISLATIVA DO MUNICÍPIO DE CORDEIRO, E DA LEI Nº 1.876, DE 24 DE MARÇO DE 2014, DO MESMO MUNICÍPIO, QUE ALTERA A ESPÉCIE NORMATIVA DO ARTIGO 24 DA RESOLUÇÃO Nº 001/2010, PARA QUE PASSE À CONDIÇÃO DE LEI MUNICIPAL, SEM PROCEDER A QUALQUER AUMENTO DE DESPESA. VÍCIO DE INICIATIVA. INVASÃO DO PODER LEGISLATIVO NA COMPETÊNCIA RESERVADA AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA LEGISLAR SOBRE SERVIDORES PÚBLICOS E SEU REGIME JURÍDICO. PLANO DE CARGOS E CARREIRAS QUE INTEGRA O REGIME JURÍDICO ESTABELECENDO DIREITOS E DEVERES DOS SERVIDORES PÚBLICOS. (...) LEI HOSTILIZADA QUE DISPÕE SOBRE GRATIFICAÇÃO DE FORMA GENÉRICA, DE MODO QUE COMPETE AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTABELECER NORMAS GERAIS SOBRE REMUNERAÇÃO. GRATIFICAÇÃO QUE NÃO TEM CARÁTER ESPECÍFICO, DE INTERESSE INTERNO DA CASA LEGISLATIVA. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA SEPARAÇÃO E DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. OFENSA AOS ARTIGOS 7º, 77, *CAPUT*, 112, § 1º, INCISO II, ALÍNEA B E 345, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PRECEDENTES DESTA CORTE. (...)." (TJERJ, Órgão Especial, Representação de Inconstitucionalidade no 0036813-31.2017.8.19.0000, Rel. Des. LUIZ ZVEITER, julg. 16/07/2018).

Registre-se, por oportuno, que a lei questionada não versa sobre matéria *interna corporis* da Câmara, pois prevê o pagamento da gratificação de aprimoramento a servidores de todas as esferas do Poder Municipal – além de sequer exigir que os cursos frequentados guardem relação com as atribuições do servidor, o que evidencia a natureza remuneratória da norma. Observa-se, portanto, uma invasão à seara de competência do Executivo, em clara violação do princípio da separação dos Poderes previsto no artigo 7º da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

Por derradeiro, as decisões proferidas em sede de controle concentrado, ao declararem a inconstitucionalidade de determinada norma, produzem, em regra, efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Todavia, o art. 27 da Lei nº 9.868/99 autoriza, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a chamada modulação de efeitos temporais das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, desde que aprovada por maioria qualificada de 2/3 dos membros do órgão julgador. Essa norma, embora criada para regular o processo objetivo perante o Supremo Tribunal Federal, foi reproduzida no Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, cujo artigo 108, §2º, dispõe:

"Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Órgão Especial, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Com base nesse permissivo, sopesando-se os princípios envolvidos, não cabe exigir a devolução

dos valores que, porventura, foram pagos, direta ou indiretamente, aos servidores públicos do Município de Itaboraí, eis que recebidos de boa-fé. Assim, considerando-se a natureza da norma e o fato de que a lei se encontra em vigor há mais de uma década, deve-se atribuir efeitos *ex nunc* à presente declaração de inconstitucionalidade.

Pelo exposto, voto pela procedência da representação para que se declare a inconstitucionalidade da Lei nº 1.972/2006 do Município de Itaboraí com efeitos *ex nunc*, na forma do artigo 105, §6º, do RITJERJ, concedendo-se, desde já, nos termos do artigo 1.012, §1º, V, do CPC, a tutela pleiteada.

Nos termos do artigo 108 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, oficie-se ao representante e à autoridade responsável pela expedição do ato.

Publique-se.

RIO DE JANEIRO, 1º DE ABRIL DE 2019.
DES. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO
RELATORA

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA POR PREFEITO. LEI MUNICIPAL Nº 5.380/2017. COLETORES SELETIVOS DE RESÍDUOS NA MUNICIPALIDADE. VÍCIO FORMAL. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO AMBIENTAL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. VOTO VENCIDO.

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.380/2017. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. NORMA QUE DISPÕE SOBRE INSTALAÇÃO DE COLETORES SELETIVOS DE RESÍDUOS NA MUNICIPALIDADE. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA NÃO CONSTATADO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO MATERIAL, PORQUANTO A NORMA QUESTIONADA CUIDA DA IMPLEMENTAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 23, INCISO VI, DA CARTA MAGNA, QUE ESTATUI SER OBRIGAÇÃO CONCORRENTE DO MUNICÍPIO ZELAR PELA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E COMBATER A POLUIÇÃO. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO AMBIENTAL QUANDO O ASSUNTO TRATADO SER REVESTIR DE INTERESSE PREDOMINANTEMENTE DE INTERRESSE LOCAL. ALINHAMENTO COM A TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO TEMA 917. REPERCUSSÃO GERAL. ARE 878.911 RG/RJ. ENTENDIMENTO ASSENTADO PELA SUPREMA CORTE NO SENTIDO DE QUE NÃO CONFIGURA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO A LEI QUE CRIA DESPESAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUANDO NÃO TRATAR DA ESTRUTURA, DA ATRIBUIÇÃO DE SEUS ÓRGÃOS, OU AINDA, DO REGIME JURÍDICO DE SEUS SERVIDORES PÚBLICOS. REPRESENTAÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE, POR MAIORIA.

Vistos, relatados e discutidos os autos desta Representação de Inconstitucionalidade, nº 0060153-04.2017.8.19.0000 que tem como Representante o EXMO. SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA e como Representada a CÂMARA MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA.

Acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em julgar improcedente a representação.

Trata-se de Representação de Inconstitucionalidade proposta pelo Chefe do Poder Executivo do Município de Volta Redonda contra a Lei Municipal nº 5.380, de 21 de agosto de 2017, a qual dispõe sobre a instalação de coletoras seletivas de resíduos no âmbito municipal, nestes termos:

LEI MUNICIPAL Nº 5.380

EMENTA: DISPÕE SOBRE A INSTALAÇÃO DE COLETORAS SELETIVAS DE RESÍDUOS NO ÂMBITO DESTE MUNICÍPIO.

A CÂMARA MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA APROVA E EU, EM CONFORMIDADE COM O §8º DO ARTIGO 60 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO, PROMULGO A SEGUINTE LEI:

ART. 1º - A PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA INSTALARÁ, GRADATIVAMENTE, NO PRAZO NORMATIZADO PELO PODER EXECUTIVO, COLETORAS SELETIVAS EM TODAS AS REPARTIÇÕES PÚBLICAS DESTE MUNICÍPIO, BEM COMO NAS ESCOLAS, POSTO DE SAÚDE, HOSPITAL, TERMINAL DE PASSAGEIROS E PRAÇAS, PARA RECEBER, SEPARADAMENTE, OS RESÍDUOS DESCARTADOS.

ART. 2° - AS COLETORAS SELETIVAS SERÃO INSTALADAS EM NÚMERO SUFICIENTE PARA RECEBER OS SEGUINTES RESÍDUOS:

I - PLÁSTICOS;

II - VIDROS;

III - PAPÉIS E PAPELÕES; E

IV - ORGÂNICOS.

§1º - PARA OS ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE DEVERÃO SER DISPONIBILIZADOS, AINDA, EM CONJUNTO COM OS DESCRITOS NO *CAPUT* DESTE ARTIGO, AS SEGUINTES COLETORAS SELETIVAS PARA OS SEGUINTES RESÍDUOS:

I - AMBULATORIAIS E DE SERVIÇOS DE SAÚDE; E

II - RADIOATIVOS.

§2º - DEVE SER OBSERVADA A RESOLUÇÃO CONAMA Nº 275, DE 25 DE ABRIL DE 2001, PARA A COMPRA E A IMPLANTAÇÃO DAS COLETORAS SELETIVAS.

ART. 3º - AS DESPESAS COM A EXECUÇÃO DA PRESENTE LEI CORRERÃO POR CONTA DAS DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS PRÓPRIAS, SUPLEMENTADAS SE NECESSÁRIO.

ART. 4º - FICA AUTORIZADO AO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL A TOMAR TODAS AS DEMAIS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS AO CUMPRIMENTO DA PRESENTE LEI, DEVENDO INCLUSIVE, PROCEDER À REGULAMENTAÇÃO NECESSÁRIA NO PRAZO MÁXIMO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS, A CONTAR DE SUA PUBLICAÇÃO.

ART. 5º - ESTA LEI ENTRA EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO.

ART. 6º - REVOGAM-SE AS DISPOSIÇÕES EM CONTRÁRIO.

VOLTA REDONDA, 21 DE AGOSTO DE 2017.

Afirma que a referida norma é inconstitucional por vício formal de inciativa, porquanto deflagrada pelo Poder Legislativo, criando obrigações e despesas ao Poder Executivo, em manifesta invasão de competência tipicamente administrativa, haja vista se tratar de matéria afeta ao funcionamento e planejamento da Administração Municipal, a colidir diretamente contra o princípio da Separação dos Poderes e afrontando os artigos 112, § 1º, II, "d", e 145, VI, "a", ambos da Constituição Estadual.

De fato, este egrégio Tribunal possuía o entendimento assente no sentido de que legislações tais quais a aqui questionada invadiam a iniciativa de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, violando o preceituado nos artigos 7º, 112, § 1º, II, "d", e 145, VI, "a", da Constituição Estadual.

Contudo, diante do posicionamento adotado pelo colendo Superior Tribunal Federal no julgamento do Tema 917, através da sistemática da repercussão geral, forçoso concluir que não assiste razão ao Representante.

Com efeito, a Lei nº 5.616/2013, do Município do Rio de Janeiro, que instituiu a obrigatoriedade da instalação de câmeras de monitoramento nas dependências e cercanias de todas as escolas públicas da municipalidade, foi objeto de Representação de Inconstitucionalidade (processo nº 0023472-40.2014.8.19.0000) no v. Órgão Especial deste Tribunal, que a julgou procedente face ao vício de iniciativa (artigos 7º, 112, § 1º, II, "d", e 145, VI, da Constituição Estadual).

Entretanto, a questão foi conduzida até a Excelsa Corte (ARE 878.911 RG/RJ) que, em repercussão geral, firmou entendimento no sentido de que as hipóteses de limitação da iniciativa

parlamentar estão taxativamente previstas na Constituição, não permitindo interpretação extensiva, e que a referida lei municipal, que prevê a obrigatoriedade de instalação de câmeras de segurança em escolas públicas e cercanias não cria ou altera a estrutura ou a atribuição de órgãos da Administração Pública, nem trata do regime jurídico de servidores públicos, repelindo a pecha do vício formal.

Por oportuno, reproduz-se o julgado:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. 2. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. LEI Nº 5.616/2013, DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE MONITORAMENTO EM ESCOLAS E CERCANIAS. 3. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO USURPA A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LEI QUE, EMBORA CRIE DESPESA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NÃO TRATA DA SUA ESTRUTURA OU DA ATRIBUIÇÃO DE SEUS ÓRGÃOS NEM DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS. 4. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA COM REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.
>
> (ARE 878.911 RG/RJ, RELATOR: MIN. GILMAR MENDES, JULGADO EM 29/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJE-217 DIVULG 10/10/2016 PUBLIC 11/10/2016).

Como corolário, sedimentou-se a Tese nos seguintes termos:

> "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)".

Ao contrário do vislumbrado pela Procuradoria de Justiça, a norma ora questionada, que determina instalação de coletoras seletivas de resíduos no âmbito municipal, não traduz criação ou extinção de Secretarias e órgãos da Administração Pública, tampouco importa em alteração de estrutura ou atribuição de órgão do Poder Reclamante e, menos ainda, aborda questão acerca de remuneração ou regime jurídico de servidores municipais.

Ademais, vale destacar que lei impugnada não institui atribuição nova ao ente municipal, eis que é obrigação concorrente do Município de zelar pela proteção do meio ambiente e combater a poluição, do que se pode afirmar que inexiste vício material, porquanto o conteúdo do ato normativo questionado é totalmente compatível com as diretrizes da Constituição Federal, conforme previsto no artigo 23, inciso VI, da Lei Maior:

> ART. 23. É COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS:
>
> (...)
>
> VI - PROTEGER O MEIO AMBIENTE E COMBATER A POLUIÇÃO EM QUALQUER DE SUAS FORMAS;

Logo, não se afigura no caso em tela que o Legislativo tenha violado a competência exclusiva do Executivo ou incorrido em vício material, não havendo afronta à Constituição. A jurisprudência da Excelsa Corte reconhece a competência municipal para legislar sobre direito ambiental quando a questão envolver interesse predominantemente local. Veja-se, neste sentido, julgado do Supremo Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 3.977/2009

DO MUNICÍPIO DE RIO CLARO/SP QUE PROÍBE A UTILIZAÇÃO, PELOS ESTABELECIMENTOS DAQUELA LOCALIDADE, DE EMBALAGENS PLÁSTICAS À BASE DE POLIETILENO OU DE DERIVADOS DE PETRÓLEO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. AUSÊNCIA DE VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA. INEXISTÊNCIA DE AUMENTO DE DESPESA. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. PRECEDENTES. 1. A LEI IMPUGNADA NÃO DISPÕE SOBRE NENHUMA DAS MATÉRIAS SUJEITAS À INICIATIVA LEGISLATIVA RESERVADA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PREVISTAS NO ART. 61, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 2. O DIPLOMA IMPUGNADO NÃO IMPLICA AUMENTO NAS DESPESAS DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. AINDA QUE ASSIM NÃO FOSSE, É DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, INCLUSIVE REITERADA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (ARE Nº 878.911/RJ-RG), QUE NEM TODA LEI QUE ACARRETE AUMENTO DE DESPESA PARA O PODER EXECUTIVO É VEDADA À INICIATIVA PARLAMENTAR. PARA QUE ISSO OCORRA, É NECESSÁRIO QUE, CUMULATIVAMENTE, A LEGISLAÇÃO TENHA TRATADO DE ALGUMA DAS MATÉRIAS CONSTANTES DO ART. 61, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU AOS MUNICÍPIOS A COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO AMBIENTAL QUANDO SE TRATAR DE ASSUNTO DE INTERESSE PREDOMINANTEMENTE LOCAL (RE Nº 586.224/SP-RG, TRIBUNAL PLENO, RELATOR O MINISTRO LUIZ FUX, DJE DE 08/05/2015 – TEMA 145). 4. O ASSUNTO TRATADO NA LEI MUNICIPAL IMPUGNADA CONSTITUI MATÉRIA DE INTERESSE DO MUNICÍPIO, POR ESTAR RELACIONADA À GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS PRODUZIDOS NA LOCALIDADE, ESPECIFICAMENTE DAS SACOLAS PLÁSTICAS, CONFORME CONSTA DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS AO PROJETO DE LEI QUE DEU ORIGEM AO DIPLOMA COMBATIDO. 5. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(RE 729.726 AGR, RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 06/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-245 DIVULG 25/10/2017 PUBLIC 26/10/2017)

Cumpre dizer, igualmente, que a citada lei foi editada seguindo tendência mundial na seara da limpeza urbana, no afã de evitar colapso nos lixões e proporcionar a reciclagem de materiais descartados.

Além disso, não se pode olvidar o que determina a Lei Federal nº 12.305, de agosto de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos:

ART. 1º ESTA LEI INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS, DISPONDO SOBRE SEUS PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E INSTRUMENTOS, BEM COMO SOBRE AS DIRETRIZES RELATIVAS À GESTÃO INTEGRADA E AO GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, INCLUÍDOS OS PERIGOSOS, ÀS RESPONSABILIDADES DOS GERADORES E DO PODER PÚBLICO E AOS INSTRUMENTOS ECONÔMICOS APLICÁVEIS.

§1º ESTÃO SUJEITAS À OBSERVÂNCIA DESTA LEI AS PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS, DE DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO, RESPONSÁVEIS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, PELA GERAÇÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS E AS QUE DESENVOLVAM AÇÕES RELACIONADAS À GESTÃO INTEGRADA OU AO GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS SÓLIDOS.

(...)

Segundo a referida legislação federal, o Município está incumbido de cooperar, gerenciar, fiscalizar a coleta seletiva, conforme se depreende dos seguintes dispositivos:

ART. 4º A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS REÚNE O CONJUNTO DE PRINCÍPIOS, OBJETIVOS, INSTRUMENTOS, DIRETRIZES, METAS E AÇÕES ADOTADOS PELO GOVERNO

> FEDERAL, ISOLADAMENTE OU EM REGIME DE COOPERAÇÃO COM ESTADOS, DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIOS OU PARTICULARES, COM VISTAS À GESTÃO INTEGRADA E AO GERENCIAMENTO AMBIENTALMENTE ADEQUADO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS.
>
> ART. 10. INCUMBE AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS A GESTÃO INTEGRADA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS GERADOS NOS RESPECTIVOS TERRITÓRIOS, SEM PREJUÍZO DAS COMPETÊNCIAS DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS FEDERAIS E ESTADUAIS DO SISNAMA, DO SNVS E DO SUASA, BEM COMO DA RESPONSABILIDADE DO GERADOR PELO GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS, CONSOANTE O ESTABELECIDO NESTA LEI.

Importante frisar, ainda, que a Lei nº 12.305/2010 estipula como condição de acesso a recursos da União ou por ela controlados, para fins de empreendimentos e serviços voltados à limpeza urbana, consoante se vê do artigo 18:

> ART. 18. A ELABORAÇÃO DE PLANO MUNICIPAL DE GESTÃO INTEGRADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS, NOS TERMOS PREVISTOS POR ESTA LEI, É CONDIÇÃO PARA O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS TEREM ACESSO A RECURSOS DA UNIÃO, OU POR ELA CONTROLADOS, DESTINADOS A EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS RELACIONADOS À LIMPEZA URBANA E AO MANEJO DE RESÍDUOS SÓLIDOS, OU PARA SEREM BENEFICIADOS POR INCENTIVOS OU FINANCIAMENTOS DE ENTIDADES FEDERAIS DE CRÉDITO OU FOMENTO PARA TAL FINALIDADE.

Portanto, conforme se infere da norma que rege a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a implementação da coleta seletiva vai além do serviço que o Representante parece se furtar, haja vista que proporciona ao Município aquisição de recursos oriundos de incentivos ou financiamentos junto a entidades federais de crédito.

Retornando à Tese nº 917, assentada pelo Supremo Tribunal Federal, como salientado alhures, esta indica que não configura usurpação da competência privativa do Chefe do Poder Executivo a lei que cria despesas para a Administração Pública, quando não tratar da estrutura, da atribuição de seus órgãos, ou ainda, do regime jurídico de seus servidores públicos.

Veja-se, sobre o tema, precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte:

> NÃO PROCEDE A ALEGAÇÃO DE QUE QUALQUER PROJETO DE LEI QUE CRIE DESPESA SÓ PODERÁ SER PROPOSTO PELO CHEFE DO EXECUTIVO. AS HIPÓTESES DE LIMITAÇÃO DA INICIATIVA PARLAMENTAR ESTÃO PREVISTAS, EM *NUMERUS CLAUSUS*, NO ART. 61 DA CB – MATÉRIAS RELATIVAS AO FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NOTADAMENTE NO QUE SE REFERE A SERVIDORES E ÓRGÃOS DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. (ADI 3.394, REL. MIN. EROS GRAU, J. 02/04/2007, P, DJE DE 15/08/2008.)
>
> REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL Nº 5.760/2014 QUE DISPÕE SOBRE A ACESSIBILIDADE DE LOCAIS DE USO COLETIVO PARA PESSOAS OSTOMIZADAS. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO E. STF, A PARTIR DO JULGAMENTO DA A.D.I. 4.060/SC, PARA, NO ÂMBITO DA DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, APROFUNDAR O FEDERALISMO COOPERATIVO EM DETRIMENTO DA CENTRALIZAÇÃO EXCESSIVA. COMPATIBILIDADE, SOB ESTA PERSPECTIVA, DO DIPLOMA CONTESTADO COM O ARTIGO 74, XIV DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ATRIBUIÇÃO DO MUNICÍPIO DE SUPLEMENTAR O ORDENAMENTO ESTADUAL E FEDERAL NO QUE COUBER E NO LIMITE DO INTERESSE LOCAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30, II DA CARTA DE 1988. PROTEÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA QUE

SE INSERE EM TAL DOMÍNIO. AUSÊNCIA DE AFRONTA A NORMAS DE HIERARQUIA SUPERIOR. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO E. STF EM HIPÓTESES CONGÊNERES. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS (INHERENT POWERS). OBRIGAÇÃO COMUM DAS UNIDADES FERATIVAS DE CUIDAR DOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS, NA FORMA DOS ARTIGOS 23 E 227 DA CRFB. SE A CONSTITUIÇÃO DESIGNOU TAL INCUMBÊNCIA À EDILIDADE, DEVE ASSEGURAR OS MEIOS DE CUMPRI-LA. VÍCIO FORMAL IGUALMENTE INCONFIGURADO. NÃO HÁ USURPAÇÃO DA INICIATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO NA LEI PARLAMENTAR QUE, EMBORA CRIE DESPESAS AO PODER PÚBLICO, NÃO VERSA PROPRIAMENTE O FUNCIONAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO OU O REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES. TESE FIRMADA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL (ARE Nº 878.911 - MIN. REL. GILMAR MENDES - PLENÁRIO VIRTUAL - JULGADO EM: 11/10/2016). PRECEDENTE VINCULATIVO FORMADO EM CASO NO QUAL TAMBÉM HAVIA OBRIGAÇÃO DE O EXECUTIVO CARIOCA INSTALAR EQUIPAMENTOS. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. (0059009-29.2016.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DES. CUSTÓDIO DE BARROS TOSTES - JULGAMENTO: 28/08/2017 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGÃO ESPECIAL)

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. LEI Nº 5778, DE 2014. SEMÁFOROS. UTILIZAÇÃO DE ENERGIA SOLAR. VÍCIO DE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 5.778/2014 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. DETERMINAÇÃO DE QUE OS SEMÁFOROS DESTE MUNICÍPIO UTILIZEM ENERGIA SOLAR. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PELA INOCORRÊNCIA DO VÍCIO. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. 1. TRATA-SE DE REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DA LEI Nº 5.778/2014 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, DE INICIATIVA DE MEMBRO DO PODER LEGISLATIVO, QUE DISPÕE SOBRE A IMPLANTAÇÃO OBRIGATÓRIA DE SEMÁFOROS FUNCIONANDO À BASE DE ENERGIA SOLAR. ALEGA O REPRESENTANTE QUE A LEI É EIVADA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E VÍCIO DE INICIATIVA. 2. ÓRGÃO ESPECIAL QUE VINHA ENTENDENDO, EM CASOS SEMELHANTES, PELA VIOLAÇÃO À RESERVA DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PARA PROPOR LEIS QUE VERSEM SOBRE ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ÓRGÃOS DAQUELE PODER. 3. JULGAMENTO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL QUE, ANALISANDO LEGISLAÇÃO QUE TORNAVA OBRIGATÓRIA A INSTALAÇÃO DE CÂMERAS DE MONITORAMENTO NAS DEPENDÊNCIAS E CERCANIAS DE TODAS AS ESCOLAS PÚBLICAS DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, REAFIRMOU JURISPRUDÊNCIA DAQUELA CORTE NO SENTIDO DE QUE AS HIPÓTESES DE LIMITAÇÃO DA INICIATIVA PARLAMENTAR ESTÃO TAXATIVAMENTE PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO, NÃO PERMITINDO INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA (TEMA 917). ASSIM, ENTENDEU QUE AS LEGISLAÇÕES COMO A PRESENTE, QUE NÃO CRIAM OU ALTERAM A ESTRUTURA OU A ATRIBUIÇÃO DE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NEM TRATAM DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS, NÃO USURPAM A INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. 4. FISCALIZAÇÃO, MANUTENÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DOS SEMÁFOROS QUE JÁ SÃO ATRIBUIÇÕES DAS SECRETARIAS MUNICIPAIS. LEGISLAÇÃO EM COMENTO QUE NÃO INOVOU NAS FUNÇÕES DOS ÓRGÃOS EXECUTIVOS, APENAS

TRATANDO DE MEDIDAS QUE JÁ SE INSEREM NAS SUAS INCUMBÊNCIAS. ATRIBUIÇÃO COMUM DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS DE PRESERVAÇÃO AO MEIO AMBIENTE, CONFORME ART. 23, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATENDIMENTO, *IN CASU*, À FUNÇÃO PRECÍPUA DO PODER LEGISLATIVO DE ESTABELECER DIRETRIZES AOS ÓRGÃOS EXECUTIVOS, MEROS BALIZAMENTOS GERAIS, CABENDO A ESTES, DENTRO DE SEUS CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, REGULAMENTAR ESTA LEI E ELABORAR O CRONOGRAMA DE SUBSTITUIÇÃO DOS SEMÁFOROS. 5. ALEGAÇÃO DE CRIAÇÃO DE DISPÊNDIOS NÃO PREVISTOS NO ORÇAMENTO. INOCORRÊNCIA, CONSIDERANDO QUE AS ATRIBUIÇÕES LIGADAS À CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DOS SINAIS DE TRÂNSITO JÁ SÃO INERENTES AO FUNCIONAMENTO DOS ÓRGÃOS EXECUTIVOS. TESE Nº 917 FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COMO ACIMA DESTACADO, ESTABELECENDO 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. ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO PROFERIDO PELO PRETÓRIO EXCELSO, GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PARA RECONHECER A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI EM COMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 5.778/2014 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. (0061491-47.2016.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - JULGAMENTO: 31/07/2017 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGÃO ESPECIAL)

REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL CARIOCA Nº 5497/15, QUE IMPÕE AO EXECUTIVO O DEVER DE DISPONIBILIZAR SERVIÇO VIRTUAL PARA O REQUERIMENTO DE CARTÃO DE GRATUIDADE DE ESTACIONAMENTO PARA O IDOSO. ALEGADO VÍCIO FORMAL, PORQUE A NORMA, DE INICIATIVA PARLAMENTAR, TERIA INVADIDO COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO EXECUTIVO, ALÉM DE CRIAR DESPESA QUE AFETA O PLANEJAMENTO ORÇAMENTÁRIO A CARGO DO PREFEITO. DE ACORDO COM A ATUAL ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO USURPA A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO LEI QUE, EMBORA CRIE DESPESA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NÃO TRATA DA SUA ESTRUTURA OU DA ATRIBUIÇÃO DE SEUS ÓRGÃOS NEM DO REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS (RE 878.911 RG/RJ. PLENO. REL. MIN. GILMAR MENDES, J. 29/09/2016). NORMA QUE PODERÁ ENSEJAR A REDUÇÃO DE GASTOS PÚBLICOS, POIS O INCREMENTO DO ACESSO VIRTUAL DIMINUIRÁ A DEMANDA DE SERVIDORES PARA O ATENDIMENTO PRESENCIAL. VÍCIO DE INICIATIVA NÃO CARACTERIZADO. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, POIS O PARLAMENTO MUNICIPAL, EXERCENDO A SUA FUNÇÃO TÍPICA DE LEGISLAR, BUSCOU CONFERIR CONCRETUDE AO DIREITO DE TRATAMENTO PREFERENCIAL AO IDOSO, PREVISTO NO ARTIGO 45 DA CARTA ESTADUAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (0062840-85.2016.8.19.0000 - DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DES. GABRIEL DE OLIVEIRA ZEFIRO - JULGAMENTO: 22/01/2018 - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGÃO ESPECIAL)

Assim sendo, não se constata a inconstitucionalidade alegada.

Ante o exposto, acordam os Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em julgar improcedente a representação.

RIO DE JANEIRO, 15 DE OUTUBRO DE 2018.
DES. FABIO DUTRA
RELATOR

VOTO VENCIDO

Ousamos divergir da douta maioria deste Egrégio Órgão Especial.

Trata-se de Representação por Inconstitucionalidade da Lei nº 5380, de 21 de agosto de 2017, que "dispõe sobre a instalação de coletoras seletivas de resíduos" no âmbito do Município de Volta Redonda.

O Representante sustenta a inconstitucionalidade da lei por violação aos arts. 7º, 112, §1º, II, "d", §2º, 145, VI, "a" e 345, todos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e ao princípio da separação dos poderes. Afirma que a lei padece de vício formal e material, por invasão de competência exclusiva do Poder Executivo, pois ao chefe do Executivo cabe a iniciativa legislativa sobre a organização e funcionamento da Administração Municipal, conforme arts. 112, parágrafo 1º, II, "d" e 145, VI, ambos da Constituição Estadual e a matéria tratada é vedada pela Constituição Estadual na ausência dos requisitos previstos.

Portanto, discute-se nesta ação a inconstitucionalidade de lei municipal, por vício formal – de iniciativa; e material – de matéria reservada.

A fim de alcançar maior eficiência, ante o "agigantamento e a complexidade da organização política"[1], atua o princípio da descentralização como instrumento informativo dos Poderes Orgânicos[2] e Funcionais do Estado.

No sentido orgânico, tem-se o centro da imputação do Poder Estatal. Ao passo que, no sentido funcional, tem-se o modo de exercê-lo.

Ao tratar da estrutura política do Estado brasileiro, a Constituição da República correlacionou os Poderes Orgânicos a suas respectivas funções, ainda que não de forma exclusiva.

Sabe-se que são três as funções básicas[3]. As exceções ou interferências funcionais são constitucionalmente expressas e devem ser interpretadas restritivamente de modo a preservar a independência e harmonia orgânica e funcional, nos termos do artigo 2º, da Constituição da República[4] e artigo 7º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro[5], com previsão também no artigo 7º, da Lei Orgânica do Município de Volta Redonda[6].

A Carta Magna, em seus artigos 61, §1º e 84, VI, a[7], relacionam as competências privativas de iniciativa do Chefe do Executivo da União. Rol reproduzido, com as devidas adequações de alcance, no artigo 112, §1º, e 145, VI, a, da Constituição do ERJ[8].

1 Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Forense, p.98

2 Poder Executivo; Poder Legislativo e Poder Judiciário.

3 Poder legiferante ou normativo; poder executante ou administrativo e poder judicante ou jurisdicional.

4 Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

5 Art. 7º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

6 Art. 7º - O Governo Municipal é constituído pelos Poderes Legislativo e Executivo, independentes e harmônicos entre si.

7 Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
(...)
II - disponham sobre:
(...)
b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
(...)
VI - dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

8 Art. 112 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
§ 1º - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que:
II - disponham sobre:
(...)
d) criação e extinção de Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto o art.

Em ambos, define-se como competência privativa do Chefe do Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre organização e funcionamento da administração pública no âmbito dos referidos entes – União e Estados.

Aos Municípios, como entidades federativas indispensáveis ao sistema federativo, a Constituição Federal, também consagrou sua autonomia dando-lhe capacidade de auto administrar, de auto governar e auto legislar - artigos 29, *caput*, e 30, artigo 34, VII, c, da CRFB[9].

Cabe ao Chefe do Executivo Municipal a iniciativa de leis que disponham sobre organização e funcionamento da administração pública no âmbito do ente municipal.

A invasão de determinado órgão na competência privativa de outro órgão caracteriza vício formal de iniciativa. E significa dizer que a inconstitucionalidade orgânica formal é a que se traduz na inobservância da regra de competência para edição do ato.

145, *caput*, VI, da Constituição;
Art. 145 - Compete privativamente ao Governador do Estado: (...)
VI - dispor, mediante decreto, sobre:
a) organização e funcionamento da administração estadual, que não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

9 Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;
Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
(...)
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
(...)
c) autonomia municipal;

Pela referida norma o Poder Legislativo Municipal criou uma obrigação de fazer para o Poder Executivo Municipal, que diz respeito diretamente à organização administrativa do Município de Volta Redonda.

Ocorre que, com base nos citados dispositivos constitucionais, constata-se que a iniciativa para leis dessa natureza é de exclusiva competência do Poder Executivo Municipal, jamais do Legislativo Municipal.

Ao assim fazer, o Legislativo Municipal usurpou da competência privativa do Chefe Executivo incidindo a norma em vício formal de iniciativa.

A doutrina sobre a matéria:

> "Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico."[10]
>
> "O desenho da separação de Poderes como concebido pelo constituinte originário é importante. A emenda que suprime a independência de um Poder ou que lhe estorve a autonomia seria imprópria."[11]

Tem-se a inconstitucionalidade material:

> "quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra ou um princípio."[12]

Verifica-se a usurpação de competência por parte de um Poder em detrimento de outro, portanto, a violação ao Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 7º da Carta Fluminense.

10 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. Saraiva, 2006, p. 26.

11 MENDES, Gilmar Ferreira, e Outros. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, 2007, p. 213.

12 BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. Saraiva, 2006, p. 26

O art. 145, VI, "a" da Constituição Estadual do Estado do Rio de Janeiro determina que compete privativamente ao Chefe do Poder Executivo dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da Administração.

O art. 53 da Lei Orgânica do Município de Volta Redonda[13] dispõe sobre a competência privativa do chefe do Executivo na criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração direta e indireta do Município.

Conclui-se, por todo acima exposto, que a Lei nº 5.380/2017, "dispõe sobre a instalação de coletoras seletivas de resíduos" no âmbito do Município de Volta Redonda, padece de inconstitucionalidade formal e material, na medida em que usurpa a competência do Chefe do Executivo do Município de Volta Redonda, em flagrante desrespeito aos Princípios da Separação dos Poderes e trata sobre a organização e funcionamento da Administração.

Diante do exposto, discordamos da douta maioria deste Egrégio Órgão Especial e o voto vencido é no sentido de julgar procedente a Representação para declarar, com eficácia *ex-tunc*, a inconstitucionalidade da Lei nº 5.380 de 21 de agosto de 2017 do Município de Volta Redonda, por violação arts. 7º, 112, § 1º, II, 'd' e 145, VI, 'a', todos da Constituição Estadual.

RIO DE JANEIRO, 27 DE FEVEREIRO DE 2019.
DES. KATYA MARIA DE PAULA MENEZES MONNERAT
RELATORA

DIREITO MARCÁRIO. VIOLAÇÃO À LEI DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA REGISTRADA. USO EXCLUSIVO. MARCAS SEMELHANTES. VEDAÇÃO. COMPETÊNCIA. FORO DO DOMICÍLIO DO AUTOR DA DEMANDA OU NO QUAL OCORREU O FATO.

DIREITO MARCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. Ação de obrigação de não fazer c/c indenizatória. Controvérsia acerca de uso indevido de marca registrada. Acolhimento de preliminar de incompetência relativa do Juízo e determinação para redistribuição do feito a um dos Juízos Cíveis da Comarca de Curitiba/PR, onde a ré é domiciliada. Registre-se que, no julgamento do REsp nº 1.704.520/MT, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema nº 988), a Corte Especial do STJ fixou a tese no sentido de que "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação". Portanto, considerando a inviabilidade de julgamento da questão relativa à competência apenas em sede de recurso de apelação, o presente recurso deve ser recebido e conhecido. Quanto ao mérito, importa salientar que no julgamento dos embargos de divergência em agravo de nº 783.280/RS, a Segunda Seção do STJ decidiu que nos termos do art. 100, V, "a" e parágrafo único do CPC/1973, que corresponde ao art. 53, IV e V do CPC/2015, para o julgamento de ação de abstenção de uso de marca cumulada com pedido de indenização, é competente o foro do domicílio do autor da demanda ou o foro no qual ocorreu o fato. Precedentes jurisprudenciais do STJ e TJERJ. Posto isso, afirma-se ser competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato, na forma do art. 53, V do CPC/2015, conforme a lei de regência. No caso em comento, a autora/recorrente optou pelo foro do seu domicílio para o ajuizamento da demanda, o que merece prestígio, nos termos expostos. Recurso provido.

13 Artigo 53 - Compete privativamente ao Prefeito Municipal a iniciativa das leis que versem sobre:
I - regime jurídico dos servidores;
II - criação e extinção de cargos e funções da administração direta, fundacional e autárquica do Município, ou aumento de sua remuneração;
III - orçamento anual, diretrizes orçamentárias e plano plurianual;
IV - criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração direta e indireta do Município.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento, em que é Agravante Marcia Helena Souza Silva e Agravado Adelita Manoel Glustak.

Acordam, por unanimidade de votos, os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em dar provimento ao recurso, pelas razões que seguem.

Trata-se de insurgência contra decisão que, em ação de obrigação de não fazer c/c indenizatória ajuizada por Marcia Helena Souza Silva, ora agravante, em face de Adelita Manoel Glustak, ora agravado, acolheu a preliminar de incompetência relativa do Juízo e determinou a redistribuição do feito a um dos Juízos Cíveis da Comarca de Curitiba/PR, a quem couber por distribuição, onde a ré é domiciliada.

Aduz a recorrente, em síntese, que a demanda em curso versa sobre um ilícito representado pela violação à lei de propriedade industrial que resguarda ao titular de marca registrada uso exclusivo, vedando a existência de marcas semelhantes, salvo com autorização do titular deste registro; ou seja, a pretensão é pela abstenção do uso de marca e as devidas indenizações.

Afirma que é incontroversa a adoção do foro do domicílio do autor ou local do ato/fato como sendo o foro competente para dirimir violações de marcas e outros direitos de propriedade intelectual, consoante farta jurisprudência, afastando-se, portanto, o foro de domicílio do réu como foro competente, pois, afinal, entende-se pela aplicação do foro específico, nos termos do antigo artigo 100, V, "a", parágrafo único do CPC de 1973, e hoje, artigo 53, V do CPC/2015.

Requer, assim, a reforma da decisão atacada no sentido de acolher a competência do Juízo de domicílio da autora para dirimir questões acerca de direito marcário e violações subsequentes.

Sem contrarrazões, consoante certidão exarada a f. 35.

Informações a f. 40/42 no sentido da manutenção da decisão ora alvejada.

É o relatório.

Na hipótese em tela, cuida-se de ação de obrigação de não fazer cumulada com indenizatória, proposta pela autora, ora agravante, em face da ré, ora agravada, decorrente de possível uso indevido de marca registrada.

Inicialmente, registre-se que, no julgamento do REsp nº 1.704.520/MT, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema nº 988), a Corte Especial do STJ fixou a tese no sentido de que "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".

Portanto, considerando a inviabilidade de julgamento da questão relativa à competência apenas em sede de recurso de apelação, o presente recurso deve ser recebido e conhecido.

Quanto ao mérito, importa salientar que no julgamento dos embargos de divergência em agravo de nº 783.280/RS, a Segunda Seção do STJ decidiu que nos termos do art. 100, V, "a" e parágrafo único do CPC/1973, que corresponde ao art. 53, IV e V do CPC/2015, para o julgamento de ação de abstenção de uso de marca cumulada com pedido de indenização, é competente o foro do domicílio do autor da demanda ou o foro no qual ocorreu o fato.

Os arestos a seguir exemplificam o entendimento:

"RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA E INDENIZATÓRIA. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS DERIVADOS DA PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. DIREITO MARCÁRIO E DIREITO AUTORAL. COMPETÊNCIA. FACULDADE DO AUTOR DE OPTAR PELO FORO DE SEU DOMICÍLIO. PRECEDENTES. 1 - Ação ajuizada em 08/06/2011. Incidente de exceção de incompetência proposto

em 06/10/2011. Recurso especial interposto em 09/05/2013 e atribuído à Relatora em 25/08/2016. 2 - Controvérsia que se cinge em estabelecer o foro competente para processamento e julgamento de ação cominatória, de compensação por danos morais e reparação por danos materiais decorrentes de violação a direito de marca e a direito autoral. 3 - A expressão delito contida no parágrafo único do art. 100 do CPC/1973 possui sentido abrangente, alcançando tanto os ilícitos de natureza civil quanto aqueles de cunho penal. 4 - O autor da ação que objetiva a reparação dos danos sofridos em virtude da prática de concorrência desleal possui a faculdade de escolher o foro de seu domicílio ou o do local do fato. 5 - Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 1.400.785 – RS - Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI – data de julgamento: 08/11/2016)"

"AGRAVO REGIMENTAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. APLICAÇÃO DA REGRA ESPECÍFICA DO ART. 100, V, "A", PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, QUE FACULTA AO AUTOR A OPÇÃO DE AJUIZAR A AÇÃO NO FORO DE SEU DOMICÍLIO OU NO FORO DO LOCAL EM QUE OCORREU O ATO ILÍCITO. COMPETÊNCIA DO FORO DO LOCAL DA OCORRÊNCIA DO FATO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO. 1 - A Segunda Seção desta Corte concluiu que a ação de reparação de danos em razão de contrafação ou a concorrência desleal deve ser ajuizada no foro do lugar onde ocorreu o ato ou fato, ainda que a demandada seja pessoa jurídica com sede em outro domicílio, prevalecendo, pois, a regra do art. 100, V, a, do Código de Processo Civil. 2 - Segundo entendimento mantido pela Terceira Turma desta Corte, no caso de ação cominatória cumulada com pedido indenizatório, pode o autor optar tanto pelo foro do local do fato, quanto o de seu domicílio, tendo em vista que o ato ilícito em questão pode ter natureza cível, bem como penal, nos termos do art. 100, parágrafo único, do Código de Processo Civil. 3 - O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 4 - Agravo Regimental improvido. (AgRg no Recurso Especial nº 1.347.669 – SP - Relator: Ministro SIDNEI BENETI – Data de julgamento: 20/11/2012)"

"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSATISFAÇÃO CONTRA A DECISÃO QUE NÃO ACOLHEU A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PRETENDE A AGRAVANTE QUE O PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO SEJA REALIZADO NA COMARCA EM QUE TEM A SUA SEDE E NÃO NO LOCAL EM QUE O FATO OU ATO ILICITO OCORREU. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, APÓS O JULGAMENTO PELA 2º SEÇÃO DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA Nº 783.280/RS, QUANTO À INCIDÊNCIA DA REGRA DE COMPETÊNCIA DO ARTIGO 100, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NAS AÇÕES DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. DECISÃO QUE NÃO MERECE REFORMA. RECURSO DESPROVIDO. (0064633-30.2014.8.19.0000 - Agravo de Instrumento - FÁBIO DUTRA - Primeira Câmara Cível - Data de julgamento: 10/11/2015)"

Posto isso, afirma-se ser competente o foro do domicílio do autor ou do local do fato, na forma do art. 53, V do CPC/2015, *in verbis*:

"Art. 53. É competente o foro:

(...)

V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves."

No caso em comento, a autora/recorrente optou pelo foro do seu domicílio para o ajuizamento da demanda, o que merece prestígio, nos termos expostos.

À conta do acima, dá-se provimento ao recurso, para reformar a decisão ora guerreada, mantendo a competência para o processamento e julgamento do feito no Juízo de origem.

RIO DE JANEIRO, 30 DE ABRIL DE 2019.
DES. ADOLPHO ANDRADE MELLO
RELATOR

EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DO IMÓVEL. LEVANTAMENTO. BEM DE FAMÍLIA. ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. SÚMULA 375 DO STJ. DIREITO À MORADIA. IMÓVEL UTILIZADO PARA RESIDÊNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. INCONTROVÉRSIA ACERCA DA NATUREZA RESIDENCIAL DO IMÓVEL PENHORADO. FRAUDE À EXECUÇÃO ALEGADA NO INTUITO DE AFASTAR O RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE. SITUAÇÃO DE INSOLVÊNCIA DA PARTE EXECUTADA NÃO DEMONSTRADA. POSSIBILIDADE DE ALIENAÇÃO DO BEM DESTINADO À MORADIA, EM BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR, SEM QUE SE CONFIGURE FRAUDE. PRECEDENTES DO STJ E DO TJERJ. "O RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO DEPENDE DO REGISTRO DA PENHORA DO BEM ALIENADO OU DA PROVA DE MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE". INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 375 DO STJ. NÃO OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS. IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 1º DA LEI Nº 8.009/90 QUE ATINGE A INTEGRALIDADE DO BEM. PRECEDENTES DO STJ E DO TJRJ. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Trata-se de Agravo de Instrumento nº 0002505-95.2019.8.19.0000, em que é Agravante: Espólio de José Fabrício Filho e Agravados: Espólio de Iskandar Hanna Arbache e Espólio de Antônio Hanna Arbache.

Após examinada, relatada e discutida a matéria objeto da impugnação recursal, ACORDAM os Desembargadores que integram a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em negar provimento ao agravo de instrumento interposto pela parte exequente.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Resende que, em sede de execução de título extrajudicial, determinou o levantamento da penhora que incidiu sobre imóvel de propriedade da parte executada, ora agravada, por se tratar de bem de família, previsto na Lei nº 8.009/90.

Eis o teor do *decisum*:

"Trata-se de impugnação à penhora interposta pelo Espólio de Antônio Hanna Arbache a f. 339/343, alegando, em síntese, que o imóvel objeto da constrição se trata do único bem constante do inventário do executado, o qual serve de residência à viúva e seus herdeiros, se tratando de bem de família. Requer a desconstituição da penhora.

Documentos juntados pelo impugnante a f. 346/359.

Resposta do impugnado a f. 360/372, em que aduz que o executado sempre se esquivou no presente processo de ser citado, dilapidando seu patrimônio até possuir apenas um único bem, o que caracteriza a fraude à execução. Alega que o imóvel é de alto valor, havendo possibilidade da penhora e que o CPC permite a alienação da totalidade do bem indivisível, independentemente de o terceiro não executado ser o coproprietário ou o cônjuge meeiro.

É o breve relatório. Decido.

A controvérsia reside no fato de se reconhecer ou não a impenhorabilidade de imóvel residencial

gravado como bem de família, que serve para moradia dos herdeiros do espólio executado, tratando-se de único bem deixado pelo falecido, o que é reconhecido pelo impugnante e comprovado pelo impugnado por meio dos documentos de f. 346/359.

A Lei nº 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família com o objetivo de assegurar o direito de moradia e garantir que o imóvel não seja retirado do domínio do beneficiário, que no caso dos autos se trata da viúva meeira e seus filhos, herdeiros do executado.

Em que pese se tratar de imóvel de valor considerável, não se pode negar que, ainda que o gravame não incida sobre a meação, a constrição acaba por ceifar a garantia constitucional de moradia (art. 6º, da CRFB/88) e, consequentemente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88).

É cediço que a morte do devedor não importa na extinção da cláusula que grava o imóvel como bem de família nem o torna hábil a ser penhorado para garantir pagamento das dívidas do falecido, não se perdendo de vista que "o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei", conforme determinação do art. 789, do CPC.

Diante do exposto, reconheço a impenhorabilidade do imóvel em questão e determino o levantamento da penhora.

Intimem-se.

Ao impugnado/exequente para prosseguimento da ação, requerendo o que couber."

Inconformada, a parte exequente interpôs o presente agravo de instrumento, pugnando pela reforma do *decisum* a fim de que seja mantida a penhora sobre o imóvel do devedor.

Para tanto, alega que a parte executada dilapidou seu patrimônio a fim de obstar a excussão de seus bens. Afirma que houve fraude à execução, visto que a parte executada vendeu um imóvel e dois automóveis após a deflagração da ação de execução, permanecendo apenas com o imóvel objeto deste recurso. Defende a possibilidade da penhora sobre bem indivisível, na forma do artigo 843 do CPC.

A parte executada apresentou contrarrazões (index 33), prestigiando a decisão recorrida.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, razão pela qual o mesmo deve ser conhecido.

Na presente impugnação recursal discute-se a viabilidade da constrição judicial que recaiu sobre o imóvel que serve de moradia à viúva e aos herdeiros do Espólio executado, tendo por fundamento a impenhorabilidade ex lege, por se tratar de bem de família.

Sobre o tema, a Lei nº 8.009/90 assim determina:

"Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados."

"Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente."

A exegese da referida norma é no sentido de resguardar o direito à moradia, com intenção de proteger o bem de família, que se caracteriza como o imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar.

Com efeito, em que pesem os argumentos da parte exequente, a análise dos autos não permite outra conclusão, senão a da natureza residencial e familiar do bem objeto da penhora, no qual residem a viúva e os herdeiros do devedor.

Frise-se que as declarações prestadas nos autos do inventário do devedor demonstram que o imóvel questionado é o único destinado à moradia (v. index 85 – pp. 08/15 do Anexo I).

E, neste ponto, convém ressaltar o entendimento preconizado no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, demonstrado que o imóvel penhorado é utilizado para residência do executado e sua família, forçoso reconhecer a incidência do artigo 1º da Lei nº 8.009/90, não havendo necessidade de que o imóvel residencial seja o único bem do devedor, bastando que seja o único que sirva de moradia para o núcleo familiar. Exegese do artigo 5º do referido diploma legal.

Veja-se:

> RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. PROPRIETÁRIA DE OUTROS BENS. LEI Nº 8.009/1990. IMÓVEL DE RESIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO. 1. Na origem, os embargos à execução foram julgados improcedentes e o Tribunal estadual manteve a penhora sobre o bem de família da recorrente, reconhecendo a existência de outro bem de sua propriedade de menor valor. 2. A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a Lei nº 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família daqueles que possuem mais de um imóvel. 3. O parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 8.009/1990 dispõe expressamente que a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência, o que não ficou demonstrado nos autos. 4. Recurso especial provido. (REsp nº 1.608.415/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 02/08/2016, DJe 09/08/2016)

Por sua vez, cumpre esclarecer que não assiste razão à parte exequente no que tange à alegação de fraude à execução, com o intuito de afastar o reconhecimento da impenhorabilidade sobre o bem de família.

Assim porque, na época em que a parte executada alienou seus dois automóveis, assim como o imóvel anterior (cujo valor da venda propiciou a compra do imóvel que é o objeto da penhora ora questionada), vigia o disposto no artigo 593, inciso II do CPC/73, pelo qual, para que fosse caracterizada a fraude à execução, seria necessário que o ato de alienação ou oneração de bens tivesse sido praticado na pendência de demanda judicial capaz de reduzir o alienante à insolvência. Esta regra foi reproduzida no artigo 792, inciso IV do Código de Processo Civil em vigor.

Diante desta premissa, surgem três situações que impedem a configuração da alegada fraude à execução no presente caso.

Em primeiro lugar, porque a parte exequente não se desincumbiu do ônus de comprovar a provável situação de insolvência do Executado à época da alienação.

Ressalte-se que o exame das declarações de bens do devedor, relativas aos anos de 2002 e 2003, não revelam a condição de insolvência civil (v. index 58 – pp. 07/10 do Anexo I).

Em segundo lugar, porque a jurisprudência já pacificou o entendimento de que o imóvel destinado à moradia do Executado, impenhorável na forma da Lei nº 8.009/90, pode ser alienado para a aquisição de outro imóvel, em benefício da

entidade familiar, sem que se configure a intenção de fraudar a execução, pois esta deve ser cabalmente demonstrada e não apenas presumida.

Neste caso, a característica de bem de família segue a coisa adquirida, tornando-a também impenhorável.

Confira-se:

> 0020219-73.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. FERDINALDO DO NASCIMENTO - Julgamento: 23/06/2016 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL
>
> AGRAVO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE CERTIDÃO PARA FINS DE AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL ABSOLUTAMENTE INSUSCETÍVEL DE CONSTRIÇÃO, NÃO VINCULADO À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO. PRECEDENTES DO STJ. O art. 615-A do CPC/73, vigente à época da decisão, condicionava a obtenção da certidão ali referida à existência de bens "sujeitos à penhora ou arresto." Em se tratando de imóvel absolutamente insuscetível de constrição, não vinculado à satisfação do crédito exequendo, resulta evidente o acerto da decisão agravada ao indeferir o pedido de averbação da existência da ação na matrícula do imóvel. Ao contrário do afirmado, eventual alienação do bem de família não implica, por si só, na inaplicabilidade do manto protetivo da Lei nº 8.009/90. Pode o devedor vender seu único imóvel residencial para comprar outro diante da oportunidade de um negócio vantajoso, em benefício da família, sem a intenção de fraude a credores que, no caso específico, deve ser cabalmente demonstrada e não apenas presumida. Raciocínio consagrado no Superior Tribunal de Justiça. recurso a que se nega provimento nos termos do art. 932, viii do CPC de 2015 c/c art, 31, viii, b, do RITJERJ.
>
> 0014197-28.2018.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. HENRIQUE CARLOS DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 24/07/2018 - QUINTA CÂMARA CÍVEL
>
> PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA DE IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. FRAUDE À EXECUÇÃO. Agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou impugnação na fase de cumprimento de sentença fundada na impenhorabilidade do bem de família. A Agravante era proprietária de imóvel e o alienou no curso da ação para dias depois adquirir outro imóvel, certo que todo o valor recebido na venda se destinou ao preço da aquisição, complementado com prestações. A penhora incidiu sobre o novo imóvel, que manteve a característica de bem de família, pois serve de residência da devedora. Impossível desconstituir a garantia de bem de família por fraude à execução a fim de atingir imóvel adquirido pela devedora. A fraude na execução alcança exclusivamente os bens alienados pelo devedor. Afastada a fraude à execução, a regra da impenhorabilidade do bem de família se impõe. Recurso provido.

Na hipótese *sub examine*, o imóvel alienado pela parte executada no curso da ação executiva destinava-se à sua moradia, sendo, portanto, atingido pela impenhorabilidade decorrente da lei. Assim, não há que se falar em fraude, pois seria mesmo impossível sua constrição.

Este é o raciocínio consagrado no Superior Tribunal de Justiça, conforme os seguintes arestos:

> PROCESSO CIVIL. LEI Nº 8.009/1990. RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO DO IMÓVEL À FILHA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. BEM INCINDÍVEL. IMPENHORABILIDADE DA TOTALIDADE DO BEM. 1. A impenhorabilidade do bem de família, via de regra, sobrepõe-se à satisfação dos direitos do credor, ressalvadas as situações previstas nos arts. 3º e 4º da Lei nº 8.009/1990, os quais devem ser interpretados

restritivamente. Precedentes. 2. O reconhecimento da ocorrência de fraude à execução e sua influência na disciplina do bem de família deve ser aferida casuisticamente, de modo a evitar a perpetração de injustiças - deixando famílias ao desabrigo - ou a chancelar a conduta ardilosa do executado em desfavor do legítimo direito do credor, observados os parâmetros dos arts. 593, II, do CPC ou 4º da Lei nº 8.009/1990. 3. Quando se trata da alienação ou oneração do próprio bem impenhorável, nos termos da Lei nº 8.009/90, entende-se pela inviabilidade - ressalvada a hipótese prevista no art. 4º da referida Lei - de caracterização da fraude à execução, haja vista que, consubstanciando imóvel absolutamente insuscetível de constrição, não há falar em sua vinculação à satisfação da execução, razão pela qual carece ao exequente interesse jurídico na declaração de ineficácia do negócio jurídico. Precedentes. 4. O parâmetro crucial para discernir se há ou não fraude contra credores ou à execução é verificar a ocorrência de alteração na destinação primitiva do imóvel - qual seja, a morada da família - ou de desvio do proveito econômico da alienação (se existente) em prejuízo do credor. Inexistentes tais requisitos, não há falar em alienação fraudulenta. 5. No caso, é fato incontroverso que o imóvel litigioso, desde o momento de sua compra - em 31/05/1995 -, tem servido de moradia à família mesmo após a separação de fato do casal, quando o imóvel foi doado à filha, em 02/10/1998, continuando a nele residir, até os dias atuais, a mãe, os filhos e o neto; de forma que inexiste alteração material apta a justificar a declaração de ineficácia da doação e a penhora do bem. 6. A proteção instituída pela Lei nº 8.009/1990, quando reconhecida sobre metade de imóvel relativa à meação, deve ser estendida à totalidade do bem, porquanto o escopo precípuo da lei é a tutela não apenas da pessoa do devedor, mas da entidade familiar como um todo, de modo a impedir o seu desabrigo, ressalvada a possibilidade de divisão do bem sem prejuízo do direito à moradia. Precedentes. 7. Recurso especial provido.

(REsp nº 1.227.366/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 17/11/2014).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRELIMINAR DE DESERÇÃO AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME. SÚMULA 7 DO STJ. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROTEÇÃO À MORADIA CONFERIDA PELA CF E PELA LEI Nº 8.009/90. ALIENAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. NÃO OCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DESTA CORTE. REVERSÃO DAS CONCLUSÕES DO ACÓRDÃO QUE IMPLICARIA, NECESSARIAMENTE, O REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Corte Regional afastou a alegada deserção, afirmando que o preparo foi regularmente complementado dentro do prazo, após intimação regular da parte. A reversão da conclusão alcançada na instância ordinária, como pretendida pelo recorrente, imporia a necessidade do revolvimento de circunstâncias fáticas, providência vedada pelo Enunciado 7 da Súmula desta Corte. 2. Em se tratando de único bem de família, o imóvel familiar é revestido de impenhorabilidade absoluta, consoante a Lei nº 8.009/1990, tendo em vista a proteção à moradia conferida pela CF; segundo a jurisprudência desta Corte, não há fraude à execução na alienação de bem impenhorável, tendo em vista que o bem de família jamais será expropriado para satisfazer a execução, não tendo o exequente qualquer interesse jurídico em ter a venda considerada

ineficaz. Incidência da Súmula 83 desta Corte. 3. A inversão do julgado a fim de reverter as conclusões do acórdão recorrido de que não se trata de bem impenhorável, por não ser bem de família implicaria, necessariamente, o reexame do acervo probatório dos autos, o que é defeso nesta Corte, a teor da Súmula 07/STJ. 4. Agravo Regimental da Fazenda Nacional desprovido.

(AgRg no AREsp 255.799/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 27/09/2013).

Em terceiro lugar, porque consoante o entendimento jurisprudencial firmado no Superior Tribunal de Justiça, não basta a simples existência de demanda contra o devedor da execução capaz de reduzi-lo à insolvência, sendo necessária, também, a averbação da penhora junto ao Serviço de Registro de Imóveis competente (o que dá ensejo à presunção *iure et iure* acerca da fraude) ou a prova da ciência do adquirente acerca da existência de ação judicial em curso apta a levar o devedor à insolvência, cujo ônus, neste caso, compete ao credor/exequente.

Neste sentido, confira-se o teor da súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça:

"O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente".

A propósito:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. INEXISTÊNCIA DE PENHORA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O ADQUIRENTE TINHA CIÊNCIA DA DEMANDA EM CURSO. TERCEIRO DE BOA-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. I - Na caracterização da fraude à execução, de acordo com a Jurisprudência desta Corte, a simples existência de ação em curso no momento da alienação do bem não é suficiente para instaurar a presunção de fraude, sendo necessário, quando não registrada a penhora anterior, "prova da ciência do adquirente acerca da existência da demanda em curso", a qual incumbe ao credor, sendo essa ciência presumida somente na hipótese em que registrada a penhora, na forma do art. 659, § 4º, do Cod. de Proc. Civil. II - O acórdão recorrido não se manifestou sobre a existência ou inexistência do conhecimento ou não conhecimento pelo adquirente, tendo apenas se baseado no argumento de que seria desnecessário o prévio registro para a caracterização da fraude à execução, bastando para tanto ação em curso com citação válida. III - A Sentença, porém, é bastante clara em afirmar que não houve comprovação de conluio fraudulento. IV - Embora evidente o esforço do agravante, não trouxe nenhum argumento capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, a qual, frise-se, está absolutamente de acordo com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo, portanto, a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental improvido.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE PENHORA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 375. MÁ-FÉ DOS TERCEIROS QUE NÃO SE PRESUME. ÔNUS DA PROVA QUE RECAI SOBRE O CREDOR-EXEQUENTE.

1. "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente" (Súmula nº 375/STJ).

2. Inexistente o registro da penhora, o ônus da prova de que o terceiro agiu com má-fé recai sobre o credor-exequente. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 953.747/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 30/08/2012)

In casu, o imóvel anteriormente alienado não se encontrava gravado. Ademais, não houve a comprovação nos autos de que o adquirente tivesse ciência da existência da demanda executiva deflagrada em face do executado à época da realização do negócio jurídico, o que afasta o reconhecimento da fraude.

Por fim, vale registrar que a impenhorabilidade atinge a integralidade do imóvel, não havendo que se falar em salvaguarda da meação, sob pena de tornar inócua a proteção conferida pela lei.

Neste sentido, a orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. BEM INDIVISÍVEL. IMPENHORABILIDADE DA TOTALIDADE DO BEM. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE NÃO OPONIBILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA EM RAZÃO DA NATUREZA DA EXECUÇÃO FISCAL. NÃO CORRESPONDÊNCIA COM OS FATOS PROCESSUAIS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONFIGURAÇÃO. APLICAÇÃO DE MULTA.

I - Na origem, cuida-se de embargos de terceiro opostos nos autos de execução fiscal movida pela Fazenda do Município de São Paulo objetivando desconstituir penhora sobre fração de imóvel.

II - A fração de imóvel indivisível pertencente ao executado, protegida pela impenhorabilidade do bem de família, da mesma forma como aquela parte pertencente ao coproprietário não atingido pela execução, não pode ser penhorada sob pena de desvirtuamento da proteção erigida pela Lei nº 8.009/1990. Precedentes: AgInt no AREsp nº 573.226/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017; e REsp nº 1.227.366-RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 17/11/2014.

III - A alegação da parte agravante de que o caso dos autos se enquadra na exceção legal prevista no art. 3º da Lei nº 8.009/90, a qual prevê a não oponibilidade da impenhorabilidade do bem de família à execução fiscal movida para a cobrança de imposto predial ou territorial (IPTU), não corresponde à verdade dos fatos, o que denota tentativa de alteração da inequívoca verdade processual e indução desta Corte a erro.

IV - Agravo interno improvido, com fixação de multa. (AgInt no REsp 1.776.494/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA DIVISÍVEL. PAVIMENTOS INDEPENDENTES. PENHORA DE FRAÇÃO IDEAL DO PAVIMENTO COMERCIAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A orientação jurisprudencial das Turmas componentes da Segunda Seção desta Corte Superior é firme no sentido de que o imóvel indivisível protegido pela impenhorabilidade do bem de família deve sê-lo em sua integralidade, sob pena de tornar inócua a proteção legal. 2. Contudo, esta Corte possui também o entendimento de que é viável a penhora de parte do imóvel caracterizado como bem de família, quando desmembrável, e desde que este desmembramento não prejudique ou inviabilize a residência da família. 3. No caso dos autos, o acórdão recorrido consignou tratar-se de imóvel com destinações distintas e separadas uma da outra, situando-se a parte comercial no pavimento térreo e a residencial no pavimento superior, ficando caracterizada a possibilidade de penhora da fração do bem relativa à parcela de uso comercial. 4. A alteração do acórdão recorrido, para concluir pela

indivisibilidade do imóvel ou afastar o seu uso comercial, na forma que pretende o recorrente, demandaria a reanálise do acervo fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 573.226/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Entendimento este que encontra reflexo na jurisprudência desta Corte de Justiça:

0020456-36.2014.8.19.0208 - APELAÇÃO Des. CARLOS EDUARDO DA ROSA DA FONSECA PASSOS - Julgamento: 09/08/2017 - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. Tempestividade. Demanda proposta antes da realização de qualquer ato de expropriação judicial. Impenhorabilidade do bem de família. Questão de ordem pública. Possibilidade de arguição a qualquer tempo e por simples petição. Penhora recaída sobre o único imóvel da meeira e destinado a sua residência. Bem adquirido na constância do casamento pelo regime da comunhão parcial de bens. Dívida oriunda de contrato de locação própria do locatário. Inexistência de fiança. Não incidência da exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90. Configuração do bem penhorado como de família. Impenhorabilidade absoluta que se estende à integralidade do imóvel. Impossibilidade de alienação e salvaguarda da meação. Recurso desprovido. Verba honorária majorada.

0007619-83.2017.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des(a). MÁRCIA FERREIRA ALVARENGA - Julgamento: 26/04/2017 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA SOBRE O IMÓVEL DA RECORRENTE. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. COMPROVAÇÃO PELA AGRAVANTE DE QUE O IMÓVEL É O ÚNICO DE SUA PROPRIEDADE E NELE RESIDE. COPROPRIEDADE ENTRE HERDEIROS. IMPENHORABILIDADE QUE SE ESTENDE À INTEGRALIDADE DO BEM. REFORMA DO *DECISUM*. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

0000036-72.1998.8.19.0207 - APELAÇÃO Des. JOSÉ ROBERTO PORTUGAL COMPASSO - Julgamento: 20/08/2014 - NONA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CIVEL. Processual civil. Alegação de que o imóvel penhorado é bem de família. Levantamento da penhora. Recurso do credor. Bem onde reside a viúva meeira apontado como bem de família. Inexistência de prova da insinceridade da alegação. Único bem existente no patrimônio do de cujus. Demonstrado que o bem penhorado está submetido à regra da impenhorabilidade. Inteligência da Lei nº 8.009/90. Mesmo tendo havido partilha do imóvel entre os herdeiros, a impenhorabilidade subsiste. A impenhorabilidade dos 50% restantes se estende à integralidade do bem. Precedentes do STJ. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso na forma do art. 557, do CPC.

Diante do exposto, forçoso concluir que a hipótese em tela reclama a incidência da proteção legal prevista no artigo 1º da Lei nº 8.009/90, devendo ser mantida a decisão recorrida que determinou o cancelamento da constrição que recaiu sobre o imóvel descrito nos autos, visto que o mesmo serve à moradia da viúva e dos herdeiros do Espólio executado.

A jurisprudência deste Tribunal de Justiça é firme neste sentido.

Confira-se:

0021733-03.2013.8.19.0021 - APELAÇÃO Des. FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA - Julgamento: 20/09/2017 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DÍVIDA DE CÔNJUGE FALECIDO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. Embargos de terceiro opostos por cônjuge supérsite e filho de executado falecido a buscar a desconstituição de penhora porque incidente sobre bem de família. Sentença de procedência. Apelo do embargado. 1. Demonstrado que o imóvel penhorado constitui residência da entidade familiar, há desconstituir a penhora sobre ele incidente se não demonstrada exceção legal à regra do art. 1.º da Lei nº 8.009/90. 2. Reconhecida a impenhorabilidade, é de manifesta falta de interesse discussão acerca da incidência da meação sobre o produto da alienação do bem (CPC, art. 655-B). 3. Recurso ao qual se nega provimento.

0024635-84.2016.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO Des. CAMILO RIBEIRO RULIÈRE - Julgamento: 25/04/2017 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Processo Civil - Acolhimento da Impugnação ao Cumprimento de Sentença - Penhora - Bem de Família. O agravante não nega que o imóvel indicado para efetivação da penhora constitui a residência dos agravados, no entanto, defende a possibilidade de penhora da casa do devedor quando evidenciada a fraude contra a execução. Indicação de outros bens à penhora pelos executados - Não restando demonstrada nos autos a ocorrência de fraude à execução, e tendo o próprio agravante reconhecido que o imóvel da Rua Angela Sant'Anna de Souza nº 76 - Petrópolis, é destinado à moradia dos agravados, incabível a sua penhora. Caracterizada a existência de bem de família, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.009/90, nenhuma reforma merece o *decisum* que, após examinar a matéria de direito, declarou o bem constrito como impenhorável, desconstituindo, por via de consequência, a penhora anteriormente deferida. Cabíveis honorários advocatícios em impugnação ao cumprimento de sentença, nos termos do artigo 85, parágrafo 1º do Código de Processo Civil - Desprovimento do Agravo de Instrumento.

Por conta de tais considerações, nega-se provimento ao recurso.

RIO DE JANEIRO, 30 DE JULHO DE 2019.
DES. SÉRGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES
RELATOR

INDENIZAÇÃO. ATRASO DE TRÊS DIAS EM VOO INTERNACIONAL. FESTIVIDADES DE RÉVEILLON. PASSAGEM DE ANO DENTRO DA AERONAVE. PROBLEMAS MACÂNICOS, ATRASOS, INFORMAÇÕES CONFUSAS, MAL SÚBITO DE PASSAGEIRO. FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATRASO DE 03 (TRÊS) DIAS DE VOO INTERNACIONAL. RÉVEILLON DENTRO DA AERONAVE, NO AEROPORTO DE MANAUS. SAÍDA PREVISTA DO RIO DE JANEIRO NO DIA 30 DE DEZEMBRO DE 2016, ÀS 23H15MIN, COM CONEXÃO EM NOVA YORK (CHEGADA ÀS 6H20MIN E SAÍDA ÀS 11H DO DIA 31 DE DEZEMBRO DE 2016), E DESTINO FINAL EM SÃO FRANCISCO (CHEGADA ÀS 14H36MIN DO DIA 31 DE DEZEMBRO DE 2016). AUTOR QUE SOMENTE CHEGOU A SEU DESTINO NO DIA 03/01/2017, EM DECORRÊNCIA DE CANCELAMENTO DO VOO POR PROBLEMAS MECÂNICOS, MAL SÚBITO DE PASSAGEIRA, NO SEGUNDO VOO PROPOSTO, QUE ENSEJOU UMA PARADA EM MANAUS DE DOIS DIAS, ANTE A NECESSÁRIA SUBSTITUIÇÃO DA TRIPULAÇÃO POR TER EXCEDIDO O NÚMERO DE HORAS DE VOO E AUSÊNCIA DE VOO DA COMPANHIA RÉ PARA NOVA YORK, NO DIA 01/01/2017. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR

A RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, NO VALOR DE R$ 906,56 (NOVECENTOS E SEIS REAIS E CINQUENTA E SEIS CENTAVOS), E DE INDENIZAÇÃO, NO VALOR DE R$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS), A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO EXCLUSIVO DO AUTOR PELA MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO OU RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA SENTENÇA, EM RAZÃO DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO SANADAS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADA. PRECEDENTE DESTA CÂMARA, DO MESMO VOO, EM QUE FOI FIXADA INDENIZAÇÃO DE R$ 8.000,00 POR DANOS MORAIS. VALOR QUE SE MOSTRA ADEQUADO E SUFICIENTE À COMPENSAÇÃO DOS TRANSTORNOS SOFRIDOS PELO AUTOR. SÚMULA 343 DESTA CORTE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o recurso de Apelação nº 003038612.2017.8.19.0002, em que figura como Apelante ANDRÉ CÔRTES POURCHET DE CARVALHO e Apelada AMERICAN AIRLINES INC.

Acordam os Desembargadores que compõem a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Na forma regimental (art. 92, §4º, do RITJERJ), adoto o relatório constante da sentença, que passo a transcrever:

"Trata-se de ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada por ANDRÉ CÔRTES PORCHET DE CARVALHO em face de AMERICAN AIRLINES INC. O autor alega, em síntese, que: (I) adquiriu passagens aéreas junto à ré para efetuar o trajeto Rio de Janeiro - São Francisco (EUA), com escala em Nova Iorque, entre os dias 30 e 31 de dezembro de 2016; (II) devido a problemas mecânicos na aeronave, o voo teve de pousar em Manaus, o que gerou enorme atraso e forçou os passageiros a passarem o réveillon de 2016, dentro da aeronave; (III) houve atraso, outrossim, no deslocamento dos passageiros para o hotel designado pela companhia aérea, o que obrigou o autor e sua família a passarem muitas horas de pé no aeroporto; (IV) o piloto do avião forneceu informações confusas aos passageiros, primeiro afirmando que a decolagem atrasaria, em virtude de um problema numa turbina; (V) durante o segundo voo - em que os passageiros foram realocados - uma passageira passou mal e teve de ser atendida às pressas pelos médicos a bordo; (VI) por força desses transtornos, o autor só conseguiu chegar a São Francisco na madrugada de 3 de janeiro de 2017, o que causou a perda das festividades de Réveillon que ele programara com sua família; (VII) toda a situação lhe gerou graves transtornos e sofrimento, muito além dos limites do "simples aborrecimento", originando danos morais indenizáveis. Diante de todo o exposto, requer a inversão do ônus da prova, na forma do art. 7º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, ante a presença dos requisitos autorizadores legais ; a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 906,56 (novecentos e seis reais e cinquenta e seis centavos), referentes às três diárias não usufruídas pelo autor, junto ao hotel em São Francisco, reservado com antecedência, em virtude do atraso, ocasionado pela falha na prestação dos serviços de transporte prestados pela ré e, o reembolso das despesas com alimentação, gasto que foi obrigado a arcar por ter sido privado do acesso às suas bagagens, em virtude da falha na prestação dos serviços da ré; sem prejuízo da compensação por danos morais na importância

de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), no mínimo, além dos ônus de sucumbência. Inicial e documentos a f. 03/78. Audiência de conciliação realizada, tendo restado infrutífera, conforme assentada de f. 120. Contestação a f. 122/138, acompanhada de documentos (f. 139/162), alegando, a ré, em resumo, que: (I) o voo inicialmente marcado para 30 de dezembro de 2016, foi cancelado devido a problemas mecânicos constatados, pouco antes da decolagem; (II) diante disso, o autor foi prontamente acomodado em novo voo, com saída no dia seguinte, tendo recebido integral assistência durante o período de espera - hotel para pernoite e vouchers para alimentação; (III) o pouso de emergência em Manaus foi ocasionado pelo fato de uma passageira sofrer uma convulsão, e não por culpa da ré; (IV) a ré prontamente providenciou toda a assistência necessária ao autor e demais passageiros e adotou as providências cabíveis para que o voo decolasse o quanto antes; (V) não houve qualquer ato ilícito comissivo ou omissivo por parte da ré, pois agiu no estrito cumprimento de seu dever legal, zelando, sobretudo pela ordem e pela segurança dos passageiros; (VI) o autor não comprovou os danos materiais que teria sofrido, e a situação descrita, por escapar totalmente à ingerência da ré, não teve o potencial de causar lesões a direito de personalidade (danos morais) do autor e/ou de sua família; (VII) por tais motivos, protesta pela improcedência total dos pedidos formulados. Réplica a f. 171/177, acompanhada de documentos (f.178/183), basicamente reiterando os argumentos da inicial. Instadas a se manifestarem em provas, o autor requereu a juntada de duas sentenças, condenando a ré em situações fáticas similares (f. 197/207) e a ré informou não ter mais provas a produzir (f. 219). Os autos vieram conclusos."

O dispositivo da sentença restou assim redigido (index. 000223):

"Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, resolvendo o mérito (art. 487, I do CPC/2015), para condenar a ré: (I) ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 906,56 (novecentos e seis reais e cinquenta e seis centavos), a título de indenização por danos materiais, acrescida de correção monetária segundo o índice TJ-RJ e de juros simples de 1% ao mês a contar da citação, eis que a hipótese é de responsabilidade civil contratual; (II) ao pagamento de indenização, no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), a título de compensação por danos morais, acrescida de correção monetária a contar da data da sentença, nos termos da Súmula 362/STJ e de juros simples de 1% ao mês a contar do evento danos, *ex vi* do art. 398 do Código Civil. Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação, nos termos do art. 85, § 2º do Código de Processo Civil."

Embargos de declaração do autor, no index. 000246, rejeitados na decisão do index. 000251.

Pagamento da condenação no index. 000259.

Recurso de apelação da parte autora (index. 000262), em que pugna pela majoração da indenização por danos morais ou pela anulação da sentença, em decorrência de omissão e contradição não sanadas nos embargos.

Contrarrazões da autora no index 000351 e da ré no 000404.

VOTO

De início, menciono que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade da apelação, que deve ser, por conseguinte conhecida.

Ressalte-se que se trata de relação de consumo, sujeita, portanto, às normas da Lei nº 8.078,

de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), motivo pelo qual deve ser levada em conta a vulnerabilidade do consumidor.

Alega o apelante que pretendia passar o Réveillon de 2016/2017 em São Francisco, acompanhado de sua família e amigos, tendo adquirido passagens aéreas junto à ré com o seguinte trajeto: Rio de Janeiro (Aeroporto do Galeão) no dia 30 de dezembro de 2016 (saída às 23h15min), com uma conexão em Nova York (chegada às 06h20min e saída às 11h00min do dia 31 de dezembro de 2016), e destino final em São Francisco (chegada às 14h36min do dia 31 de dezembro de 2016).

Contudo, apesar do planejamento feito com antecedência, teve sua expectativa frustrada em virtude do total descaso da apelada que, incorrendo em graves falhas na prestação de seus serviços, conseguiu a proeza de levar o apelante ao seu destino final (São Francisco – Califórnia) somente no dia 03 de janeiro de 2017 (mais de 3 dias de atraso).

Aduz que a conduta da ré lhe gerou danos morais, em razão dos seguintes pontos, em suma:

(i) retirada às pressas de uma aeronave que deixou de decolar por problemas mecânicos no Rio de Janeiro, com o consequente cancelamento do voo;

(ii) caótica remoção dos passageiros para um hotel, que claramente não detinha a infraestrutura necessária para abrigar 278 passageiros;

(iii) caótico transporte do hotel para o aeroporto, no dia seguinte;

(iv) permanência em gigantescas filas de *check in* e *check out* (aeroporto e hotel), nas quais o apelante permaneceu em pé por horas;

(v) falta de preparo e descaso dos funcionários da apelada, inclusive no atendimento de uma emergência médica que culminou em um pouso em Manaus, Amazonas (convertido em uma "escala" de quase dois dias);

(vi) Réveillon dentro de uma aeronave, na pista do aeroporto de Manaus;

(vii) novo deslocamento caótico a um hotel e ao aeroporto de Manaus, com gigantescas filas de *check in* e *check out* (aeroporto e hotel), nas quais o apelante permaneceu em pé por horas;

(viii) não ter acesso a suas bagagens por quase 48 horas, ficando o apelante com as mesmas roupas desde a sua saída do Rio de Janeiro até a sua chegada aos Estados Unidos;

(ix) permanecer apenas 1 dia em São Francisco, ao invés dos 4 dias planejados, em virtude do descaso da apelada, e ainda ser obrigado a arcar com o custo da estadia de hotel antecipadamente reservado; e,

(x) constatar que a apelada não agiu com transparência, omitindo informações e faltando com a verdade, contribuindo assim para agravar os transtornos a que o apelante e os demais passageiros da apelada foram submetidos.

A sentença foi de procedência do pedido, tendo fixado a indenização por danos morais em R$ 8.000,00, contra a qual se insurge o autor.

Primeiramente, rejeito a preliminar de nulidade da sentença, pois não se vislumbra qualquer vício insanável na mesma. Ainda que tenha havido erro material quanto às horas de atraso do voo, tal situação não é suficiente para gerar a anulação do julgado.

Ademais, estabelece o § 3º do art. 489 do CPC que "a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé". Logo, penso que as omissões alegadas pelo autor não restaram configuradas.

Quanto ao valor da indenização deve o julgador, imbuído de prudência e bom senso, considerando sempre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, fixar seu valor.

Neste sentido a lição do doutrinador SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

> "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 sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes".

Insta acentuar que o dano moral é todo sofrimento advindo de lesão aos direitos da personalidade, a sua reparação possui cunho pedagógico/punitivo e compensatório da dor, angustia e sofrimento oriundos do fato.

Na fixação da verba compensatória do dano moral, deve o Magistrado atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Desta forma, cumpre ao Juiz analisar a capacidade econômico/financeira do autor do dano e a repercussão da ofensa no campo ético e social da vítima.

Em outras palavras, o dano moral deve ser fixado de acordo com o bom senso e o prudente arbítrio do julgador, sob pena de se tornar injusto para a vítima e insuportável para o causador do dano.

No caso, não se discute o enorme transtorno suportado pelo autor em decorrência de sucessivas falhas da ré, acima elencadas. Contudo, em caso semelhante, relativo ao mesmo voo, esta Câmara se posicionou em igual sentido ao adotado na sentença, no que tange à quantificação do dano moral.

Vejamos:

0004018-42.2017.8.19.0203 - APELAÇÃO

1ª Ementa

Des(a). MURILO ANDRÉ KIELING CARDONA PEREIRA - Julgamento: 16/05/2018 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

EMENTA RECURSO DE APELAÇÃO. Ação de reparação por danos materiais e morais. Atraso de 03 (três) dias de voo internacional. Perda da festa de réveillon em Nova York. Sentença de parcial procedência dos pedidos autorais. Irresignação da Companhia de Transporte Aéreo. Prevalência da Convenção de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor. Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as convenções de Varsóvia e de Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor. (RE 636.331). A decisão do Supremo Tribunal Federal, ao assegurar a aplicabilidade da Convenção de Varsóvia e suas alterações posteriores, notadamente a Convenção de Montreal, dá sinais de que o Brasil está tomando as medidas necessárias para garantir a segurança jurídica que as empresas do ramo aeronáutico buscam em suas operações, além de demonstrar que o Brasil está seguindo os passos do mercado estrangeiro em busca de melhorias e qualidade do transporte aéreo, um dos setores que mais movimenta a economia nacional. Por fim, a decisão não visa limitar os direitos dos passageiros, mas sim reequilibrar a relação jurídica do contrato de transporte aéreo, cujos custos operacionais são enormes com investimentos em segurança, tecnologia, modernização, sempre visando garantir a efetividade do contrato de transporte, especialmente a cláusula de incolumidade. Atraso de três dias que teve como causas a manutenção mecânica da aeronave, o mal súbito em passageira e a necessária substituição da tripulação por ter excedido o número de horas de voo. Reparo mecânico da aeronave, responsável pelo atraso de 16 (dezesseis) horas, que se caracteriza como fortuito interno, não elidindo a responsabilidade da ré. Mal súbito advindo à passageira, posterior à decolagem (impondo o pouso de emergência em Manaus), e necessária substituição da tripulação por ter sido excedido o limite máximo de horas em voo que, embora se caracterizem como fortuitos

externos, não são concausas absolutamente independentes do fato primevo o problema mecânico na aeronave. Fatos supervenientes, relativamente independentes, que mitigam e não afastam - a responsabilidade da ré pelos danos morais sofridos pela autora. Mitigação do dano moral também pela constatação da limitação da responsabilidade da ré, bem como por ter adotado as providências cabíveis relacionadas à alimentação e estadia da autora. *Quantum* compensatório fixado na sentença no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) que se reduz para a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais). Danos materiais relacionados à alimentação da autora que devem ser indenizados pela ré. Perda de três diárias no hotel em Nova York que está intimamente atrelada ao fortuito interno primário, que acabou por albergar os danos advindos dos fatos supervenientes relativamente dependentes. Indenização que se impõe. Limite da Convenção de Montreal respeitado. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Não se desconhece que, em outro caso, também relativo ao mesmo voo, foi mantida, por este Colegiado, a indenização de R$ 20.000,00 por danos morais, em processo de relatoria do i. Desembargador CELSO SILVA FILHO:

0012916-65.2017.8.19.0002 – APELAÇÃO

1ª Ementa

Des(a). CELSO SILVA FILHO - Julgamento: 29/05/2019 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO. Ação de reparação por danos materiais e morais. Atraso de três dias de voo internacional. Perda de festa de réveillon em Nova Iorque pelos passageiros. Prevalência da Convenção de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor. Entendimento do E. STF. Aplicação do limite indenizatório previsto pela Convenção que alcança apenas os danos materiais, mas não os danos morais. Precedente desta Câmara. Artigo 19 da Convenção que isenta de responsabilidade o transportador se ele provar que adotou todas as medidas razoáveis para evitar ou reduzir os danos causados ao passageiro. No caso concreto, atraso de três dias que teve como causas a manutenção mecânica da aeronave, o mal súbito em passageira e a necessária substituição da tripulação por ter excedido o número de horas de voo. Hipótese em que o acervo probatório trazido aos autos demonstra que não foram fornecidos hospedagem, transporte e alimentação adequados aos passageiros durante todo o período de atraso. Dano material cuja indenização não sofreu impugnação específica pela ré. Dano moral igualmente verificado. Precedente da Câmara em demanda versando sobre o mesmo caso concreto. *Quantum* compensatório fixado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada autor pelo juízo de origem, que se mostra adequado, ante os excessivos transtornos vivenciados pelos apelados. Excepcional não acompanhamento da orientação desta C. Câmara, que, em caso do mesmo voo, reduziu a indenização para R$ 8.000,00. Juros de mora relativos à indenização por danos morais que devem correr a partir da data da citação. Sentença correta. RECURSO NÃO PROVIDO.

No entanto, cabe esclarecer que naquele caso, os autores adquiriram passagens de classe executiva, o que foi considerado como parâmetro para a fixação da indenização, conforme se verifica do trecho do acórdão em destaque:

"O montante indenizatório adotado pelo d. juízo de origem com referência aos danos morais, a saber, R$ 20.000,00, ultrapassa o precedente supracitado desta C. Câmara, motivo pelo qual votei acompanhando o ilustre relator naquela ocasião. O prestígio à jurisprudência,

> em especial a do colegiado integrado pelo relator, é medida salutar, e que contribui para o prestígio da isonomia entre os jurisdicionados. Ocorre que, reexaminando o caso concreto, na qualidade de condutor do voto, verifico que os apelados passaram por situações que em muito extrapolam os transtornos naturais advindos de uma viagem aérea, com destaque para a passagem em solo das festividades de um réveillon. A reparação por dano moral em casos assim deve corresponder acerca do dobro do valor pago por cada bilhete. No presente caso, deve ser estimado em cerca de R$ 15.000,00 o bilhete, por cada passageiro viajando em classe Executiva, no mês de dezembro e na época do réveillon, certo que o valor efetivamente pago pelos bilhetes não foi informado nos autos, o que totalizaria valor de indenização de R$ 30.000,00 por passageiro, sendo coerente (e inferior ao acima preconizado) o valor de R$ 20.000,00 arbitrado em primeiro grau. Pelas razões acima, e com as devidas escusas ao Colegiado, entendo ser imperativo afastar o parâmetro já adotado por esta Câmara em demanda que tratava do mesmo caso concreto, mantendo o montante compensatório de R$ 20.000,00 para cada autor. (f. 384)

Na hipótese em análise, o autor viajava de classe econômica, tendo pago o valor de R$ 3.160,70 (f. 24) pela passagem, razão pela qual se mostra adequada a quantia de R$ 8.000,00 para fins de compensação pelos danos morais sofridos, de acordo com o entendimento desta Câmara Cível.

Aplica-se ao caso a Súmula 343 deste Tribunal de Justiça com a seguinte redação: "a verba indenizatória do dano moral somente será modificada se não atendidos pela sentença os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação do valor da condenação".

Além disso, algumas sentenças citadas pelo autor em seu recurso, como parâmetro para a fixação do dano moral, foram reformadas em parte por esta Corte de justiça, a fim de reduzir o valor da indenização a patamar mais razoável.

Por tais fundamentos, conduzo meu voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao recurso, para manter a sentença.

RIO DE JANEIRO, 28 DE AGOSTO DE 2019.
DES. MARCOS ANDRÉ CHUT
RELATOR

DECLARAÇÃO DE VOTO

Ante a certeza da sabedoria de meus pares de que o sonho da liberdade só cresce no terreno do respeito pelas diferenças, ousei dissentir do eminente Desembargador Relator originário em razão dos fundamentos que alimentam o voto vencedor.

Desde logo, assevero que se tratando de recurso privativo do cidadão-jurisdicionado, em obediência ao dogma da *non reformatio in pejus*, acompanhava o desprovimento do recurso.

Em primeiro passo, penso que inconciliável o eventual hibridismo legislativo para solucionar questões afetas à eventuais vícios de serviço envolvendo contratos de transporte aéreo internacional, pois soberana a Convenção de Montreal. Assevere-se, outrossim, que absolutamente equivocados os críticos cânticos de reprovação à Convenção de Montreal, como se deletéria aos consumidores. Já em seu preâmbulo — que deve ser fonte para sua interpretação em todos os países e inclusive no Brasil — é clara ao demonstrar que uma de suas premissas é a proteção dos consumidores.

Vale destacar que em recente julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636.331 e do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618, o Supremo Tribunal Federal determinou a prevalência da Convenção de Varsóvia, complementada pela Convenção Montreal, sobre o Código de Defesa do Consumidor nos casos de transporte aéreo internacional de passageiros, fixando a seguinte tese sobre o tema 210:

> "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade

das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor" (STF, RE nº 636.331/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 25/05/2017).

Como sabido, o transporte internacional vem definido pela Convenção de Montreal (art. 1º, "2"), como "todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção"

Cabe igualmente ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal ao consagrar a orientação no sentido de que a Convenção de Montreal abarca tanto os prejuízos materiais quanto os morais, o montante indenizatório deverá guardar paridade com os lindes definidos no a 22, "1", da Convenção (4.150 DES)1, a saber: "Artigo 22. Limites de Responsabilidade Relativos ao Atraso da Bagagem e da Carga 1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro2". Dessa forma, seja à luz das convenções internacionais, seja em conformidade com a legislação consumerista, as cifras indenizatórias não merecem reparação, razão pela qual aderi ao resultado.

Penso, no entanto, que tem de ser levado em consideração o fato de que a norma internacional que rege a matéria deve prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor para eventual condenação de empresa aérea internacional por danos morais e materiais.

Veja-se a recente decisão tomada no Recurso Extraordinário (RE) nº 351.750, pelo Supremo Tribunal Federal:

"Os embargos de divergência devem ser providos, uma vez que o acórdão embargado está em dissonância com a atual jurisprudência desta Corte. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar em 25/05/2017 o mérito do RE nº 636.331, Rel. Min. GILMAR MENDES, e do ARE 766.618, da minha relatoria, sob a sistemática da repercussão geral, decidiu: (i) reduzir o valor da indenização de danos morais aos patamares estabelecidos na Convenção de Varsóvia e/ou Pacto de Montreal; e (ii) fixar a seguinte tese: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, deu parcial provimento aos embargos de divergência para conhecer e prover o recurso extraordinário e, com isso, determinar às instâncias de origem que apreciem novamente o feito, levando em consideração que a norma internacional que rege a matéria deve prevalecer sobre Código de Defesa do Consumidor para eventual condenação de empresa aérea internacional por danos morais e materiais.

Parece bem claro, então, que a Convenção de Montreal permite a indenização por qualquer tipo de dano sofrido pela vítima; o importante é que a indenização tenha caráter compensatório, e não punitivo. Esse dispositivo, claramente, foi criado para evitar que, nos países onde existem os chamados *punitive damages*, os mesmos venham a incidir na condenação. No Brasil, sabidamente, não existe o dano punitivo, haja vista a inexistência de autorização legal. A propósito, a redação

do artigo 944 do Código Civil deixa bem claro, a *contrario sensu*, a impossibilidade de se adotar o *punitive damages*.

A festança elevaria o som.

Pois bem.

Não há dúvida acerca da possibilidade de se manejar ação em razão de alguma intercorrência afeta ao transporte de passageiros, de bagagem e de carga. A ação, por sua vez, como advertido pela Convenção de Montreal, poderá encontrar fundamento na própria Convenção, em contrato, em ato ilícito, ou qualquer outra causa. No entanto, somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade como previstos pela Convenção.

Vai mais adiante para asseverar que nenhuma das referidas ações poderá outorgar indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória.

RIO DE JANEIRO, 10 DE SETEMBRO DE 2019.
DES. MURILO KIELING

INDENIZATÓRIA. COBRANÇA, OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. MUNICÍPIO. ÁREA DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO. RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE. OBEDIÊNCIA ÀS NORMAS AMBIENTAIS. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CONFIGURAÇÃO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO. IPTU SUSPENSÃO DA COBRANÇA E DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS.

APELAÇÕES CÍVEIS.

AÇÃO INDENIZATÓRIA CUMULADA COM COBRANÇA E OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. ALEGADA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. ÁREA DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO CRIADO POR MEIO DO DECRETO MUNICIPAL Nº 38/2002 COM A INSTITUIÇÃO DO PLANO DE MANEJO PELO DECRETO MUNICIPAL Nº 119/2004.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

APELO DE AMBAS AS PARTES. MUNICÍPIO, PRIMEIRO APELANTE, QUE REQUER A MAJORAÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS E AUTORA, SEGUNDA APELANTE, QUE PUGNA PELA PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS.

1.Restrições ao direito de propriedade impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não constituem desapropriação indireta.

2.Ação de direito pessoal. Prescrição quinquenal. A restrição administrativa foi introduzida em 2002, razão pela qual, na ocasião do ajuizamento da presente demanda, em 2010, a pretensão indenizatória já se encontrava fulminada pela prescrição.

3.Tampouco há de se acolher a tese de interrupção do prazo prescricional, pois quando do ajuizamento do processo administrativo perante a Prefeitura de Rio das Ostras, 10/03/2009, o direito autoral, de igual forma, já se encontrava prescrito, considerando-se como termo inicial a data do decreto (13/06/2002) que, ao criar a área de relevante interesse ecológico, impôs restrições administrativas ao uso.

4. As limitações administrativas esvaziaram, por completo, o conteúdo econômico do imóvel da autora, sendo-lhe vedado realizar construções de qualquer natureza.

5.Assim, foi retirada do proprietário a disponibilidade econômica da propriedade, razão pela qual não há como falar em ocorrência do fato gerador do IPTU, que corresponde exatamente à circunstância de o proprietário ou de quem faz suas vezes deter a disponibilidade econômica do imóvel.

6.Acolhimento do pedido de suspensão da cobrança do IPTU e de devolução dos valores cobrados e pagos, observada a prescrição quinquenal.

7.Ônus sucumbenciais. Sucumbência recíproca.

Segundo recurso interposto pela autora parcialmente provido.

Primeiro recurso prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0025023-84.2010.8.19.0068, em que são Apelantes Município de Rio das Ostras e Lei Empreendimentos Imobiliários Ltda e Apelados os mesmos,

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao segundo recurso, prejudicado o primeiro, na forma do relatório e voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação indenizatória ajuizada por Lei Empreendimentos Imobiliários Ltda contra o Município de Rio das Ostras, em razão de alegada desapropriação indireta imposta à área na qual se inserem lotes de sua propriedade, solicitando seja suspensa qualquer cobrança de IPTU, devolução de valores já pagos anteriormente, além de indenização pelo preço de mercado do terreno.

Foi proferida sentença pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Rio das Ostras, docs. 106/11, que julgou improcedentes os pedidos iniciais, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de 0,5% do valor dado à causa.

Apelo do Município de Rio das Ostras, docs. 1.639/1.640, inconformado com o arbitramento dos honorários advocatícios em 0,5% do valor dado à causa. Alega que o Código de Processo Civil de 1973 é claro ao estabelecer, em seu artigo 20, § 3º, um critério objetivo de fixação de honorários sucumbenciais, estabelecidos entre 10% e 20% sobre o valor da condenação, não cabendo o intérprete ignorar desse parâmetro imposto por lei. Argumenta que, ainda que usasse como parâmetro o § 4º do artigo 20, este se reporta ao parágrafo 3º do mesmo artigo, ou seja, determina que o Juiz, ao condenar a honorários sucumbenciais, deverá fazê-lo fundamentando sua decisão na observância do grau de zelo, no lugar da prestação do serviço e natureza e na importância da causa bem como nos percentuais mínimos de condenação. Requer, destarte, sejam majorados os honorários advocatícios sucumbenciais.

Por sua vez, apela a autora, docs. 1.658/1.671, sustentando que a jurisprudência tem firme entendimento que o prazo prescricional, em se tratando de desapropriação indireta, regula-se pelo prazo do usucapião extraordinário e não pelas normas do Decreto n° 20.910/1932, tampouco do Decreto-Lei n° 3.365/41. Afirma que, seja considerando a data da instituição do plano de manejo do ARIE de Itopebussus (Decreto nº 119/2004), ou a data em que a referida área foi criada (Decreto nº 038/2002), não houve, no caso concreto, o transcurso do prazo de 15 (quinze) anos entre as respectivas datas e o protocolo da presente demanda, que ocorreu em 26/10/2010. Aduz que, mesmo considerando o prazo prescricional de 5 anos, não ocorreu a prescrição, uma vez que a autora solicitou administrativamente autorização de recuperação da infraestrutura do terreno em foco por meio de processo administrativo iniciado em 10/03/2009 e finalizado em 11/02/2010, frisando que, a teor do Decreto n° 20.910/32, o processo administrativo interrompe o prazo prescricional até ulterior decisão terminativa daquele feito (marco para recomeço da contagem do novo prazo prescricional). Sustenta que houve o esvaziamento econômico total das áreas das terras, conforme fazem prova os documentos de f. 431/450. Ressalta que os lotes foram adquiridos anteriormente às edições dos Decretos Municipais que restringiram administrativamente o uso e o gozo das referidas propriedades. Repisa a tese de que a hipótese trata de desapropriação indireta, devendo ser indenizada pelo valor aferido pelo perito do juízo, qual seja, R$ 39.370.730,00

(trinta e nove milhões, trezentos e setenta mil setecentos e trinta reais). Acrescenta que, em decorrência do esvaziamento econômico ocorrido em razão de ato administrativo sobre os imóveis da apelante, esta fará jus a restituição dos valores cobrados e pagos dos IPTUs desde, no mínimo, à edição do Decreto nº 119/2004. Assevera que os honorários advocatícios foram arbitrados em dissonância com os §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC/73.

Contrarrazões pelo réu, docs. 1.679/1721.

Parecer ministerial, docs. 1.733/1.739, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Autos remetidos ao juízo de origem a fim de que fosse certificada a manifestação da autora em contrarrazões, f. 1.741.

Contrarrazões pela autora, índex 1.756.

É o relatório. Passa-se voto.

VOTO

A empresa autora adquiriu 194 (cento e noventa e quatro) lotes de terreno, nas quadras n° 07, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 e 23 do Loteamento Balneário das Garças, no Município de Rio das Ostras, em área de relevante interesse ecológico.

As áreas de relevante interesse ecológico – ARIE – possuem características naturais extraordinárias ou que abriguem exemplares raros da biota regional, declaradas pela União, Estados e Municípios.

Com o Decreto nº 038/2002, o Município de Rio das Ostras criou a ARIE DE ITAPEBUSSUS e, com a edição do Decreto n° 119/2004, homologou o Plano de Manejo da Área de Relevante Interesse Ecológico de Itapebussus.

O ilustre professor JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, em **Manual de Direito Administrativo**, 25ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 859, assim leciona:

> "Limitações administrativas são determinações de caráter geral, através das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social.
>
> (...) Desapropriação indireta é o fato administrativo pelo qual o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia. Observe-se que, a despeito de qualificada como indireta, essa forma expropriatória é mais direta do que a que decorre da desapropriação regular. Nela, na verdade, o Estado age realmente *manu militari* e, portanto, muito mais diretamente."

Nessa linha de raciocínio, não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não constituem desapropriação indireta.

Confira-se o entendimento pacificado no STJ:

> ADMINISTRATIVO. CEMIG DISTRIBUIÇÃO S/A. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CONFIGURAÇÃO. NECESSIDADE DO EFETIVO DE APOSSAMENTO E DA IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO. NORMAS AMBIENTAIS. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. ESVAZIAMENTO ECONÔMICO DA PROPRIEDADE. AÇÃO DE DIREITO PESSOAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.
>
> 1. Não há desapropriação indireta sem que haja o efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Desse modo, as restrições ao direito de propriedade, impostas por normas ambientais, ainda que esvaziem o conteúdo econômico, não se constituem desapropriação indireta.
>
> 2. O que ocorre com a edição de leis ambientais que restringem o uso da propriedade é a limitação administrativa, cujos prejuízos causados devem ser indenizados por meio de ação de direito pessoal, e não de direito real, como é o caso da ação em face de desapropriação indireta.

3. Assim, ainda que tenha havido danos ao agravante, diante de eventual esvaziamento econômico de propriedade, deve ser indenizado pelo Estado, por meio de ação de direito pessoal, cujo prazo prescricional é de 5 anos, nos termos do art. 10, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 457.837/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MATA ATLÂNTICA. DECRETO 750/93. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. REVOGAÇÃO DO DECRETO. PERDA DO OBJETO. TAMANHO DO IMÓVEL. IRRELEVÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Hipótese em que os proprietários de gleba rural em Santa Catarina alegam ter sofrido desapropriação indireta decorrente da edição do Decreto 750/93, que teria impedido o desmatamento de aproximadamente 19% de vegetação nativa de Mata Atlântica remanescente no seu imóvel.

2. O voto do eminente Relator, Ministro CASTRO MEIRA, com o brilho que lhe é peculiar, faz referência à "criação de parques de preservação ambiental", o que, s.m.j., parece não ser a situação dos autos, já que a petição inicial, a sentença e o acórdão lastreiam-se em causa de pedir fundada apenas no Decreto 750/93, na linha de outras demandas exatamente iguais, já julgadas pelo STJ, inclusive com o patrocínio do mesmo advogado.

3. O aresto recorrido do TRF afastou a prescrição quinquenal e determinou a realização de perícia para aferir se as restrições ao aproveitamento da vegetação da Mata Atlântica trazidas pelo Decreto 750/1993 caracterizam desapropriação indireta ou mera limitação administrativa.

4. A matéria recursal cinge-se, pois, a interpretar os efeitos do Decreto 750/1993 e a consequente incidência da norma prescricional quinquenal, prevista no Decreto 20.910/1932, o que é cabível em Recurso Especial. Inaplicabilidade da Súmula 7/STJ.

Perda do objeto 5. Após o julgamento da Apelação, o Decreto 750/93 foi expressamente revogado pelo art. 51 do Decreto 6.660/2008, que regulamenta a Lei da Mata Atlântica (Lei nº 11.428/2006).

6. Com a revogação do ato administrativo especificamente apontado pelos recorridos como ensejador da desapropriação indireta, configura-se a perda do objeto da ação, a justificar sua extinção sem resolução de mérito.

Decreto 750/93 - Limitação Administrativa 7. O STJ pacificou o entendimento de que o Decreto 750/1993 estabeleceu mera limitação administrativa, e não desapropriação indireta, pois não exclui o domínio particular sobre a terra, mas apenas condiciona, de maneira geral e abstrata, o exercício dos direitos inerentes à propriedade.

8. Na origem, o presente caso foi julgado conjuntamente com 7 (sete) outros, sendo idêntico aos dos Recursos Especiais 1.098.162/SC (Rel. Min. ELIANA CALMON), 1.098.163/SC (Rel. Min. HUMBERTO MARTINS) e 1.099.428/SC (Rel. Min. HUMBERTO MARTINS), nos quais, mesmo em se tratando de minifúndios, reconheceu-se que o Decreto 750/93 fixou limitação administrativa, tendo-se empregado a prescrição quinquenal. É igual, inclusive, ao REsp 1.097.823/SC (Rel. Min. CASTRO MEIRA, Rel. p/ o acórdão Min. HERMAN BENJAMIN), julgado em 15/08/2013, em que a Segunda Turma ratificou a orientação do STJ de que o Decreto 750/93 não acarreta desapropriação indireta.

9. Saliente-se, ademais, uma peculiaridade nos presentes autos, que realça a natureza de

limitação administrativa do Decreto 750/93: os próprios proprietários confessam, na petição inicial, que o impedimento de corte raso da vegetação nativa de Mata Atlântica incide sobre 19,76% da área do imóvel, o que seria até inferior ao percentual legal estatuído pelo Código Florestal para a Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente (20%).

Precedentes do STJ 10. Inúmeros os precedentes da Primeira Seção e das suas duas Turmas, no sentido de que o Decreto 750/93 traz mera limitação administrativa: REsp 1.171.557/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 24/02/2010; REsp 752.232/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 19/06/2012; REsp 1.172.862/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 26/03/2010; EDcl nos EDcl no REsp 1.099.169/PR , Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, j. 11/06/2013; REsp 1.120.304/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 29/05/2013; REsp 1.275.680/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 01/12/2011; REsp 1.126.157/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 05/11/2010; REsp 1.180.239/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 20/09/2010; AgRg no REsp 1.204.607/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Segunda Turma, DJe 17/05/2011; AgRg no Ag 1.337.762/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 12/06/2012; AgRg nos EDcl no REsp 1.116.304/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/12/2011; AgRg no REsp 404.791/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe 26/04/2011; AgRg no REsp 934.932/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 26/05/2011; AgRg nos EREsp 752.813/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJe 09/05/2011; AgRg no Ag 1.221.113/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 17/02/2011; EREsp 922.786/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, DJe 15/09/2009.

Ausência de Redução da Área Cultivada 11. Cabe observar que, no caso dos autos, o Decreto 750/93 não diminuiu a área então cultivada pelos recorridos, até porque não há Mata Atlântica na lavoura. Apenas impediu nova supressão da cobertura florística, especificamente a vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração. O efeito possível do Decreto é restringir a ampliação do aproveitamento econômico do imóvel, mas não reduzir a exploração já existente.

Minifúndios 12. Caso os minifúndios sejam excluídos da jurisprudência relativa à limitação administrativa, o STJ estará afastando a aplicação da lei em relação à maioria absoluta dos imóveis rurais na Região Sul do Brasil. Registre-se que só em Santa Catarina, segundo dados oficiais, existem 167.335 pequenas propriedades rurais. O que seria exceção à jurisprudência do STJ tornar-se-ia regra para o local, contribuindo-se para a desproteção dos 5% de Mata Atlântica que restam no País.

Conclusão 13. Recurso Especial provido, divergindo do eminente Relator, com as homenagens de estilo.

(REsp 1.104.517/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 06/03/2014)

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL.

DESAPROPRIAÇÃO. PARCELA DE IMÓVEL. CRIAÇÃO. LAGO ARTIFICIAL. USINA HIDRELÉTRICA. INDENIZAÇÃO PAGA. PRETENSÃO. REPARAÇÃO.

PARCELA IMOBILIÁRIA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE DE USO. CULTIVO AGRÍCOLA.

CRIAÇÃO. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MERA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. INAPLICAÇÃO.

SÚMULAS 39/STJ E 119/STJ. PEDIDO. LUCROS CESSANTES. PREJUDICADO.

1. A desapropriação indireta somente se dá com o efetivo desapossamento do imóvel em favor do ente expropriante, tal não ocorrendo com a simples limitação decorrente da criação de área de preservação permanente, situação em que o proprietário mantém o domínio da gleba mas com restrições impostas por norma de direito ambiental.

2. Essa situação, por caracterizar-se como limitação administrativa, autoriza seja o proprietário indenizado, limitada a sua pretensão, no entanto, ao prazo prescricional quinquenal de que trata o art. 10 do Decreto-Lei 3.365/1941, disposição de regência específica da matéria.

3. Precedente idêntico: AgRg no REsp 1.361.025/MG (Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.334.228/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 11/12/2013)

Logo, o prazo prescricional a ser observado é o de cinco anos, imposto pelo artigo 1º do Decreto-lei nº 20.910/32, bem como pelo artigo 10, § único, do Decreto-Lei nº 3.365/41.

As limitações administrativas existentes na propriedade da parte autora ocorreram por conta do Decreto nº 38/2002, que limitou administrativamente o uso da propriedade em tela, e por conta do plano de manejo do mencionado decreto, Decreto n° 119/2004.

Assim, a tese recursal não prospera, uma vez que a restrição administrativa foi introduzida em 2002 e, por conseguinte, na ocasião do ajuizamento da presente demanda, em 2010, a pretensão autoral já se encontrava fulminada pela prescrição.

Precedentes desta Corte:

0033196-63.2011.8.19.0068 – APELAÇÃO – DES. CLÁUDIO DE MELLO TAVARES – Julgamento: 26/08/2015 – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO DO BEM. AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL PARA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. IPTU. LICITUDE DA TRIBUTAÇÃO. LEI MUNICIPAL DE Nº 740/2003. CRIAÇÃO DE ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DA LAGOA DE IRIRY. PROIBIÇÃO DE EDIFICAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA PREJUÍZO REMONTAÀ EDIÇÃO DA LEI Nº 740/2003, MARCO INICIAL DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO. PRETENSÃO FULMINADA PELA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

0005298-17.2007.8.19.0068 – APELAÇÃO – DES. CLEBER GHELFENSTEIN – Julgamento: 04/03/2013 – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS. ALEGAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA MUNICIPALIDADE. Decreto Municipal nº 54 de 26/07/02 que institui o Monumento Natural dos Costões Rochosos, unidade de conservação ambiental que abrange o lote de propriedade do autor. Medida que retira o valor econômico da propriedade e impede totalmente sua utilização. Desapropriação indireta não configurada. Inocorrência de efetivo apossamento da propriedade pelo Poder Público. Limitação Administrativa. Ação de

Direito Pessoal. Prescrição quinquenal. Precedentes do STJ e desta Corte. Recurso a que se dá provimento, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil para reconhecer a ocorrência da prescrição, julgando extinta a ação, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Tampouco há de se acolher a tese de interrupção do prazo prescricional, pois quando do ajuizamento do processo administrativo perante a Prefeitura de Rio das Ostras, 10/03/2009, o direito autoral, de igual forma, já se encontrava prescrito, considerando-se como termo inicial a data do decreto (13/06/2002) que, ao criar a área de relevante interesse ecológico, impôs restrições administrativas ao uso.

Registre-se, por oportuno, que a lavratura da escritura pública de compra e venda dos lotes e o seu respectivo registro ocorreu em 02/03/2009, o que nos leva à conclusão de que os lotes foram adquiridos posteriormente à entrada em vigor do decreto que limitou administrativamente o uso da propriedade em tela, mesmo considerando a promessa de compra e venda de f. 716/725, datada de outubro de 2002.

Ora, o entendimento do STJ é de que "quem adquire imóvel após a entrada em vigor de norma que disciplina o direito de propriedade, na perspectiva ambiental urbanística, não pode cobrar indenização, a pretexto de que ocorreu desapropriação indireta, visto que tal comportamento mostra-se incompatível com o princípio da boa-fé objetiva e presume-se, de forma absoluta, que o comprador conhecia as limitações incidentes sobre o bem, e o preço por ele pago incorporou os eventuais reflexos econômicos do gravame imposto." (REsp 573.806/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 02/05/2011)

Passa-se, pois, ao exame da pretensão da autora de condenação do réu a devolver os valores pagos a título de IPTU e de suspensão da exação do tributo enquanto perdurar a limitação imposta pela legislação municipal.

De fato, as limitações administrativas advindas da criação de unidade de conservação esvaziaram, por completo, o conteúdo econômico do imóvel da autora, pois é vedado realizar construções de qualquer natureza ou mesmo destinar o imóvel a fins comerciais ou residenciais.

Pela Constituição Federal, o âmbito do IPTU é a propriedade predial e territorial urbana (art. 156, I).

O Código Civil, art. 1.228, não define a propriedade, mas enuncia os poderes do proprietário. São, pois, elementos componentes da propriedade o direito: a) de ter e possuir a coisa e de usá-la (*jus utendi*); b) de fruir (*jus fruendi*) e c) de dispor, seja materialmente (demolir, destruir, transformar, reconstruir, etc.) seja juridicamente (alienar, gravar, etc.) - (*jus abutendi*).

A lei, todavia, pode impor limitações ao direito de propriedade, no interesse público, geral ou administrativo, como a proibição de demolir edificações, por seu valor histórico ou artístico, ou de construir, em áreas de preservação ambiental ou ecológica, como se dá no caso.

Nesse diapasão, a limitação ao direito de propriedade repercute na esfera tributária do IPTU. Na prática, na hipótese em tela, o proprietário não pode dispor do imóvel em sua inteireza material e jurídica por conta de limitação administrativa. Por conseguinte, desarrazoado que o Município possa cobrar IPTU.

Registre-se que, nos termos da jurisprudência do STJ, "A restrição à utilização da propriedade referente a área de preservação permanente em parte de imóvel urbano (loteamento) não afasta a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, uma vez que o fato gerador da exação permanece íntegro, qual seja, a propriedade localizada na zona urbana do município. Cuida-se de um ônus a ser suportado, o que não gera o cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como ocorre, por exemplo, nas desapropriações" (REsp 1.128.981/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 18/03/2010, DJe 25/03/2010)

Todavia, no caso em apreço, ainda que não configurada a desapropriação indireta, a limitação administrativa não se deu em parte do imóvel, mas sim em sua totalidade.

Desse modo, as restrições legais retiraram do proprietário a disponibilidade econômica da propriedade, razão pela qual não há como falar em ocorrência do fato gerador do IPTU, que corresponde exatamente à circunstância de o proprietário ou de quem faz suas vezes deter a disponibilidade econômica do imóvel.

Considerando a não incidência do fato gerador do IPTU, em razão da indisponibilidade da propriedade, tenho que o referido imposto não deve incidir sobre o imóvel.

Desta feita, impõe o acolhimento do pedido da autora de suspensão da cobrança, assim como de devolução dos valores cobrados e pagos desde o exercício de 2005.

Acerca do tema este Colegiado se manifestou recentemente em julgamento do qual este Relator participou. Vale conferir:

0003687-19.2013.8.19.0068 – APELAÇÃO – Des(a). CESAR FELIPE CURY – Julgamento: 14/03/2018 – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO AMBIENTAL LAGOA DO IRIRY, NO MUNICÍPIO DE RIO DAS OSTRAS, ATRAVÉS DA LEI MUNICIPAL Nº 740/2003, ABARCANDO TERRENO DE PROPRIEDADE DO AUTOR. SENTENÇA EM QUE RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO QUANTO AO PEDIDO INDENIZATÓRIO E JULGADOS IMPROCEDENTES OS PEDIDOS DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS DE IPTU E DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DO MENCIONADO TRIBUTO. RECURSO POR AMBAS AS PARTES. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA AO DIREITO DE PROPRIEDADE QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PLEITO INDENIZATÓRIO QUE SE FUNDA EM DIREITO PESSOAL, SUJEITO AO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL DO ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO-LEI Nº 3.365/41. PRAZO QUINQUENAL TAMBÉM PREVISTO NO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 20.910/32. JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DO STJ. AÇÃO PROPOSTA NO ANO DE 2013, QUANDO JÁ ULTRAPASSADO O LUSTRO PRESCRICIONAL. COMANDO LEGAL QUE IMPEDE O AUTOR DE INSTALAR EDIFICAÇÃO DE QUALQUER NATUREZA NO TERRENO DE SUAPROPRIEDADE. RETIRADA DO CONTEÚDO ECONÔMICO DO IMÓVEL. RESTRIÇÃO QUE REPERCUTE NA ESFERA TRIBUTÁRIA DO IPTU. AUSENTE O FATO GERADOR DO IMPOSTO. PRECEDENTE DESTE COLEGIADO E DO TJ/RJ. REFORMADA A SENTENÇA, SENDODETERMINADA A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO IPTU INCIDENTE SOBRE O IMÓVEL ENQUANTO PERDURAR A RESTRIÇÃO LEGAL, E CONDENADA A PARTE RÉ A DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A PARTIR DO EXERCÍCIO DE 2008. PREJUDICADA A APRECIAÇÃO DO RECURSO ADESIVO. DADO PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR, E NEGADO CONHECIMENTO AO RECURSO ADESIVO DA PARTE RÉ.

Quanto aos ônus sucumbenciais, reputo como caracterizada a sucumbência recíproca, tendo em vista que, dos pedidos formulados, um deles foi afastado, o que, na hipótese, atrai a regra do art. 21 do CPC/73, vigente na época da prolação da sentença, razões pelas quais as custas deverão ser rateadas, cabendo ao réu somente metade da taxa judiciária, diante de sua isenção ao pagamento das custas processuais, e os honorários advocatícios, compensados.

Diante do exposto, voto pelo parcial provimento do recurso interposto pela autora, acolhendo o pedido de devolução dos valores pagos a título de IPTU e de suspensão da referida cobrança, decretando-se a sucumbência recíproca, prejudicado o recurso interposto pelo réu.

RIO DE JANEIRO, 05 DE SETEMBRO DE 2018.
DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS
RELATOR

INDENIZATÓRIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. RESTOS PLACENTÁRIOS DEIXADOS NO INTERIOR DA CAVIDADE UTERINA DA PACIENTE. LAUDO PERICIAL. NECESSIDADE DE CURETAGEM. ERRO MÉDICO. ABALO EMOCIONAL. AFASTAMENTO DE FILHO RECÉM-NASCIDO. DANO MORAL.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL MUNICIPAL. INFECÇÃO DEVIDO A RESTOS DE PLACENTA DEIXADOS NO ÚTERO DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE ERRO NO PROCEDIMENTO APÓS O PARTO. PROVAS DOCUMENTAIS E LAUDO PERICIAL EVIDENCIANDO ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. REFORMA DA SENTENÇA. 1. O sistema de responsabilidade civil do Estado recepciona a teoria do risco administrativo, desobrigando o lesado de demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em razão de ato danoso causado por seus agentes. Aplicação da regra inserta no art. 37, § 6º, da Constituição da República. 2. Laudo pericial conclusivo que evidencia a perda sanguínea vaginal pós-parto devido à existência de retenção de restos placentários, usualmente evitada pela inspeção rotineira da placenta após a cirurgia. 3. Parecer emitido pelo hospital no sentido de que houve a necessidade da realização do procedimento cirúrgico de curetagem, tendo em vista a identificação dos restos placentários. 4. Verificada negligência da equipe médica no procedimento do parto realizado, causa determinante da infecção pós-parto, que poderia acarretar um desfecho mais grave, caso não fosse atendida em tempo. 5. Dano moral caracterizado, uma vez que o abalo emocional sofrido pela recorrente, seja pela dor física suportada, seja pelo momento de vida em que se encontrava, ultrapassou o mero aborrecimento, ensejando o dever de indenizar, nos termos do que estabelece o art. 37, § 6º da Constituição da República e art. 927, parágrafo único do Código Civil. 6. *Quantum* indenizatório de R$ 30.000,00 que traduz a compensação pelos danos sofridos, à gravidade da ofensa a repercussão sobre a vida da autora, ao aspecto punitivo e educativo da indenização, que visa evitar a reiteração de práticas que refletem o descaso da administração. 7. Provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0051928-05.2012.8.19.0021, julgada na sessão de 27/03/2019, originários da 6ª Vara Cível da Comarca de Duque de Caxias, figurando como Apelante Valéria Duque Rocha da Silva e Apelado Município de Duque de Caxias.

Acordam os Desembargadores da Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Adota-se, na forma regimental, o relatório lançado na sentença de f. 260-262 (index 334-336).

Trata-se de ação indenizatória proposta por Valéria Duque Rocha da Silva em face de Município de Duque de Caxias, em que se postula indenização por dano moral em razão da falha na prestação do serviço. Como causa de pedir, sustentou a autora ter realizado o parto no Hospital Municipal de Xerém, em 04/02/2012. Sustentou que 10 dias após receber alta, passou a apresentar febre alta, mal-estar, forte cefaleia, dor abdominal, inchaço e intensa hemorragia vaginal, sendo levada, em 18/02/2012, para o referido hospital. Ao ser examinada, expeliu uma grande quantidade de coágulos pelo canal vaginal, sendo diagnosticada hemorragia puerperal e anemia aguda, permanecendo internada até 22/02/2012. Em 12/03/2012, a autora voltou a apresentar forte cefaleia, bem como febre alta e sangramento intenso, sendo novamente levada

para o hospital. Aduziu que foi submetida a exame clínico e laboratorial, sendo indicada nova reposição volêmica e ultrassonografia transvaginal, efetivada em 13/03/2012, em que se verificou a existência de "eco endometrial centrado, medindo 06mm, apresentando fina lâmina de líquido em seu interior". Assim, foi realizada uma curetagem, por meio da qual foram retirados restos placentários do interior da cavidade uterina da autora, sendo encaminhados para exame histopatológico, cujo o resultado não foi fornecido até o momento da propositura da ação. Diante do exposto, requereu indenização por danos morais.

Despacho a f. 97 (index 123) deferindo a gratuidade de justiça.

Contestação a f. 101-108 (index 130-137), aduzindo que todos os procedimentos adotados pelo réu foram corretos, não havendo conduta omissiva por parte da municipalidade, ressaltando a inexistência de dano moral a ser indenizado e por fim requereu a improcedência do pedido.

Réplica a f. 113-117 (index 143-147).

Manifestação do Ministério Público a f.119-121 (index 150-152) opinando por sua não intervenção no feito.

Decisão a f. 134 (index168) deferindo a produção de provas pericial e superveniente.

Petição da autora a f. 137 (index 172) pugnando pela produção de prova testemunhal.

Embargos de declaração opostos pela autora a f. 138 (index 173) pugnando pela apreciação do pedido de inversão do ônus da prova.

Decisão a f. 142 (index 177) deferindo a inversão do ônus da prova e a produção de prova testemunhal em audiência.

Laudo pericial a f. 230-247 (index 299-316), concluindo pela existência de restos placentários no útero da autora, bem como esclarecendo que a presença destes reduziu a contração uterina causando alteração na involução, produzindo sangramento e podendo determinar infecção e endometrite.

A sentença de f. 260-262 (index 334-336) julgou improcedente o pedido da autora, condenando-a no pagamento das despesas judiciais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da causa, observada a gratuidade de justiça.

Apelação a f. 263-274 (index 337-348), sustentando a ocorrência de negligência e imperícia por parte dos médicos e o consequente dano moral a ser indenizado. Assim, requereu a reforma da sentença para julgar procedente o pedido autoral.

VOTO

Trata-se de ação em que se postula indenização por dano moral, em razão de falha do serviço médico-hospitalar oferecido pelo réu.

O inconformismo da autora cinge-se no argumento de existência de nexo de causalidade a justificar a indenização por dano moral, salientando a ocorrência de negligência e imperícia por parte dos médicos que a atenderam.

Assiste razão à parte autora.

Na presente hipótese, a recorrente, em 04/02/2012, na quadragésima semana de gestação, se dirigiu ao H. M. Maternidade de Xerém e apresentou trabalho de parto com colo 100% apagado, indo para o pré-parto. Após a realização do parto, expeliu grande quantidade de coágulos pelo canal vaginal, ficando diagnosticada a hemorragia puerperal e anemia aguda, sendo submetida a transfusões, além de exames laboratoriais.

Todavia, diante da permanência do quadro de sangramento e indicação após exame de ultrassonografia, em 14/03/2012, a recorrente necessitou realizar o procedimento de curetagem, sendo retirado restos placentários do interior da cavidade uterina da paciente.

Com efeito, incontroversas as provas do fato, do dano e do nexo causal que embasam o direito da autora, mormente diante da apresentação dos receituários médicos e exames de f. 22-83, bem como do laudo pericial a f. 230-247 (index 299-316), que evidencia a perda sanguínea vaginal pós-parto devido à existência de restos placentários, que foram removidos após curetagem em 14/03/2012.

Destacou o perito que "a retenção de restos placentários é causa importante da hemorragia tardia no pós-parto, fato que é usualmente evitado pela inspeção rotineira da placenta após o parto. Suas causas devem-se a acretismo placentário (acreta, onde os cotilédones aderem ao miométrio, na increta há invasão do miométrio e percreta ultrapassa a camada muscular), placenta sucenturiada, corioamniotite (infecção amniótica intra-parto). Estas condições levam a persistência de restos placentários, que obrigam a curetagem. A presença de restos placentários (retenção de cotilédones) reduz a contração uterina, causando alteração na involução, produzindo sangramento e cursando com mais de uma semana pode determinar infecção e endometrite. A retenção placentária impede a involução uterina normal, notoriamente no local da implantação placentária, o que permite hemorragia".

Parecer emitido pelo hospital, a f. 63-v, no sentido de que houve a necessidade da realização do procedimento cirúrgico de curetagem, tendo em vista a identificação dos restos placentários.

Não obstante, não foi apresentado qualquer fator apto a excluir a responsabilidade do réu pelo incidente.

Observe-se que a responsabilidade em exame é objetiva, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Destarte, demonstrado o evento danoso e o nexo de causalidade, o autor tem direito à compensação pelo dano moral sofrido, que visivelmente ultrapassa o mero aborrecimento ou dissabor cotidiano.

É possível vislumbrar a situação que foi desencadeada em virtude de erro médico, ou seja, falta de "inspeção rotineira da placenta após o parto", conforme apontado no laudo pericial. Não se pode negar o abalo emocional sofrido pela recorrente, seja pela dor física suportada, seja pelo momento de vida em que se encontrava, já que se deu logo após o nascimento de seu filho, quando obviamente, este requeria toda atenção.

Este é o entendimento deste Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. HOSPITAL MUNICIPAL. INFECÇÃO DEVIDO A RESTOS DE PLACENTA. ALEGAÇÃO DE ERRO NO PROCEDIMENTO APÓS O PARTO. PROVAS DOCUMENTAIS NOS AUTOS EVIDENCIANDO ERRO MÉDICO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. REFORMA DA SENTENÇA. 1 - Responsabilidade civil. 2 - O sistema de responsabilidade civil do Estado recepciona a teoria do risco administrativo, desobrigando o lesado de demonstrar a culpa da Administração para obter indenização em razão de ato danoso causado por seus agentes. Aplicação da regra inserta no art. 36, § 6º da Constituição da República. 3 - O despacho de especificação de provas não tem o condão de gerar a perda da prova quando a parte autora previamente a requereu na sua inicial, nos termos do que dispõe o art. 282, inciso VI e 300, ambos do Código de Processo Civil. 4 - O entendimento que vigora é de que a especificação de provas não supre a falta de requerimento na inicial ou na contestação, porém, a sua falta não acarreta a perda da prova já requerida no momento processual oportuno que é o da inicial e o da contestação. 5 - Ainda que livre o Juiz para a formação do seu convencimento, deve ser racional, mesmo sendo o destinatário final das provas, já que estas se destinam à formação do seu convencimento, cumpre a ele apreciar a necessidade da sua produção, ponderando sobre a sua qualidade e a força. 6 - O processo é um instrumento, que visa prestar a jurisdição da forma mais ampla possível, e desde que

não se verifique intento de protelar o desfecho da *lide*, deve ser facultada a oportunidade de instrução probatória. 7 - O dever do Juiz é dizer e investigar a verdade, assim, quanto maior o número de provas que forneça elementos concretos sobre os fatos, menor será o risco de uma decisão injusta. 8 - Documentos nos autos, que aponta o diagnóstico de "infecção puerperal, restos placentários", apresentado três dias depois da sua alta na maternidade, que não foram impugnados pelo Réu, tampouco considerados pelo juiz *a quo*. 9 - O relatório emitido pelo Hospital Estadual Albert Schweitzer é bem claro quando indica que o procedimento cirúrgico realizado foi uma *Winter curetagem*, pela existência de restos placentários. 10 - Verificada negligência da equipe médica no procedimento do parto realizado causando infecção pós-parto, que poderia acarretar um desfecho mais grave, caso não fosse atendida em tempo para ser debelada até a alta. 11 - Dano moral caracterizado. 12 - Abalo emocional sofrido pela recorrente, seja pela dor física suportada, pelo o odor fétido que exalava de seu corpo, seja pelo momento de vida em que se encontrava, já que se deu logo após o nascimento de seu filho, quando obviamente, ele necessitava de toda atenção. 13 - A autora precisou se afastar do seu filho, quando teve que se internar para fazer os procedimentos de curetagem, gerando sentimento de insegurança, angústia e sofrimento em não poder amamentar e cuidar do recém-nascido, ensejando o dever de indenizar, nos termos do que estabelece o art. 37, § 6º da Constituição da República, art. 734, *caput* c/c art. 927, parágrafo único do NCC. 14 - *Quantum* indenizatório de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) que traduz a compensação pelos danos sofridos, à gravidade da ofensa a repercussão sobre a vida da autora, ao aspecto punitivo e educativo da indenização, que visa evitar a reiteração da prática da conduta que reflete o descaso da Administração. 15 - Provimento Parcial do Recurso. (0124654-03.2013.8.19.0001 – Apelação - Des(a). TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES - Julgamento: 15/04/2015 - Sexta Câmara Cível)

Sob essa perspectiva, considerando o princípio da razoabilidade que determina que o valor deve guardar proporcionalidade ao fato, redundando logicamente deste, e não deve, em contrapartida, apresentar caráter insignificante em face das características econômicas do causador do dano e nem constituir fonte de lucro, tem-se que o *quantum* deve observar o perigo que o evento representou, além da dor suportada pelo autor em razão da lesão física sofrida.

Desse modo, tendo em vista que não houve sequelas definitivas e irreversíveis ou limitações permanentes, tem-se como satisfatório, para compensar os danos sofridos, o valor de R$ 30.000,00.

Por tais fundamentos, voto no sentido de dar provimento ao recurso para julgar procedente o pedido e condenar o réu a pagar à autora a quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) por dano moral, a ser corrigida monetariamente a partir deste julgado e com juros de mora de 1% a contar da citação, impondo ainda ao réu o pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, ora fixados em 10% sobre o total atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

RIO DE JANEIRO, 27 DE MARÇO DE 2019.
DES. ELTON M. C. LEME
RELATOR

OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDOMÍNIO. REMARCAÇÃO DE VAGAS DE GARAGEM. IMPEDIMENTO. DEFINIÇÃO DA AGE EM CONSONÂNCIA COM A PRETENSÃO AUTORAL. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO DO APELANTE NOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONDOMÍNIO. PRETENSÃO DE IMPEDIR A REMARCAÇÃO DE VAGAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AGE QUE DECIDIU PELA NÃO REMARCAÇÃO DAS VAGAS. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. PROCESSO QUE DEVE SER EXTINTO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 485, VI DO CPC. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DO AUTOR AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. SENTENÇA QUE SE REFORMA, DE OFÍCIO, PARA JULGAR EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n° 0010986-13.2016.8.19.0207 em que é Apelante CARLOS LUIZ CERIZZE e Apelado CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO SAN REMO.

Acordam os Desembargadores da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em julgar extinto o processo, sem análise do mérito, e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Carlos Luiz Cerizze ajuizou a presente ação de obrigação de fazer em face de Condomínio do Edifício San Remo, alegando que é proprietário da unidade 303, do bloco I, do Condomínio réu, por ele adquirida em 28/09/2010, com direito a 02 (duas) vagas de garagem, cópia da escritura em anexo, lá residindo desde então e fazendo uso das duas vagas que lhes foram demarcadas em AGE. Afirmou que tem sido impedido de utilizar plenamente suas duas vagas de garagem, sem qualquer providência por parte do condomínio/réu, porque o condômino proprietário da unidade 204 do bloco I, vem insistindo na utilização de forma irregular e indevida de área comum do edifício, nunca destinada à vaga de garagem, nela estacionando um dos seus veículos, criando situações danosas. Disse que tem reiteradamente solicitado a intervenção do Administrador para adotar as medidas administrativas necessárias. Narrou que foi surpreendido com uma convocação de assembleia geral extraordinária pelo síndico para votar sobre a ilegalidade do "Remanejamento da Vaga de Garagem da Unidade 204 do Bloco 01". Assevera que a transferência de uma das duas vagas da unidade 204 para o espaço que está sendo irregularmente utilizado, vai criar vaga onde o projeto original não prevê, também prejudicará gravemente a utilização das vagas do autor, uma vez que o espaço não permite as necessárias manobras dos veículos. Pediu que o réu seja impedido de proceder o remanejamento de uma das duas vagas de garagem pertencentes à unidade 204 para o espaço atualmente utilizado de forma irregular. Eventualmente, caso ocorrido o remanejamento que ora se pretende impedir, requer o autor seja a presente julgada procedente para decretar a anulação da deliberação, voltando a situação da garagem do condomínio ao *status quo* ante, conforme aprovado na AGE de 17/04/1990.

A sentença (indexador 000219) julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da causa. O autor interpôs apelação (indexador 000264), reafirmando os termos da inicial. Ressaltou que na ATA da AGE, objeto desta demanda, realizada no dia 15/09/2016, em que pese a redação não tão clara da ata, restou reafirmada, por ampla maioria de votos, a manutenção da demarcação das vagas outrora definidas na AGE realizada no dia 17/04/1990, exatamente de acordo com a pretensão do apelante, devendo o pedido da inicial ser julgado procedente. Contrarrazões no indexador 000279.

É o relatório.

Não assiste razão ao apelante.

No caso vertente, a pretensão deduzida na inicial foi de impedir a remarcação das vagas de garagem, pleiteando o autor, ora apelante, a manutenção do decidido na AGE de 17/04/1990.

No curso da demanda, foi realizada AGE em 15/09/2016 (indexador 000123), na qual não houve a remarcação das vagas, restando definido que a demarcação permaneceria na forma já definida na AGE de 17/04/1990.

Sendo assim, o decidido pela AGE está em consonância com a pretensão autoral. Contudo, tal fato não tem o condão de levar à procedência da demanda, mas sim a extinção do feito sem julgamento do mérito.

Isso porque, com a decisão da AGE, ocorreu a perda superveniente do interesse de agir do autor, já que a demanda não se mostra mais útil.

Destaca-se, neste ponto, que o interesse de agir só existe se a tutela jurisdicional buscada for efetivamente útil ao demandante, conforme nos ensina CANDIDO RANGEL DINAMARCO, *in* "**Instituições de Direito Processual Civil**", 4ª edição, p. 305:

> "Como conceito geral, interesse é utilidade. Consiste em uma relação de complementariedade entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a satisfação de uma necessidade e sendo o bem capaz de satisfazer a necessidade da pessoa."

Em igual sentido é o ensinamento do professor NELSON NERY JÚNIOR, *in* **Código de Processo Civil Comentado**, 9ª ed., editora Revista dos Tribunais, 2006, p.436, a saber:

> "Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado."

Sendo assim, a partir da decisão da AGE (indexador 000123), ausente o binômio necessidade/utilidade neste feito.

Portanto, a sentença deve ser reformada, de ofício, como autoriza o art. 1013 do CPC/15, para que seja extinto o feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, VI do CPC/15.

Ademais, ainda que assim não fosse, o mérito da causa gira em torno da possibilidade da AGE deliberar sobre a remarcação de vagas do condomínio, o que, por certo, é cabível.

Este é o entendimento deste Tribunal:

> DIREITO CIVIL. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. DEMARCAÇÃO DE VAGAS DE GARAGEM. ESPECIFICAÇÃO DE NORMA GENÉRICA PREVISTA EM CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. VALIDADE. Ação proposta por condômina em face de condomínio a buscar a declaração de que as vagas de garagem podem ser utilizadas indistintamente pelos condôminos, bem como a existência de direito de propriedade sobre a vaga já utilizada e a condenação e o réu indenizar dano moral. Sentença de improcedência. Apelo da autora. 1. Não demonstrados vícios na Assembleia Geral Extraordinária que deliberou a demarcação de vagas, não se justifica declaração em sentido contrário. 2. Também não se justifica declaração de propriedade de determinada vaga se não disposta em escritura de compra e venda. 3. Não havendo ato ilícito, não há obrigação e indenizar dano moral. 4. Recursos aos quais se nega provimento. (0067225-20.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA - Julgamento: 06/07/2017 - Terceira Câmara Cível)

Por fim, quando o processo é extinto sem julgamento do mérito, os ônus sucumbenciais incidem sobre a parte que deu causa à propositura da ação, em atenção ao princípio da causalidade, previsto no art. 85, §10 do CPC.

Vale a transcrição dos ensinamentos sobre o assunto de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, *in* "**Código de processo civil comentado e legislação extravagante**" 11ª ed. p. 235:

"Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes. Isto porque, às vezes, o princípio da sucumbência se mostra insatisfatório para a solução de algumas questões sobre responsabilidade pelas despesas do processo. Quando não houver julgamento do mérito, para aplicar-se o princípio da causalidade na condenação da verba honorária acrescida de custas e demais despesas do processo, deve o juiz fazer exercício de raciocínio, perquirindo sobre quem perderia a demanda, se a ação fosse julgada pelo mérito. O fato de, por exemplo, o réu reconhecer o pedido de imediato (CPC 269 II), ou deixar de contestar tornando-se revel, não o exime do pagamento dos honorários e custas, porque deu causa à propositura da ação (CPC 26). O mesmo se pode dizer do réu que deixa de arguir preliminar de carência da ação no tempo oportuno, devendo responder pelas custas de retardamento (CPC 267 § 3º, segunda parte). Neste último exemplo, mesmo vencedor na demanda, o réu deve arcar com as custas de retardamento. O processo não pode reverter em dano de quem tinha razão para o instaurar. "

Dentro deste contexto, *in casu*, é forçoso reconhecer que o ora apelante deu causa à demanda, na medida em que restou evidente o seu infundado receio de que a remarcação de vagas em AGE contrariaria seus interesses. Desta feita, imperiosa a manutenção da condenação do apelante aos ônus sucumbenciais.

Diante de todo o exposto, nega-se provimento ao recurso. De oficio, com fulcro no art. 1013 do CPC/15, reforma-se a sentença para julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, pela perda superveniente do interesse de agir, nos termos do art. 485, VI do CPC/15.

RIO DE JANEIRO, 20 DE MARÇO DE 2019.
DES. ANDRÉ ANDRADE
RELATOR

OBRIGAÇÃO DE FAZER. GRATIFICAÇÃO DENOMINADA "NÍVEL UNIVERSITÁRIO". INCORPORAÇÃO AOS PROVENTOS. LEI Nº 2.378/92. VERBA NÃO MAIS PAGA DESDE MARÇO DE 1999. ATO DE APOSENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA GRATIFICAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

Apelação cível. Obrigação de fazer. Pretensão de inclusão da gratificação Nível Universitário nos proventos. Sentença de improcedência reconhecendo a prescrição do fundo de direito. Insurgência. Inócua discussão acerca da ocorrência da prescrição. Aplicação da Súmula 359 do STF. Proventos regulados na forma da lei vigente à época do ato de aposentação. Autor aposentado em 02/04/2001, quando já extinta a aludida gratificação. Para além da constatação da extinção da gratificação por lei do ano de 1992, e inobstante a manutenção do seu pagamento por atos administrativos posteriores, é incontroverso que desde março/1999 a aludida verba deixou de ser paga. Por outro lado, a autarquia municipal ré demonstrou que o novo regulamento dos servidores municipais que extinguiu a gratificação não resultou em redução do montante pago aos servidores que a recebiam, não afrontando, assim, a irredutibilidade de vencimentos. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO, na forma do art. 932, IV, "a" do CPC/2015.

1. Apelação cível interposta pela parte autora, Luiz Paulo Braga, contra sentença prolatada pelo juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Nova Iguaçu, em ação de obrigação de fazer ajuizada em face de Município de Nova Iguaçu e Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Nova Iguaçu, com o fito de ver a verba referente à gratificação denominada "Proventos Nível Universitário" incorporada aos seus proventos.

2. Conforme a sentença de f. 125/132, o d. sentenciante houve por bem julgar extinto o feito, reconhecendo a prescrição do fundo de direito.

3. Insurge-se a parte autora, Luiz Paulo Braga, no apelo de f. 133/136, aduzindo, em síntese, inocorrência da prescrição, afirmando que a gratificação foi suprimida quando de sua aposentadoria em 04/2001, e que em 20/05/2004, antes do decurso do prazo prescricional de 05 anos, elaborou pedido administrativo até o momento não decidido.

4. Contrarrazões do Município réu a f. 138/142.

5. Os autos vieram conclusos em 05/08/2019, sendo devolvidos nesta data, com a presente decisão.

VOTO

1. Recurso contra sentença que reconheceu a prescrição do fundo de direito em relação à pretensão autoral de ver incluída em seus proventos de aposentadoria gratificação denominada "nível universitário".

2. O recurso não merece prosperar.

3. Com efeito, analisando os autos percebe-se que quando da aposentadoria do autor, em 02/04/2001, a gratificação "nível universitário" não mais existia, eis que não prevista pelos estatutos dos servidores municipais desde a edição da Lei nº 2.378/92.

4. Ainda que o seu pagamento tenha sido mantido por atos administrativos posteriores, é certo que o novo plano de carreira instituído pela Lei nº 2905/98 revogou inequivocamente o pagamento da verba, que desde março/1999 não foi mais paga a qualquer servidor.

5. Por seu turno, o autor somente conseguiu demonstrar nos autos que recebeu a aludida verba até junho/1998.

6. Isto posto, impende salientar que a lei determinante para a fixação dos proventos é a vigente na data da aposentadoria, em obediência ao princípio tempus regit actum, nos termos do verbete sumular nº 359, do STF, *in verbis*:

> "Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários, inclusive a apresentação do requerimento, quando a inatividade for voluntária."

7. Portanto, no presente caso temos que quando do ato de aposentação do autor a referida gratificação não mais existia, de modo que não poderia ter sido incorporada aos seus proventos, o que torna inócua a discussão acerca da ocorrência da prescrição do fundo de direito.

8. Por fim, cumpre destacar que a autarquia municipal demonstrou que o advento do novo plano de carreira instituído pela Lei nº 2905/98 não reduziu os vencimentos dos servidores que antes percebiam a gratificação nível universitário, pelo contrário, houve aumento. De qualquer modo, a extirpação da gratificação não afrontou a irredutibilidade dos vencimentos.

9. Face ao exposto, nego provimento ao recurso, o que faço na forma do art. 932, IV, "a" do CPC/2015, mantida a decisão tal qual proferida.

Publique-se.

RIO DE JANEIRO, 27 DE AGOSTO DE 2019.
DES. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS
RELATOR

OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. CONTA-CORRENTE. VALORES SACADOS INDEVIDAMENTE. CDC. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. TERCEIROS FRAUDADORES. ILEGITIMIDADE DOS SAQUES. RESSARCIMENTO. DANO MORAL.

Apelação cível. Direito do Consumidor. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Saques efetuados na conta do autor por terceiros fraudadores. Sentença de improcedência que é reformada. Fortuito interno. Devolução dos valores sacados que é concedida, porém, na forma simples. Dano moral configurado. Indenização a esse título que é fixada em R$ 8.000,00. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, nº 0054374-10.2014.8.19.0021, em que é Apelante: L.L.V.S. Rep/p/s/mãe M.S.V. e Apelado 1: Banco do Brasil S/A e Apelado 2: Tecnologia Bancária S/A.

Acordam os Desembargadores que compõem a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso, na forma do voto do relator.

VOTO

O recurso é tempestivo e guarda os demais requisitos de admissibilidade, de forma a trazer seu conhecimento.

Passa-se, então, à sua análise.

Trata-se de apelação cível interposta de sentença prolatada em ação de obrigação de fazer c/c indenizatória, na qual o autor postula o ressarcimento dos valores sacados indevidamente de sua conta-corrente, bem como indenização pelo dano moral resultante.

A hipótese é de relação de consumo, tendo plena aplicação as disposições da Lei nº 8.078/90.

De acordo com o art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde perante o consumidor pelos danos causados por defeitos na prestação do serviço independentemente da demonstração de culpa.

O apelado alega que os saques realizados na conta do autor, e por esse desconhecidas, foram concretizadas através do uso de senha pessoal.

Contudo, não traz o banco prova mínima de tais assertivas, limitando-se a abordar a ausência de ato ilícito e da ocorrência de dano de maneira genérica.

Sabidamente, o fornecedor de produtos e serviços somente se exime da responsabilidade se provar uma das causas de exclusão dispostas no §3º, do art. 14, do CDC, quais sejam: inexistência do defeito, fato exclusivo do consumidor ou de terceiros ou fortuito externo.

No caso dos autos, principalmente ante a ausência de prova robusta a indicar a falta de cuidado do autor no trato com os dados relativos à segurança de sua relação com o banco réu, forçoso é concluir que os danos suportados são obra de terceiros fraudadores.

A hipótese é de fortuito interno, não excluindo a responsabilidade do réu, tendo em vista que se trata de fato inerente à atividade desenvolvida pelo fornecedor de produtos.

Nesse particular, pertinente trazer à colação o teor da Súmula nº 94 de nosso Tribunal:

> "RELAÇÃO DE CONSUMO. FORTUITO INTERNO. FATO DE TERCEIRO. FORNECEDOR DE PRODUTO OU SERVIÇO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar".
>
> No mesmo sentido, veja-se:
>
> "0357612-92.2012.8.19.0001 - Apelação 1ª Ementa
>
> Des. CLÁUDIO BRANDÃO - Julgamento: 04/09/2013 - Sétima Câmara Cível
>
> Apelação Cível. Ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais. Conta-corrente. Saques não reconhecidos. Falha na prestação do serviço. Sentença de procedência. Inconformismo da parte ré. A parte ré não logrou êxito em demonstrar qualquer excludente de sua responsabilidade, nem comprovou, ante a negativa da autora, que a mesma tenha realizado os saques na conta-corrente apontada na inicial. Evidente a falha de serviço da ré, ocasionando graves transtornos a autora. Inaplicável à hipótese a excludente prevista no art. 14, *caput* e § 3º, II, do CDC, eis que não se pode admitir a transferência para terceiro (estelionatário), ou para a vítima, a culpa exclusiva pela fraude. Fortuito interno decorrente do próprio desenvolvimento da atividade empresarial da ré. Dano moral configurado. Indenização arbitrada em patamar razoável e proporcional. Desprovimento do recurso."

Dessa forma, evidente se mostra a ilegitimidade dos saques, do que resulta dano moral em face daqueles que suportam tal infortúnio, visto que, em tais hipóteses, este se revela *in re ipsa*, conforme entendimento já sedimentado neste Tribunal.

O dano moral, no caso em exame, decorre do próprio fato ofensivo, consistente na falta de segurança do consumidor em relação aos serviços prestados pelo fornecedor.

Segundo o Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO:

> "Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum." (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 82).

O montante da indenização deve estar de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Além disso, deve ser fixado com moderação para que não seja tão elevado a ponto de ensejar enriquecimento sem causa para a vítima do dano, nem tão reduzido que não se revista de caráter preventivo e pedagógico para o seu causador.

Dessa forma, fixo em R$ 8.000,00 o valor a ser pago, solidariamente, pelos réus ao autor a título de indenização por dano moral.

Pelo exposto, o recurso é conhecido e parcialmente provido para reformar a sentença e condenar os réus, solidariamente, a restituírem o valor debitado indevidamente na conta do autor, corrigido a partir de cada saque indevido e acrescido de juros moratórios a partir da citação, bem como a pagar a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais), a título de indenização por dano moral, a ser corrigida a partir deste julgamento e acrescida de juros moratórios a partir da citação.

Diante da inversão da sucumbência, os réus são condenados ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

RIO DE JANEIRO, 04 DE JULHO DE 2019.
DES. WAGNER CINELLI
RELATOR

OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZATÓRIA. QUEDA DE ENERGIA ELÉTRICA. DANOS EM *NOTEBOOK*. LAUDO TÉCNICO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. NÃO COMPROVAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. OSCILAÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, QUE ACARRETOU DANO EM *NOTEBOOK*. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELANTE QUE NÃO CONTESTOU SATISFATORIAMENTE OS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR. PROVA PERICIAL QUE COMPROVARIA A ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE OS SERVIÇOS DA APELANTE E O DANO VERIFICADO NO PRODUTO DESCRITO NA INICIAL. CONTUDO, INSTADA A SE MANIFESTAR EM PROVAS, A APELANTE RECUSOU-SE À PRODUÇÃO DAS MESMAS. ART. 373, II, DO CPC. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 14, DO CDC. DANO MORAL CARACTERIZADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO QUE ATENDE AO CARÁTER COMPENSATÓRIO E PUNITIVO, EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SENTENÇA QUE SE MANTÉM. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0015494-41.2018.8.19.0042, em que é Apelante AMPLA ENERGIA E SERVIÇOS

S.A. e Apelada TOKIO MARINE SEGURADORA S.A., Acordam os Desembargadores que integram a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Relatório já anexado aos autos.

O recurso é tempestivo e estão presentes os demais requisitos de admissibilidade, pelo que merece ser conhecido.

Inicialmente, mostra-se evidente que se trata de demanda de consumo, enquadrando-se a autora no conceito de consumidor, do art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

Tratando-se de relação de consumo, a responsabilidade é objetiva, na forma do art. 14 do CDC. Sendo assim, basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade pelo consumidor, competindo ao fornecedor, por sua vez, afastar a sua culpa mediante a demonstração das hipóteses excludentes, taxativamente enumeradas no § 3º, do mesmo dispositivo.

Dessa maneira, responderá o réu pelos riscos inerentes ao exercício de sua atividade, compreendendo, nesse particular, as condutas de seus prepostos, quando esses causarem dano ao destinatário de seus produtos ou serviços, podendo o fornecedor afastar a sua responsabilidade, caso configurada a ocorrência de uma das causas excludentes, enunciadas no artigo 14, § 3º, do CDC.

Da detida análise dos autos, observa-se que a autor produziu prova dos fatos narrados, na forma do art. 373, I, do CPC, trazendo documentos que corroboram suas assertivas na inicial (index 000010), como o laudo técnico; faturas de energia elétrica; resposta da ré à reclamação postulada acerca da queda de energia e o dano no *notebook*, bem como a reclamação do demandante junto ao Procon da sua cidade.

Por sua vez, a ré sustentou ausência de nexo de causalidade entre os danos causados no *notebook* descrito na inicial e sua conduta. Asseverou que a oscilação de energia pode ter sido causada por problemas nas instalações elétricas internas do imóvel do autor, que não comprovou os fatos constitutivos de seu direito.

Contudo, verifica-se que a apelante não contestou satisfatoriamente os fatos alegados pelo autor, deixando de colacionar aos autos prova inequívoca de que o serviço de energia foi prestado corretamente.

Outrossim, instada a se manifestar em provas, recusou-se à produção delas, embora tenha sustentado inicialmente a produção de prova pericial, a única que comprovaria sua alegação de que não havia relação de causalidade entre seus serviços e o dano verificado no *notebook* descrito na inicial, bem como que a oscilação de energia pode ser causada por problemas nas instalações elétricas internas do imóvel do autor.

Dessa forma, a ré não logrou comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora, nos termos do art. 373, II, do CPC.

Como bem observado pelo Juízo *a quo*:

> "Entretanto, a ré não se desincumbiu do ônus de comprovar a ausência de nexo causal entre os danos ocorridos e a perturbação no sistema de energia elétrica. Registre-se, nesse ponto, que as telas anexadas à contestação, que indicam a ausência de oscilação de energia na data do evento, são documentos produzidos unilateralmente, não servindo como prova dos fatos alegados pela ré. Ademais, a própria concessionária do serviço sustentou a necessidade de produção da prova pericial, única apta a comprovar a sua afirmação de que o aparelho não foi danificado pela interrupção da energia elétrica. Contudo, intimada em mais de uma oportunidade, a ré recusou a produção de provas. Cumpre destacar, ainda, que o art. 205 da Resolução nº 414/2010, da ANEEL, inserido na seção que dispõe sobre o procedimento a ser adotado pela ré

quando da solicitação de ressarcimento pelo consumidor, impõe a ela o dever de verificar a existência do nexo de causalidade, sendo que o art. 206 do mesmo ato normativo prescreve que "a distribuidora pode fazer verificação *in loco* do equipamento danificado, solicitar que o consumidor o encaminhe para oficina por ela autorizada, ou retirar o equipamento para análise".

Cumpre registrar, ainda, que o ônus de provar a existência de relação jurídica entre as partes pertencia à ré, consoante dispositivo acima, não sendo lícito obrigar a autora a produzir prova de fato negativo.

Assim, não podem ser acolhidas as alegações recursais desprovidas de lastro probatório, uma vez que estas demonstram a fragilidade dos serviços prestados, merecendo destaque o fato de que nesta situação de acidente de consumo, o autor encontra-se equiparado à posição de consumidor, conforme determina o art.º 17, do CDC.

Logo, o juízo *a quo* acertadamente reconheceu a falha na prestação do serviço, que privou o autor do uso de seu computador, imprescindível em nossa rotina, emergindo o dever de indenizar da ré, pelos danos de ordem moral pela simples ocorrência dos fatos narrados.

Assim, no que tange ao valor fixado, entende-se que o montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais), se mostra adequado ao caso, estando dentro dos parâmetros fixados nesta Corte Estadual, não representando excesso, tampouco enriquecimento sem causa.

Seguem decisões análogas, nesta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AMPLA. OSCILAÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA, QUE OCASIONOU A QUEIMA DA GELADEIRA DO AUTOR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, QUE CONDENOU A RÉ AO PAGAMENTO DOS DANOS MATERIAIS, RELATIVOS AO VALOR DO CONSERTO (R$ 460,00), E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO VALOR DE R$ 8.000,00 (OITO MIL REAIS). RECURSO DA RÉ. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. RÉ QUE RECONHECE BREVE INTERRUPÇÃO NO SERVIÇO. DOCUMENTOS QUE DEMONSTRAM O PREJUÍZO MATERIAL SOFRIDO PELO DEMANDANTE E QUE O DEFEITO SE DEU EM RAZÃO DE QUEDA DE ENERGIA. DANO MORAL CONFIGURADO. PERDA DE PRODUTO ESSENCIAL. INDENIZAÇÃO FIXADA EM PATAMAR EXCESSIVO. REDUÇÃO PARA R$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS). PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. (000007127.2018.8.19.0079 – APELAÇÃO Des(a). MARCOS ANDRÉ CHUT - Julgamento: 17/04/2019 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO ESSENCIAL. O AUTOR SUSTENTA DIVERSAS OSCILAÇÕES DE ENERGIA EM SUA RESIDÊNCIA, E QUE TAL FATO, ENSEJOU A QUEIMA DE DIVERSOS APARELHOS ELETRÔNICOS EM DATAS DISTINTAS. COMPROVA QUE ENTREGOU NA ASSISTÊNCIA TÉCNICA O APARELHO DE AR CONDICIONADO, CUJO RESSARCIMENTO É REQUERIDO NESTA DEMANDA. A RÉ, POR SUA VEZ, NÃO SE DESINCUMBIU DO DISPOSTO NO ART. 373, II, NCPC C/C ART. 14, § 3º DO CDC, VISTO QUE SE LIMITOU A AFIRMAR QUE JÁ TERIA REALIZADO O REEMBOLSO DOS VALORES, SEM, NO ENTANTO, COMPROVAR O SEU PAGAMENTO, BEM COMO A REGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ASSIM, NÃO HÁ DÚVIDAS DA EXISTÊNCIA DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, BEM COMO DA FALHA DA RÉ EM NÃO REALIZAR O REEMBOLSO DOS REPAROS NOS APARELHOS ELETRODOMÉSTICOS DO AUTOR, OS QUAIS FORAM DANIFICADOS. DANO MORAL CONFIGURADO, APLICABILIDADE DO ENUNCIADO DA SÚMULA

192 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DESTE ESTADO: "A INDEVIDA INTERRUPÇÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS DE ÁGUA, ENERGIA ELÉTRICA, TELEFONE E GÁS CONFIGURA DANO MORAL". APLICABILIDADE DA TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO. FORTUITO INTERNO. DANO MORAL CONFIGURADO, VALOR DE R$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS) QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, ALÉM DE ATINGIR O OBJETIVO PUNITIVO-PEDAGÓGICO. PRECEDENTES DESTA CORTE ESPECIALIZADA. SENTENÇA IRRETOCÁVEL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (007696-33.2016.8.19.0031 – APELAÇÃO Des(a). ANTONIO CARLOS DOS SANTOS BITENCOURT - Julgamento: 08/11/2017 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL).

Por tais razões e fundamentos, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença recorrida. Por conseguinte, considerando-se o trabalho adicional realizado em grau recursal, majoram-se os honorários advocatícios para mais 2% sobre o valor da condenação.

RIO DE JANEIRO, 20 DE AGOSTO DE 2019.
DES. LUIZ FELIPE FRANCISCO
RELATOR

PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA FIXADA PELO STJ. REAJUSTES TÉCNICOS LEGAIS. CÁLCULOS ATUARIAIS. EQUILÍBRIO CONTRATUAL. ILEGALIDADE DO REAJUSTE REALIZADO EM MAIO DE 2015.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLUB. PENSÃO REAJUSTÁVEL. ATUALIZAÇÃO DO VALOR DO BENEFÍCIO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS REAJUSTES NAS CONTRIBUIÇÕES. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA, QUANTO À ATUALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO E O REAJUSTE NAS CONTRIBUIÇÕES QUE INCIDIU A PARTIR DE MAIO DE 2015. ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICADOS AO BENEFÍCIO ADEQUADOS. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL. PRECEDENTES DO STJ. ILEGITIMIDADE DO REAJUSTE NAS CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DE MAIO DE 2015. DECISÃO DA SUSEP QUE DECLARA A ILEGALIDADE DO REAJUSTE POR FALTA DE CÁLCULO ATUARIAL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES INDEVIDAMENTE PAGOS NA FORMA SIMPLES QUE SE IMPÕE. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esta Apelação Cível nº 0492807-44.2015.8.19.0001, em que é Apelante: José Luis de Almeida Lopes e Apelado: Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil – APLUB, acordam os Desembargadores que compõem a Colenda Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Na forma do § 4º, do artigo 92 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, adoto o relatório do juízo sentenciante, assim redigido:

"Trata-se de ação de revisão de contrato e repetição indébito proposta por José Luis de Almeida Lopes em face de APLUB - Associação dos Profissionais Liberais Universitários do Brasil, qualificados a f. 03, alegando, em resumo, que contratou junto à ré dois planos de pensão reajustáveis, os quais lhe proporcionariam benefício de renda mensal vitalícia por morte ou invalidez ou aposentadoria; que o valor do benefício corresponde a 10,33 vezes o valor da contribuição mensal vertida para o plano; que, ao simular o valor da aposentadoria verificou que o benefício a ser pago não corresponde minimamente à proporção inicialmente estabelecida nos contratos, a qual acreditou que seria mantida ao longo

dos anos de contribuição; que sempre acatou todos os reajustes propostos pela ré, inclusive os reajustes acima dos índices inflacionários; que a situação apresentada frustra as suas reais expectativas; que pretende restabelecer a proporção entre os valores do benefício e o da prestação ao patamar inicialmente contratado; que o índice de reajuste anual aplicado em dezembro de 2014 sobre a parcela mensal deve ser anulado, eis que contrário ao autorizado pela SUSEP; que em abril de 2014 tomou conhecimento que o reajuste de 2014 se daria em três parcelas, cada uma no percentual de 36,34%, a serem aplicados nos meses de maio, agosto e dezembro de 2014; que questionou os índices de reajuste junto à SUSEP, processo administrativo nº 15414.001919/2014-30, que constatou pela infração administrativa, eis que o reajuste se deu em índices superiores ao autorizado e, assim, declarou indevido o 3º reajuste aplicado em dezembro de 2014 no percentual de 36,34%; que a atualização dos valores do futuro benefício não foi de forma plena, eis que os índices utilizados na atualização do benefício foram menores que os aplicados na correção da contribuição mensal, acarretando-lhe prejuízo ante a alteração da equação econômica inicialmente estabelecida; que devem ser utilizados os índices de atualização monetária que melhor reflitam a variação inflacionária do período, ou seja, ORTN desde a contratação do benefício até dezembro de 1988, IPC de janeiro de 1989 até março de 1991, sendo fixado no percentual de 42,72% em janeiro de 1989 e de 21,87% em fevereiro de 1991 e a partir de março de 1991 o IGPM/FGV; que sua prestação mensal atualmente é de R$ 457,84 e, assim, o valor do benefício concedido deve corresponder ao valor de R$ 4.729,48; que a SUSEP apurou uma cobrança a maior, mensalmente, de R$ 48,14 para cada um dos contratos, para o período de dezembro de 2014 a abril de 2015 e, para o período de maio a dezembro de 2015, a diferença mensal passou a ser de R$ 58,95; que está questionando na SUSEP o reajuste de 22,46% que incidiu sobre o mês de maio de 2015; que mesmo que a SUSEP entenda pela legalidade desse reajuste a prestação deve ser reduzida de R$ 453,25 para R$ 393,95, eis que a correção deve incidir sobre o valor de R$ 321,69 e não sobre a base aplicada de R$ 370,10 e, se a SUSEP entender por ser indevido o reajuste de 22,46% as parcelas deverão ser novamente calculadas; que pretende ver repetido o excesso pago indevidamente; que em cada contrato pagou a mais a quantia de R$ 760,68, totalizando R$ 1.521,36 para ambos os contratos e, em dobro, deve ser repetida a quantia de R$ 3.042,72. Requer: a) seja a ré condenada a rever o valor do benefício previsto nos planos de pensões reajustáveis contratados, restabelecendo a proporção entre o valor da contribuição mensal e o valor do benefício ao patamar contratado à época de 10,33 vezes, de forma que o valor do benefício, na época da concessão, corresponda ao valor da prestação mensal multiplicado por 10,33; b) seja declarado nulo o terceiro reajuste no percentual de 36,34% aplicado sobre as mensalidades dos planos no mês de dezembro de 2014; c) e, consequentemente, seja declarada a nulidade dos valores pagos que excederam o valor da contribuição mensal de R$ 321,69, apontada pela SUSEP como correto para o período de após dezembro de 2014; d) seja a ré condenada a lhe restituir os valores quitados à maior até a presente data, computada a dobra legal, no valor de R$ 3.042,72; e) seja a ré condenada a lhe restituir os valores pagos a maior nas mensalidades vencidas após o ajuizamento desta ação. A inicial veio instruída com os documentos de f. 18/66.

Pelo despacho liminar positivo de f. 41, foi deferida a gratuidade de justiça e convolado o rito para ordinário. Regularmente citada, a ré contestou o pedido, f. 98/116, instruída com os documentos de f. 117/131, alegando, em resumo, que os contratos sofreram ajuste técnico que concerne no aumento do valor da contribuição de um determinado plano decorrente do envelhecimento do seu grupo de participantes; que o tal envelhecimento provoca elevação da taxa de mortalidade, exigindo mais recursos para o pagamento dos benefícios; que nos planos de vida, quanto maior a idade, maior o risco e, portanto, maior o valor da contribuição; que os ajustes visam ao equilíbrio entre as receitas (contribuições) e despesas (pagamento dos benefícios), sob pena do plano entrar em desequilíbrio e, para evitar tal situação, cumpre as normas estabelecidas nos Regulamentos; que os cálculos e projeções são refeitos, de tempos em tempos, tomando em conta conjunturas, envelhecimento médio do quadro de participantes, etc; que o reajuste do plano é uma imposição da SUSEP - órgão controlador, eis que visa o equilíbrio do plano, garantindo a estabilidade financeira; que o ajuste no valor da contribuição se trata da correção monetária e pode ser anual, semestral, trimestral ou mensal, e os indexadores são os oficiais da previdência privada; que o percentual da correção monetária é aplicado igualmente tanto no valor do benefício quanto no valor da contribuição; que, entretanto, o reajuste sofrido na contribuição paga pelo autor não tem relação com correção monetária, eis que o reajuste incide exclusivamente sobre o valor da contribuição e visa adequá-la à faixa etária do participante do plano; que sempre respeitou a correção monetária definida e sempre a aplicou igualmente sobre o benefício e sobre a contribuição; que o valor do ajuste técnico que será aplicado equivale ao percentual de insuficiência identificado no plano e é apresentado à SUSEP na última avaliação atuarial, a fim de que esta exerça o controle e a fiscalização; que não houve pagamento por erro, não havendo indébito a ser repetido. Requer a improcedência do pedido. Réplica a f. 141/4, requerendo o julgamento antecipado da *lide*. A parte ré também se manifestou no sentido de não possuir mais provas a produzir, f. 166. A f. 173 foi nomeado perito. Apresentada proposta de honorários, as partes se manifestaram, sendo os honorários homologado a f. 311. Laudo pericial a f. 376/395, instruído com os documentos de f. 396/410, sobre o qual a parte autora se manifestou requerendo sejam feitos esclarecimentos, f. 422/5. Esclarecimentos Periciais a f. 432/4. A parte ré se manifestou a f. 447/456, requerendo o parcelamento de sua parte dos honorários periciais, ante a grave crise financeira que enfrenta, tendo sido decretada a sua liquidação extrajudicial pela SUSEP, cujos efeitos se encontram suspensos, ante decisão judicial proferida nos autos de processo judicial que tramita perante o TRF da 4ª Região. O Ministério Público se manifestou a f. 477, informando não ter interesse em oficiar no feito. Pela decisão de f. 483 foi determinada a vinda do depósito dos honorários periciais, sob pena de penhora. A parte autora se manifestou a f. 492/5 Pela petição de f. 497/8, o perito reitera o pedido de penhora *on line*."

O Juízo *a quo*, na sentença de f. e-doc. 500, fundamentou nos seguintes termos:

"Trata-se ação de revisão de contrato, cumulada com indenização por danos materiais, sob a alegação de incorreto reajuste do benefício de previdência privada contratado, devendo ser restabelecida a proporção entre o valor da contribuição mensal e o valor do benefício

ao patamar contratado à época de 10,33 vezes, de forma que o valor do benefício, na época da concessão, corresponda ao valor da prestação mensal multiplicado por 10,33; bem como pretende a nulidade do terceiro reajuste no percentual de 36,34% aplicado sobre as mensalidades dos planos no mês de dezembro de 2014, já que a SUSEP, em processo administrativo, entendeu que o mesmo é abusivo; e, por fim, pretendo o indébito, em dobro, dos valores das contribuições pagas a maior. Diante da complexidade da matéria, foi deferida a prova pericial, tendo o Sr. Perito, - após concluir pela contratação dos dois planos, conforme informado na inicial; e, após examinar as planilhas presentadas pela parte ré -, fez as seguintes considerações finais (f. 393/5): "Pelas séries de valores verifica-se o esmaecimento da relação benefício x contribuição, o que provavelmente deva ter ocorrido em função da estrutura do plano que não apresentava custeio individualizado em função do risco com base na idade atingida. Foi adotada uma metodologia grupal calculadas por taxa média para um plano de comercialização aberta e estruturado no regime de repartição de capitais de cobertura, o que requereria um rejuvenescimento que por certo não ocorreu. Por conta do envelhecimento, a necessidade dos ajustes tornou-se imprescindível, influenciando na redução da relação benefício x contribuição. Ocorre, porém, que os participantes ao longo do tempo não são informados dos fatos, tão somente restando-lhes pagar as contribuições, nem sequer sabendo da distribuição dos valores em relação aos objetivos (carregamento, aposentadoria, pensão e invalidez). No anexo ao Laudo, a perícia reproduz os quadros dos Anexos III e IV da contestação com os percentuais, contribuição e contribuição alocados para cada um dos objetivos e complementarmente gráficos onde se pode destacar estranhamente a significativa alocação do custeio para a cobertura de pensão". O Sr. Perito informa o objetivo do autor na época da subscrição dos planos, bem como reafirma a decisão proferida pela SUSEP citada na inicial e, por fim, esclarece (f. 395) o seguinte: "Já a Ré-APLUB, em sua extensa quesitação, desejou provar correção em seus procedimentos. Até tecnicamente está correta quanto ao plano não conceder resgate e, como disposto na Regulamento do plano oferecer benefícios excludentes. Porém, quanto a questão dos direitos que o autor possa vir a obter diante das peças do processo depende da modulação do julgado para efeito de apuração dos cálculos em futura perícia de liquidação de sentença. (...) Fato adicional às peças do processo é que o Autor, por ter atingido a idade de 60 anos em dez/2017, a partir daí passou a receber renda mensal vitalícia (aposentadoria), que foi calculada como entendimento da ré-APLUB e não na proporção do contrato original, tudo como devidamente explicado neste laudo". Como se extrai do laudo pericial, o que efetivamente ocorreu foi a ausência de informação da parte ré aos participantes do grupo que, por conta do envelhecimento se faziam necessários ajustes, influenciando na redução da relação benefício x contribuição. Conforme informou o Sr. Perito, cujos esclarecimentos técnicos não foram impugnados pela ré, o esmaecimento da relação benefício x contribuição ocorreu em função da estrutura do plano que não apresentava custeio individualizado em função do risco com base na idade atingida. O ilustre *expert*, informou, ainda, que foi adotado pela ré uma metodologia grupal calculada por taxa média para um plano de comercialização aberta e estruturado no regime de repartição de capitais de cobertura, o que requereria um rejuvenescimento que, por certo, não ocorreu.

Logo, em que pese a falha técnica da parte ré na administração dos planos de previdência aberta do qual o autor é participante, o cálculo da apuração do benefício se deu de forma correta, diante das características que o grupo apresentava, ante o envelhecimento do mesmo, e a metodologia adotada pela ré. Cabe registrar, ainda, que o benefício sofria correção monetária no mesmo índice e percentual aplicado às contribuições; porém, em razão da necessidade dos ajustes técnicos, ante a idade avançada dos participantes, as contribuições sofriam reajustes. Esses reajustes incidentes sobre as contribuições para manter o equilíbrio técnico do contrato não eram repassados ao benefício, conforme informado pela ré, já que o reajuste incide exclusivamente sobre o valor da contribuição e visa adequá-la à faixa etária do participante do plano. No caso, embora efetivamente o objetivo do autor, quando da subscrição dos planos, após o cumprimento dos requisitos, fosse a aposentadoria, percebendo uma renda correspondente a 10,33 o valor da contribuição, como acima visto, não é possível revisar os contratos conforme pretensão da parte autora, já que os ajustes se fizeram necessários, ante a metodologia adotada pela ré para administração do plano contratado. Desta forma, cabe ao autor, em ação autônoma, buscar eventual reparação pelas perdas e danos que entender como cabíveis, em razão das falhas da parte ré na administração dos planos, inclusive a ausência de informações. Conforme se extrai de f. 15/16, os pedidos da parte autora são apenas para revisar o valor do benefício, chegando este ao patamar de 10,33 do valor da contribuição; a nulidade do reajuste de 36,34%, incidente no mês de dezembro de 2014, conforme já reconhecido pela SUSEP e repetição em dobro dos valores pagos a maior. Quanto ao reajuste aplicado em dezembro de 2014, conforme já reconhecido pela SUSEP, em decisão administrativa (f. 35/9, 44 e 50), o mesmo se mostrou indevido e, desta forma, deve a parte ré revisar, a partir de dezembro de 2014, o valor das contribuições, excluindo o percentual de 36,34%. A SUSEP é o órgão executivo e fiscalizador e, portanto, fixa o percentual que deve incidir sobre a contribuição e, assim, entendeu a referida autarquia como indevida a incidência do percentual de 36,34% no mês de dezembro de 2014, mandando a ré restituir e, ante a inércia da ré e a ausência de força coercitiva da SUSEP, vem a parte autora buscar a tutela jurisdicional, o que merece acolhimento. Quanto ao percentual de 22% aplicado em maio de 2015 e que também é impugnado pela autora junto à SUSEP, considerando que ainda não tem decisão administrativa do órgão fiscalizador, não tem como este Juízo apreciar o pleito da parte autora, já que o interesse processual somente existirá a partir da decisão proferida pela SUSEP, uma vez que a ela cabe avaliar e aprovar os referidos reajustes. Quanto aos expurgos dos índices inflacionários havidos no país, embora a parte autora os mencione, nenhum pedido é feito neste sentido. Além disso, para se entender como devido os expurgos sobre o benefício, estes também deve incidir sobre as contribuições, eis que as correções havidas nas contribuições, proporcionalmente ocorrem nos benefícios. Logo, diante de tudo o que foi apurado, deve a parte ré excluir o percentual de reajuste de 36,34% incidente a partir de dezembro de 2014, revisando, a partir de então, na forma da decisão da SUSEP, o valor das contribuições dos planos contratados pelo autor que deve ser de R$ 321,69, conforme entendeu o órgão fiscalizador (f. 50). E, diante disso, deve a parte ré restituir à parte autora, de forma simples, os valores cobrados e pagos a maior, desde dezembro de 2014 até o efetivo

ajuste do valor das contribuições, uma vez que a interpretação a parte ré quanto ao índice que a mesma entende como necessário para ajuste técnico, embora diferente do adotado pela SUSEP, não caracteriza má-fé."

E julgou a *lide* parcialmente procedente, *in verbis*:

"Por todo o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos para: a) declarar a nulidade do terceiro reajuste no percentual de 36,34% incidente sobre as mensalidades dos planos no mês de dezembro de 2014, oportunidade em que a mensalidade de cada plano passou a ser de R$ 321,69, conforme reconhecido pela SUSEP; b) condenar a parte ré a restituir, de forma simples, todos os valores pagos a maior pela autora, incidentes nos dois planos contratados, a partir de dezembro de 2014 até a data do efetivo ajuste pela ré do valor das contribuições. Os valores a serem devolvidos deverão ser corrigidos monetariamente a partir de cada desembolso e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. A liquidação da quantia devida deverá ser feita por simples cálculo aritmético. Considerando a sucumbência recíproca, as custas serão rateadas e cada parte arcará com 50% do valor dos honorários advocatícios que restam fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa. P.I."

A parte autora apresentou recurso de apelação, tendo pugnado, em suas razões de f. e-doc. 558, pela reforma da sentença a fim de que sejam julgados procedentes seus pedidos, para: (a) declarar a nulidade do reajuste aplicado a partir do mês de maio de 2015, com base em uma prova nova trazida aos autos, em f. 525; (b) condenar a parte ré a restabelecer a proporção original entre a contribuição e o benefício.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de e-doc. 633.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, visto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia, devolvida a este E. Tribunal, acerca do pedido de revisão dos benefícios contratados pelo autor, sob a alegação de que o contrato de previdência privada estabelecia que o benefício equivaleria a 10,33% do valor da contribuição mensal; e do pedido de declaração de ilegitimidade do reajuste de 22,46%, aplicado em maio de 2015, e de restituição dos valores indevidamente pagos.

No que se refere ao pedido de atualização do benefício contratado pela parte autora, não assiste razão ao apelante.

Isso porque, conforme o laudo pericial, de f. 376, a atualização monetária do benefício foi feita pela instituição ré de acordo com entendimento fixado pelo STJ, no julgamento do EREsp nº 1.353.762/RS, quanto aos índices a serem aplicados para recompor a desvalorização da moeda durante o período de contribuição, *in verbis*:

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PLANO DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADO POR ENTIDADE ABERTA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. ATUALIZAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. VEDAÇÃO À VINCULAÇÃO DE BENEFÍCIOS E RESPECTIVAS CONTRIBUIÇÕES AO SALÁRIO MÍNIMO. ALTERAÇÃO REGULAMENTAR PARA FIEL CUMPRIMENTO DA LEI E DOS PROVIMENTOS INFRALEGAIS DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS REGULADOR E FISCALIZADOR. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O autor contratou plano de previdência privada em 1966, sendo que o regulamento previa, após 25 anos de contribuição, o benefício de aposentadoria mensal equivalente a dois salários-mínimos. 2. A entidade previdenciária adotou, inicialmente, por força do artigo 22 da Lei 6.435/77, o índice de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) para a correção das contribuições e dos benefícios, bem como aplicou

os índices definidos pelo órgão normativo do Sistema Nacional de Seguros Privados, a que expressamente alude o parágrafo único do mencionado dispositivo. 3. Assim, é correta a adoção, pela entidade previdenciária, do índice de Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN) para correção dos benefícios, aplicando posteriormente os índices definidos pelo Sistema Nacional de Seguros (na ordem, a ORTN, a OTN, o IPC, o BTN e, por fim, a TR), em atendimento ao disposto no artigo 22 da Lei 6.435/77. Precedentes. 4. A aplicação de índice que não possui relação com aqueles estabelecidos no Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) para a atualização das contribuições vertidas no período de formação das reservas e dos benefícios concedidos, como pretende o agravante, afeta o equilíbrio atuarial do plano, pois a entidade previdenciária, em cumprimento à regra legal e aos provimentos dos órgãos públicos regulador e fiscalizador, promoveu a atualização das contribuições e dos respectivos benefícios, com base sempre em um mesmo índice estabelecido pelos órgãos do Poder Executivo. Precedente: REsp 1.410.727/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 24/05/2016, DJe de 08/06/2016). 5. Agravo interno a que se nega provimento." (sem grifos no original)

(EREsp nº 1.353.762/RS – 2012/0241121-8 – Min. Rel. RAUL ARAÚJO – Segunda Seção – Publicação em 08/09/2016)

Ademais, ainda de acordo com o julgado acima colacionado, também são legais os reajustes técnicos realizados pela parte ré, com a finalidade de manter o equilíbrio atuarial dos planos contratados pelo autor.

Tais reajustes técnicos foram realizados, na hipótese, por conta do envelhecimento do grupo de contribuintes, em cumprimento à legislação e às determinações dos órgãos regulamentadores da previdência privada, visando a manutenção do equilíbrio contratual.

No que toca ao pedido de declaração de nulidade do reajuste realizado em maio de 2015 pela parte ré nas contribuições do autor, a decisão da SUSEP, de f. 525, pela ilegalidade do reajuste é clara, destacando que o motivo da ilegitimidade seria a falta de cálculo atuarial para embasar o reajuste.

Insta salientar que, ainda conforme a decisão da SUSEP, o reajuste aplicado pela parte ré foi realizado por necessidade de receita para o fundo de reserva.

Por fim, no que se refere à condenação das partes ao pagamento de custas e honorários advocatícios, esta deve ser revista uma vez que, com a reforma da sentença, a parte ré decaiu na maioria dos pedidos feitos na inicial. Sendo assim, condeno a parte ré a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios da parte ré, fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

Isto posto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, para:

a) julgar procedentes os pedidos de declaração de nulidade do reajuste nas contribuições do autor que incidiram a partir de maio de 2015;

b) condenar a parte ré à devolução dos valores indevidamente pagos, na forma simples;

c) condenar a parte ré a arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Fica, no mais, mantida a sentença tal como publicada.

RIO DE JANEIRO, 25 DE SETEMBRO DE 2019.
JDS. DES. FÁBIO UCHÔA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO
RELATOR

PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-DOENÇA EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NÃO CABIMENTO. REQUISITOS NÃO PREVISTOS. LESÕES

CONSOLIDADAS. LAUDO PERICIAL. RESTRIÇÃO E LIMITAÇÃO PARA O PLENO EXERCÍCIO LABORAL. BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. RECEBIMENTO NA PROPORÇÃO DE 50%.

Apelação Cível. Ação Previdenciária. Restabelecimento de Auxílio-Doença Acidentário c/c Aposentadoria por Invalidez. Sentença de improcedência. Inexistência do direito alegado. Insurgência recursal da autora. Expert que atesta a redução da capacidade laborativa da recorrente, ocasionada pelo acidente de trabalho sofrido. Reforma do julgado. Fungibilidade dos benefícios previdenciários. Questão de relevância social. Prova pericial inconteste quanto ao direito à concessão do Auxílio- Acidente. Benefício devido na proporção de 50%, nos termos do artigo 104 e do Decreto nº 3.048/99. Direito ao recebimento do pagamento das verbas pretéritas, contar da cessação do benefício anterior, com correção monetária pelo INPC e juros de mora segundo o Artigo 1º- F da Lei nº 9.49/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. Provimento parcial do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0024631-83.2008.8.19.0014, em que é Apelante VANUSA DOS SANTOS FLORÊNCIO e Apelado INSTITUTO NACIONAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Acordam os Desembargadores que integram a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto da relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de ação previdenciária em que requer a parte autora o restabelecimento do benefício auxílio-acidente e a conversão do benefício auxílio-doença em aposentadoria por invalidez.

Afirma que a demandante que sofreu queda em seu local de trabalho e que, devido a este acidente de trabalho, passou a ser portadora de mazela que a impossibilita de exercer atividade laborativa.

Aduz o réu na contestação de f. 64/73, em síntese, a falta de interesse de agir, pois não houve comprovação de requerimento administrativo prévio de auxílio-acidente. No mérito, alega que a perícia administrativa constatou a capacidade laborativa, devendo ser improvidos os pedidos.

Laudo pericial a f. 142/147, reconhecendo o nexo de causalidade entre o trauma sofrido e o quadro clínico da apelante, atestando "que embora apresente dor e relativa limitação funcional, mantém-se em sua rotina habitual de trabalho".

O juízo sentenciante julgou improcedente o pedido autoral, nos seguintes termos:

"...Como dito, a autora pleiteia o restabelecimento dos benefícios de auxílio-doença por acidente de trabalho que recebia. Não se trata, portanto, do auxílio-acidente, que é devido como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (art. 86, Lei nº 8.213/91).

Portanto, se não há incapacidade para o trabalho, não se pode cogitar de auxílio-doença, nos termos do art. 59 da Lei nº 8.213/91, ou aposentadoria por invalidez, conforme art. 43 do mesmo diploma. Se há sequelas provenientes de lesões consolidadas, o que não se sabe, uma vez que a prova não foi explorada nesse sentido, deverá ser requerido um auxílio-acidente, na forma do art. 86 da referida lei, o que, repita-se, apesar da utilização de tal nomenclatura na inicial, não foi o pedido da autora, pois se referiu ao restabelecimento dos benefícios que recebeu.

O d. Perito foi claro em constatar que não há incapacidade laborativa (f. 141) e que a autora já foi transferida para outra função, razão pela

qual não entendo ser o caso de reabilitação profissional (art. 62, Lei nº 8.213/91), até mesmo pela ausência de pedido nesse sentido. Assim sendo, impõe-se a improcedência dos pedidos.

III- Dispositivo

Pelo exposto, julgo improcedentes os pedidos, na forma do art. 490 do CPC. Condeno a autora às despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% do valor atualizado da causa, na forma do art. 85, §3e, I, do CPC, observadas as disposições da gratuidade de justiça deferida, conforme art. 98, §3º, do CPC".

Em suas razões de f. 168/173, a autora recorrente, pugnando pela reforma do julgado para que seja restabelecido o benefício de auxílio-acidente, diante da incapacidade para o exercício da mesma atividade laborativa exercida antes do acidente de trabalho.

Contrarrazões a f. 194 em prestígio ao julgado.

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 200/205 pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, que deve ser, por conseguinte, recebido e conhecido.

Inicialmente, cabe salientar que, em que pese ter a autora, ora apelante, pugnado pelo restabelecimento do auxílio-acidente, infere-se da leitura da exordial que, em verdade, objetiva o restabelecimento do auxílio-doença acidentário 91/525.234.762-6 e na conversão deste em aposentadoria por invalidez.

No caso em debate, atestou o perito judicial no laudo de f. 142/146 que "a periciada, após quatro afastamentos do trabalho por reagudização das patologias existentes no sistema osteomuscular relacionadas ao trabalho, em que acomete articulações da coluna vertebral cervical e lombar, ombros e cotovelos, desde 08/03/2013 mantém-se em sua rotina habitual de trabalho, embora apresente dor e relativa limitação funcional".

Neste contexto, verifica-se que as lesões sofridas pela apelante se encontram consolidadas, não havendo mais razão para se cogitar o restabelecimento do pagamento do auxílio-doença, o qual é dotado de provisoriedade, diante da incapacidade temporária do obreiro para exercer o seu trabalho habitual.

Do mesmo modo razão não assiste à recorrente quanto ao pedido de aposentadoria por invalidez.

A aposentadoria por invalidez é concedida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição.

O art.42, da Lei nº 8.213/91 assim dispõe:

"Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança".

A aposentadoria por invalidez visa, portanto, substituir os rendimentos dos segurados que forem incapazes para exercer atividade laborativa e não puderem ser reabilitados para atividade que lhe garanta a subsistência.

Assim, uma vez cumprida a carência exigida (quando for o caso) - 12 contribuições mensais ou 12 meses para o segurado especial - será devida ao segurado que for considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição.

Logo, a concessão da aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico pericial, sendo certo que apenas o profissional médico habilitado poderá opinar pela invalidez do segurado.

In casu, o perito do juízo afirmou que não existe incapacidade da recorrente para o trabalho, embora exista restrição e limitação para o pleno exercício de seu labor por acometimento patológico Poliarticular.

Neste sentido, não ostenta a demandante os requisitos para a aposentadoria por invalidez.

Não obstante, faz jus a recorrente à percepção do auxílio-acidente.

Com efeito, a despeito do pedido autoral se restringir ao restabelecimento do auxílio-doença, e, de forma secundária, à aposentadoria por invalidez acidentária, não há objeção à concessão do auxílio-acidente pelo julgador, ante a relevância da questão social envolvida, sem que se configure julgamento *extra petita*. Se o conjunto probatório indicar a concessão de benefício diverso daquele pleiteado, este poderá ser deferido, por força do princípio da fungibilidade dos benefícios previdenciários.

Neste sentido, seguem os julgados desta Câmara e deste Tribunal:

APELAÇÃO. CONVERSÃO AUXÍLIO-ACIDENTE EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. POSSIBILIDADE. FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. LAUDO PERICIAL INCONTESTE. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS E SOCIAIS DO SEGURADO QUANDO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. TAXA JUDICIÁRIA DEVIDA. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO. (...) Com efeito, nas ações acidentárias e previdenciárias, é lícito ao magistrado utilizar-se do princípio da fungibilidade dos benefícios para prover ao segurado proteção previdenciária plena e real, de acordo com suas reais condições físicas ou psíquicas, de forma que o julgador não fica adstrito ao pedido delimitado na inicial. Dessa forma, o princípio da fungibilidade permite que o juiz conceda aposentadoria por invalidez, mesmo que o autor pleiteie apenas a concessão do auxílio-doença ou auxílio-acidente, desde que resulte da perícia médica que a incapacidade laboral do segurado é total e permanente, sendo essa a hipótese dos autos. (...) Provimento do recurso. Condenação de ofício do réu no pagamento de taxa judiciária. 001940623.2010.8.19.0011 – apelação Des(a). RENATA MACHADO COTTA - Julgamento: 30/11/2016 - Terceira Câmara Cível

Apelação cível. Previdenciário. Auxílio-acidente. Laudo pericial. Incapacidade parcial permanente. Acidente de trabalho. Juros moratórios. Verba honorária. Não obstante o pedido inicial tenha sido no sentido da concessão do auxílio-acidente e a sentença tenha concedido aposentadoria por invalidez, não é esta *extra petita*. Em relação à pretensão de recebimento de benefício previdenciário, o Superior Tribunal de Justiça entende ser lícito ao Juízo enquadrar a hipótese fática ao benefício cabível, em razão da relevância social da matéria. Assim, ainda que solicitado o auxílio-acidente, possível a concessão de outro benefício se constatado no curso da demanda o preenchimento dos requisitos necessários ao deferimento. Depreende-se, portanto, que vigora em nosso ordenamento jurídico a fungibilidade dos benefícios previdenciários, sendo certo que a situação fática é determinante na concessão do benefício, já que não raro ocorre o agravamento das sequelas do requerente durante o

trâmite do processo. Saliente-se, ademais, que a aposentadoria é espécie do gênero benefício previdenciário, sendo certo que a autora requereu na petição inicial a concessão de um "auxílio mensal e vitalício". Destarte, não cabe falar em sentença dissociada do pedido e julgamento *extra petita*. (...) Recurso parcialmente provido. 0062086-82.2012.8.19.0001 - APELAÇÃO / reexame necessário. Des(a). MARIO ASSIS GONÇALVES - Julgamento: 04/03/2015 - Terceira Câmara Cível (Grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE CONVERSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO EM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. - O Apelante não faz jus, no momento, à aposentadoria por invalidez, posto que ele ainda pode exercer outra atividade laboral, desde que não exija esforço dos membros superiores, considerando, ainda, que conta com 41 anos de idade, e faz-se necessário esperar mais um tempo para verificar a real possibilidade de sua inserção no mercado de trabalho. Registre-se que o próprio expert indicou algumas funções que é possível ao Recorrente desempenhar. - Apesar de o pedido formulado na inicial ser no sentido da conversão de auxílio-doença acidentário em aposentadoria por invalidez, certo é que o Princípio da Fungibilidade permite a concessão de um benefício previdenciário no lugar de outro, desde que preenchidos os requisitos autorizadores, como se vê no presente caso - O direito ao auxílio acidente encontra-se previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213/91, e é devido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem a redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia, como é o caso dos autos, como se depreende do laudo pericial. - Quanto à incapacidade do Apelante, esta restou configurada em parcial e provavelmente permanente, considerando todo o tratamento a que o autor já se submeteu sem êxito, razão pela qual deve ser deferida a conversão do auxílio-doença em auxílio-acidente, a contar de 15/12/2014. - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 0006158-43.2014.8.19.0045 – APELAÇÃO Des(a). MARIA REGINA FONSECA NOVA ALVES - Julgamento: 09/05/2017 - Décima Quinta Câmara Cível

APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO AUTORAL PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E, ALTERNATIVAMENTE, AUXÍLIO-DOENÇA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. LAUDO PERICIAL PRODUZIDO EM JUÍZO QUE CONCLUIU QUE HÁ NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AS LESÕES E O ACIDENTE (DOENÇA PROFISSIONAL) DO AUTOR, E QUE A DOENÇA APRESENTADA POR ELE É DECORRENTE DE ESFORÇOS REPETITIVOS COM A COLUNA LOMBAR, QUE O INCAPACITA SOMENTE PARA AS MESMAS ATIVIDADES QUE EXERCIA ANTERIORMENTE, PODENDO, CONTUDO, EXERCER OUTRA ATIVIDADE LABORATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE APLICÁVEL EM DIREITO PREVIDENCIÁRIO QUE PERMITE A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE, EMBORA NÃO REQUERIDO NA INICIAL, TENDO EM VISTA QUE É O BENEFÍCIO QUE MAIS SE ENQUADRA NO CASO CONCRETO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO A PARTIR DA DATA DE CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. HIPÓTESE EM QUE A AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA JÁ TINHA CONHECIMENTO ACERCA DO INFORTÚNIO LABORAL OCORRIDO COM O AUTOR. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. PROVIMENTO DO RECURSO PARA REFORMAR A SENTENÇA E CONCEDER AO AUTOR AUXÍLIO-ACIDENTE, PREVISTO NO ART. 86 DA LEI Nº 8.213/91 E NO ART. 104 DO REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (DECRETO Nº 3.048/99),

A PARTIR DO DIA SEGUINTE DA CASSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. (APELAÇÃO CÍVEL 033973457.2012.8.19.0001 – Rel. INÊS DA TRINDADE CHAVES DE MELO - Sexta Câmara Cível - Data de julgamento: 17/02/2016 - Data de publicação: 22/02/2016)

O auxílio-acidente é um benefício de natureza indenizatória, que se identifica com o risco social consistente na redução da capacidade para o trabalho em decorrência de uma sequela consolidada de alguma lesão sofrida.

Confira-se, a propósito, o art. 86, da Lei nº 8.213/91, antes das modificações dadas pela Lei nº 9.528/97:

> Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar sequela que implique:
>
> I - redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional;
>
> II - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não o de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional; ou
>
> III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional.
>
> § 1º O auxílio-acidente, mensal e vitalício, corresponderá, respectivamente às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário de contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário de benefício.

No mesmo sentido, a disposição contida no art. 104, I e II do Regulamento Geral da Previdência Social (Decreto 3.048, de 06/05/1999), *in verbis*:

> Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado, empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso, ao segurado especial e ao médico - residente quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva que implique:
>
> I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e se enquadre nas situações discriminadas no Anexo III;
>
> II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou
>
> III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.

Além disso, vale destacar que o auxílio-acidente é uma renda de índole vitalícia a que faz jus o segurado, assim que retorna ao trabalho, após afastado de suas atividades em razão de um acidente profissional, quando as sequelas do respectivo acidente gerar restrições à execução das atividades profissionais do indivíduo, sendo o seu valor estabelecido em percentual fixo sobre o salário de contribuição, já que representa uma indenização paga mensal e cumulativamente com a remuneração do empregado.

Assim, para a concessão do benefício acidentário, impõe-se a demonstração, em primeiro lugar, de que o acidente ocorreu no exercício da atividade laborativa ou em situação a ela assemelhada por lei.

Em segundo lugar, deve haver a comprovação de que desse acidente resultou sequela que interfira na atividade laborativa do segurado, como já salientado.

No caso em comento, concluiu o *expert* a existência do nexo de causalidade do quadro clínico da apelante com o acidente de trabalho sofrido e que houve redução da capacidade laborativa da recorrente para o exercício de sua atividade profissional ocasionado pelo quadro de acometimento Poliarticular (coluna vertebral/ombros/cotovelos), que "não existe incapacidade para o trabalho, entretanto existe restrição e limitação pelo quadro já exposto anteriormente". (F. 248)

Ressalte-se que para concessão do benefício, não é preciso que o segurado esteja impossibilitado da realização de toda e qualquer atividade laborativa.

Em virtude do exposto, a sentença merece reparo para que seja concedido o benefício acidentário na proporção de 50% (cinquenta por cento) nos termos do artigo 104 do Decreto nº 3.048/99, cujo termo inicial é o segundo dia após a cessação do primeiro auxílio-doença, na forma do art. 86, §2º, da Lei nº 8.213/91, *in verbis*:

> Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia:
>
> (...)
>
> § 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência dominante do STJ:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. MOLÉSTIA PROFISSIONAL. PARA A CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE, É NECESSÁRIO QUE A SEQUELA ACARRETE UMA DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA DO SEGURADO, AINDA QUE EM GRAU MÍNIMO. ACÓRDÃO PARADIGMA: RESP. 1.109.591, DJE 08/09/2010, JULGADO SOB O RITO DO 543-C DO CPC. CAPACIDADE LABORAL FOI COMPROVADA PELAS PROVAS COLACIONADAS AOS AUTOS. AGRAVO DESPROVIDO. (...)
>
> (AgRg no AREsp 538.741/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 01/03/2016, DJe 11/03/2016).
>
> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. LER. MEMBROS SUPERIORES. MOLÉSTIA INCAPACITANTE PARCIAL E PERMANENTEMENTE. NEXO CAUSAL COMPROVADO. REVALORAÇÃO DE PROVAS. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA QUE CONFERIRA O AUXÍLIO-ACIDENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A concessão do auxílio-acidente exige que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1º da Lei nº 8.213/91), tenha redução na sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza. 2. O art. 20, I da Lei nº 8.213/91, por sua vez, considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos. (...) 5. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp 179.366/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 20/08/2014

Por tais fundamentos, deve ser reformada a sentença para ser julgado parcialmente procedente os pedidos, condenando a autarquia apelada a implantar o benefício acidentário na proporção de

50% (cinquenta por cento) nos termos do artigo 104 do Decreto nº 3.048/99, cujo termo inicial é o segundo dia após a cessação do primeiro auxílio-doença, na forma do art. 86, § 2º, da Lei nº 8.213/91 e ao pagamento das verbas atrasadas, contar da cessação do benefício anterior, acrescidos de juros de mora, computados da citação da autarquia, calculados segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, na forma do art. 1º - F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, e correção monetária, de cada prestação vencida, com base no INPC, conforme o posicionamento firmado pelo STF no RE nº 870.947/SE (Tema 810) e pelo STJ no REsp. nº 1.495.144/RS (Tema 905).

Considerando a sucumbência recíproca, condeno cada parte ao pagamento de 50% das despesas processuais, observando a gratuidade de justiça deferida à parte autora e a isenção da autarquia apenas quanto às custas, consoante ao disposto na Súmula nº 76 TJRJ.

Condeno, ainda, a autora e o réu ao pagamento de 5% de honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, cujo percentual incidirá sobre as prestações vencidas até a prolação deste acórdão, consoante ao disposto na Súmula nº 111, STJ, nos termos do artigo 85, § 4°, inciso II do Código de Processo Civil, sendo certo que com relação à parte autora aplica-se o disposto no artigo 98 do NCPC.

RIO DE JANEIRO, 08 DE MAIO DE 2019.
DES. HELDA LIMA MEIRELES
RELATORA

TRANSPORTE AÉREO. TROCA DE VOO. AQUISIÇÃO DE ASSENTO EM CLASSE EXECUTIVA. VIAGEM FORÇADA EM CLASSE ECONÔMICA. RESSARCIMENTO. DANOS MORAIS MAJORADOS. DANOS MATERIAIS IMPROCEDENTES.

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. DANO MATERIAL E MORAL. EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO. TROCA DE VOO E DE AERONAVE EM TRECHO DE VIAGEM INTERNACIONAL. AUSÊNCIA DE CLASSE EXECUTIVA E VIAGEM EM CLASSE ECONÔMICA COM RESSARCIMENTO DE $ 700,00. 1. Sentença que julgou procedente, em parte, os pedidos, para condenar a ré ao pagamento de danos morais no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais). Julgou improcedente o pedido de dano material e determinou a sucumbência recíproca. 2. Apelo autoral postulando a reforma parcial da sentença, a fim de que julgue procedente o seu pedido de indenização por danos materiais equivalentes à diferença do preço do bilhete aéreo na classe executiva e na econômica, onde viajou forçadamente, bem como a majoração dos danos morais suportados. Requer, ademais, que os ônus sucumbenciais sejam suportados exclusivamente pela apelada, haja vista a procedência do pedido autoral. 3. Parcial amparo às pretensões recursais. 4. Dever de indenizar inconteste. Dano moral *in re ipsa* configurado. Fixação da indenização de forma modesta considerando a narrativa e as provas dos autos. Valor que se majora para R$ 12.000,00 (doze mil reais) em observância aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 5. Dano material não restou comprovado. Não logrou o autor, ora apelante, demonstrar que seu prejuízo extrapolou os 700 dólares concedidos pela apelada ônus que lhe cabia. 6. Juízo *a quo* que distribuiu corretamente o ônus sucumbencial. Sucumbência recíproca. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0008713-21.2017.8.19.0209 em que é Apelante: Gabriel de Souza Pires Coelho da Mota e Apelado: American Airlines Inc.

Acordam os Desembargadores que compõem a egrégia Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos em conhecer do recurso e dar provimento parcial ao recurso, mantendo-se, quanto ao mais,

a r. sentença, por seus próprios fundamentos, na forma regimental, nos termos do voto do Desembargador Relator. Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de procedimento comum proposta por Gabriel de Souza Pires Coelho da Mota em face de American Airlines Inc., devidamente qualificados, na qual narra a parte autora descumprimento de contrato, tendo em vista aquisição de assento em classe executiva, sendo conduzido para a classe econômica, com ressarcimento de 700 dólares. Requer, assim, a indenização por danos materiais e morais.

Com a inicial vieram os documentos de f. 12 a 19.

Sentença de f. 128/130 que julgou procedente, em parte, os pedidos, para condenar a ré ao pagamento de danos morais no valor de R$ 8.000,00, com a incidência de correção monetária e juros da mora a contar desta, nos termos do enunciado 362 da Súmula do STJ, extinguindo o feito com fulcro no art. 487, I, do CPC. Julgou improcedente o pedido de dano material uma vez que a parte autora não demonstrou que seu prejuízo extrapolou os $ 700,00 dólares concedidos pela ré. Considerando a sucumbência recíproca, condenou cada uma das partes a arcar com 50% das custas e com os honorários advocatícios ao patrono da outra parte, fixados em 10% do valor da condenação.

Apela a parte autora a f. 141/149, requerendo a reforma parcial da sentença, a fim de que julgue procedente o seu pedido de indenização por danos materiais equivalentes à diferença do preço do bilhete aéreo na classe executiva e na econômica, onde viajou forçadamente, que poderá ser apurada em liquidação de sentença, bem como a majoração dos danos morais suportados. Requer, ademais, que os ônus sucumbenciais sejam suportados exclusivamente pela apelada, haja vista a procedência do pedido autoral.

Recurso tempestivo e devidamente preparado.

Contrarrazões a f. 161/167.

VOTO

De início, cumpre mencionar que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, que deve ser, por conseguinte, conhecido.

Da análise dos autos, não restou evidenciado que os fatos se passaram exatamente como narrados pela parte autora.

Que o autor tinha adquirido assentos "business class" restou incontroverso nos autos. Ocorre que no voo de volta, no trecho Nova York/Rio, tal assento não foi disponibilizado ao consumidor.

A falha na prestação do serviço efetivamente ocorreu, eis que o autor pagou por um assento, sendo-lhe disponibilizado outro, de conforto inferior.

Destarte, o dano moral decorrente pela prática da ré, opera-se *in re ipsa*, ou seja, todos os transtornos suportados pelos passageiros não precisam ser provados, na medida em que derivam do próprio fato.

Sabe-se que o critério para fixação do *quantum* reparatório decorre da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não devendo representar enriquecimento para a parte autora e nem deixar de atingir seu objetivo punitivo e preventivo para a conduta da ré.

Nesse cenário, anote-se que o dano moral deve ser arbitrado levando-se em consideração, essencialmente, o grau de reprovabilidade da conduta ilícita e a extensão do dano proporcionando ao ofendido uma compensação pelo dissabor vivenciado. Sem configurar, contudo, em enriquecimento ilícito.

O valor da indenização deve atentar para a extensão, gravidade e repercussão do dano moral. Impõe-se prudência e bom-senso na fixação do valor, conforme ressaltado pelo Ministro ROBERTO BARROSO, do E. STF, no julgamento em 29/09/2014, do ARE 809.345-BA:

> "A jurisprudência do STJ é no sentido de que o valor fixado a título de indenização por danos morais deve ser razoável e proporcional

à condição pessoal das partes, para se evitar, de um lado, o enriquecimento sem causa, e, do outro, a ruína do negócio".

Quantum originalmente fixado em R$ 8.000,00 (oito mil reais) que merece ser majorados para R$ 12.000,00 (doze mil reais), em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e ao caráter punitivo-pedagógico do instituto, sem, contudo, representar enriquecimento sem causa e das consequências advindas do acidente.

Quanto ao dano material correta a sentença ao reconhecer a sua improcedência, uma vez que como bem salientado pelo d. sentenciante na qual adoto as razões ali contidas, não logrou o autor ora apelante, demonstrar que seu prejuízo extrapolou os 700 dólares concedidos pela apelada ônus que lhe cabia.

No que tange aos ônus da sucumbência, verifica-se que o Juízo *a quo*, ao reconhecer a sucumbência recíproca, distribuiu corretamente o ônus, sobretudo, quanto ao pagamento dos honorários advocatícios, tendo em vista que, decaindo a autora de metade de seus pedidos, aplica-se na hipótese as disposições do art. 86, *caput*, do CPC/2015, condenando-se às partes ao rateio das despesas processuais e com os honorários advocatícios ao patrono da outra parte, fixados em 10% do valor da condenação.

Por tais razões, DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, para majorar a verba indenizatória a título de dano moral para R$ 12.000,00 (doze mil reais) cada, mantendo-se, quanto ao mais, a r. sentença, por seus próprios fundamentos, na forma regimental.

RIO DE JANEIRO, 05 DE JUNHO DE 2018.
DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR
RELATOR

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. OCORRÊNCIA NAS VISITAS DA FILHA AO PAI. INADEQUAÇÃO DO PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS COM BASE NA LEI MARIA DA PENHA. SÚMULA 253 TJRJ. INVIÁVEL DEFERIMENTO. RECURSO DESPROVIDO.

Apelação Criminal. Pedido de Medidas Protetivas previstas no art. 22 da Lei nº 11.343/06, arguido pela vítima, imputando ao autor do fato a prática de violência física e psicológica.

Sentença julgando extinto o processo, na forma do art. 267, VI do CPC, em razão de o fato não envolver violência doméstica.

A Defesa postula a anulação do *decisum* e o prosseguimento do feito no VI Juizado da Violência Doméstica e Familiar.

Não se enquadra qualquer delito como o de violência de gênero -mesmo tratando-se de vítima do sexo feminino - mas somente quando luzente a intenção de demonstrar a superioridade masculina claramente abusando da força física. No caso vertente a moldura passou ao longo da inferioridade de gênero - Suposto crime de estupro de vulnerável praticado pelo pai contra a sua filha.

Na hipótese, o fato narrado, embora ocorrido em contexto familiar e doméstico, teria se perpetrado seja contra descendente masculino ou feminino.

Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0029331-81.2017.8.19.0210, em que é Apelante J.G.A., representada por M.C.G.R. e como Apelado R.F.A.

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, mantendo-se os termos da sentença monocrática, na forma do voto do Des. Relator.

Trata-se de recurso interposto por J.G.A., representada por sua genitora M.C.G.R. em face de sentença proferida pelo Juiz de Direito do VI Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital que julgou extinta a medida, na forma do art. 267, VI, do CPC, em razão do fato não envolver violência doméstica, nos seguintes termos:

"Vistos. Trata-se de pedido de medidas protetivas deduzido pela vítima, que imputa à autora do fato a prática de violência física e psicológica.

Analisando os autos, impõe-se seja apreciada a questão da competência deste Juizo. Para tanto será feita uma pequena análise acerca da origem e finalidade dos Juizados da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

O Brasil foi signatário da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher — Convenção de Belém do Pará de 1994 — promulgada pelo Decreto n° 1973/1996 que, em seu artigo 1', definiu a violência contra a mulher como:

"(...) qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado".

Finalmente, após longo tempo de omissão legislativa, o Brasil editou a Lei nº 11.340/2006 — Lei Maria da Penha — que, em seu artigo 50 dispôs:

"Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão, baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:"

No caso dos autos, trata-se de declarações prestadas pela vítima que noticia eventual crime sexual praticado por seu pai, não estando configurada a violência de gênero a autorizar

a aplicação da legislação supracitada e seus princípios norteadores, por se tratar de legislação especifica, que não admite interpretação extensiva diante da clara intenção do legislador de tratar de forma diferente determinadas condutas (...).

Assim, considerando que a situação fática não encontra adequação típica para aplicação das medidas protetivas previstas no artigo 22 da Lei nº 11.340/06, resta ausente o interesse processual da vítima, em seu binômio necessidade-utilidade ou necessidade-adequação a resultar na impossibilidade jurídica do pedido.

Ausente a condição específica da ação, evidencia-se a carência desta. Nesse sentido:

Apelação Cível. Processual Civil. Ação de Reintegração na Posse. Existência de contrato de locação. Legislação específica. Inadequação da via eleita. Sentença de extinção do processo sem resolução do mérito. Recurso desprovido. (0010876-60.2006.8.19.0208 (2007.001.19513)

APELAÇÃO - DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA SILVA - Julgamento: 08/05/2007 - Décima Nona Câmara Cível)

Diante do exposto, julgo extinta a presente medida, na forma do artigo 267, VI do CPC (...)".

Inconformada a Defesa apresentou as suas razões, pleiteando, em síntese, a anulação do *decisum*, determinando o prosseguimento do feito no I Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca da Capital.

Contrarrazões do apelo, pela manutenção do julgado.

O Procurador de Justiça, Dr. MENDELSSOHN ERWIN KIELING CARDONA PEREIRA manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

Relatados.

VOTO

Apelação tempestiva, preenchendo os demais requisitos de admissibilidade.

Analisando os autos, é de se ver que o pedido de concessão das medidas protetivas teve início com o Registro de Ocorrência nº 021-09180/2017, no qual consta notícia que R.F.A., teria, em tese, praticado estupro de vulnerável com a sua filha J.G.A., quando ia visita-lo.

Sustenta a recorrente que, no caso em tela, o denunciado, supostamente, cometeu contra sua filha R.M.P. o crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal, pois o crime descrito se enquadra em uma relação de violência em razão do gênero (mulher), a ensejar a aplicação da Lei nº 11.340/06.

Não é preciso muito esforço para balizar o alcance da Lei nº 11.340/06, cuja salvaguarda empresta àquelas mulheres que, em razão do gênero, sofrem violência no âmbito doméstico.

Não é por acaso que o E.TJRJ editou a súmula nº 253, que muito bem esclarece que "firma-se a competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero nos termos dos artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino". Aliás, a orientação jurisprudencial do STJ tem sido rigorosamente tranquila nesse mesmo sentido:

"A incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. Precedentes. No caso não se revela a presença dos requisitos cumulativos para a incidência da Lei nº 11.340/06, a relação íntima de afeto, a motivação de gênero e a situação de vulnerabilidade" (STJ, Rel. Min. MARCO BELLIZZE, 5ª T., HC 175.816-RS, julg. em 20/06/2013)".

Os fatos relatados no R.O não configuram hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher a incidir a chamada "Lei Maria da Penha" - Lei nº 11.340/06.

Isto porque o crime em questão não foi perpetrado em razão da vulnerabilidade da vítima, por ser do sexo feminino, mas sim pelo fato de a vítima da violência perpetrada ser filha do agressor.

Portanto, não é a circunstância de a ofendida ser do sexo feminino e ter sido a agressão perpetrada por familiar que irá determinar a ocorrência de violência doméstica baseada no gênero, uma vez que, na hipótese, a repudiável prática não teve relação com qualquer tipo de discriminação, submissão ou inferiorizarão da vítima, mas pior, partiu da intolerância entre seres humanos.

Claramente inaplicável, na *quaestio* em testilha, a Lei nº 11.340/06, eis que a alegada prática criminosa não foi baseada no gênero mulher, em que pese os fatos terem ocorrido em um contexto doméstico-familiar.

Frise-se que, tão só pelo fato de ser mulher a vítima e que a suposta infração penal tenha ocorrido no âmbito doméstico e familiar, por si só, não induz à aplicação da "Lei Maria da Penha" que objetivou, numa perspectiva de gênero mulher e em condições de inferioridade física e econômica, protegê-la de forma especial.

Nesse sentido, julgados desta Colenda Câmara:

"APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO PELO PAI DA VÍTIMA. DECRETO CONDENATÓRIO. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRELIMINARMENTE, ARGUI INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NO MÉRITO, PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO, DIANTE DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA, AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA E ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. 1- Rejeita-se a arguição de incompetência do juízo. Segundo consta dos autos, o acusado, prevalecendo-se das relações domésticas, familiares e de coabitação, mediante violência presumida, teria constrangido sua própria filha a com ele praticar atos libidinosos e conjunção carnal. Entrementes, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. *In casu*, o acusado, em momento algum, demonstrou que teria sido motivado por questões de gênero, ou mesmo que a vítima estaria em situação de vulnerabilidade por ser do sexo feminino. Observa-se que o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a prática do crime de estupro de vulnerável pelo apelante, mas sim a sua idade e a sua fragilidade perante o agressor, seu próprio pai, motivo pelo qual não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. (...) (Apelação Criminal nº 0006940-86.2008.8.19.0004 - Des. MARIA ANGÉLICA G. GUERRA GUEDES - Sétima Câmara Criminal - Julgamento 24/10/2017)".

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ARTS. 224, ALÍNEA 'A' E 226, II, TODOS DO CP. ACUSADO QUE SE APROVEITA DA QUALIDADE DE COMPANHEIRO DA MÃE DA VÍTIMA, EXERCENDO, AINDA QUE POR CURTO ESPAÇO A FIGURA DE PADRASTO DA MENOR, QUE NA ÉPOCA DOS FATOS CONTAVA COM 07 ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA: 10 (DEZ) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. PALAVRA DA VÍTIMA COM ESPECIAL RELEVO EM CRIMES DESTA NATUREZA. APELO DEFENSIVO COM PRELIMINARES E NO MÉRITO PERSEGUINDO A ABSOLVIÇÃO, SUBSIDIARIAMENTE A DIMINUIÇÃO DA PENA AO MÍNIMO E O ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL PRISIONAL. PRELIMINARES. 1) Reconhecimento da falta de justa causa para o exercício da ação penal, suscitada sob alegação de não ter sido comprovada autoria e materialidade, por se confundir com o mérito,

com ele será analisado. 2) Nulidade do feito, ao argumento do processo não ter tramitado perante o Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher. Sem a demonstração de prejuízo, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief, corolário da natureza instrumental do processo, não se decreta nulidade no processo penal. Aliado a isso, importante pontuar que para dirimir a dúvida acerca do alcance do conceito de violência doméstica contido no artigo 5º da Lei nº 11.340/2006, a orientação deste E. Tribunal de Justiça na Súmula nº 253/TJERJ: "Firma-se a competência do juizado da violência doméstica e familiar contra a mulher, quando a conduta típica é perpetrada em razão do gênero nos termos do artigo 5º e 7º, da Lei nº 11.340/06, não bastando que seja cometida contra pessoa do sexo feminino". *In casu*, não se evidencia a violência de gênero a definir a competência do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, por tratar-se de vítima criança, esta condição remete o processamento do feito para a vara criminal comum, como se deu na hipótese dos autos (...) parcial provimento do recurso. 0007447-09.2007.8.19.0028 – apelação Des(a). JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO – Julgamento: 11/10/2016 – Sétima Câmara Criminal".

"CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. PROCEDIMENTO CRIMINAL INSTAURADO COM VISTAS À APURAÇÃO DA PRÁTICA, EM TESE, DO CRIME PREVISTO NO DISPOSTO DO ARTIGO 217-A, C/C ART. 226, II, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE ESTUPRO PRATICADO PELO PADRASTO CONTRA VÍTIMA MULHER DE 13 ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS. CONFLITO ENTRE JUÍZO CRIMINAL COMUM, ORA SUSCITANTE E JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, ORA SUSCITADO. No caso em tela, muito embora tenha sido o crime cometido por homem contra mulher (adolescente), em sede familiar, não há que se falar em violência de gênero. Não incidência do sistema de proteção especial criado pela Lei Maria da Penha, mas sim as regras já existentes no Código Penal para penalizar o agressor. Transmudar tal situação para o âmbito do juizado especial, é descumprir a lei específica de aplicação plena e absoluta em razão da matéria, uma vez que a violência de que trata o processo em questão não é fruto de fragilidade ou hipossuficiência proveniente do gênero, condição sine qua non para a aplicação da Lei nº 11.340/06. Improcedência do Conflito, para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes (CJ 0033066-75.2010.8.19.0014. Des. SIDNEY ROSA DA SILVA. Julgado em 31/03/2015)".

Trago à colação o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. (...) 2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME PRATICADO POR PAI CONTRA FILHA MENOR EM AMBIENTE DOMÉSTICO E FAMILIAR. DELITO COMETIDO EM RAZÃO DA POUCA IDADE DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DE GÊNERO OU DE VULNERABILIDADE PORQUE É DO SEXO FEMININO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA LEI Nº 11.340/2006 E DA REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL COMUM. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça orienta-se no sentido de que, para que a competência dos Juizados Especiais de Violência Doméstica seja firmada, não basta que o crime seja praticado contra mulher no âmbito doméstico ou familiar, exigindo-se que a motivação do acusado seja de gênero, ou que a vulnerabilidade da ofendida seja decorrente da sua condição de mulher. Precedentes. 2. No caso dos autos, verifica-se que o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi determinante para a prática do crime de estupro de vulnerável pelo paciente, mas sim a idade da ofendida e a sua fragilidade perante o agressor, seu próprio pai, motivo pelo qual não há que se falar em competência do Juizado Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. 3. *Habeas corpus* não conhecido. HC 344.369/SP Ministro JORGE MUSSI. QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016)".

Por fim, não se tratando de violência doméstica contra a mulher, tendo como origem a Lei Maria da Penha, inviável o deferimento das medidas de urgência.

Voto, pois, no sentido de conhecer o recurso e a ele negar provimento, mantendo-se, na íntegra, os termos da sentença monocrática.

RIO DE JANEIRO, 30 DE OUTUBRO DE 2018.
DES. ROBERTO TÁVORA
RELATOR

HOMICÍDIO CULPOSO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONCURSO MATERIAL. MORTE DE MOTOCICLISTA. MATERALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CTB. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PERDA DO DIREITO DE CONDUZIR VEÍCULOS AUTOMOTORES POR DETERMINADO TEMPO.

DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. EMBRIAGUEZ. Apelante que dirigia automóvel em via pública, adentrando a contramão e atingindo vítima que vinha em sentido oposto em motocicleta, causando-lhe a morte. Recurso Ministerial que merece provimento. Alteração da capacidade psicomotora por ingestão de álcool e/ou drogas que restou satisfatoriamente demonstrada nos termos do art. 306, § 2º, do Código Penal. Recurso defensivo objetivando a absolvição do réu por insuficiência probatória. Não assiste razão à defesa. Materialidade, autoria e culpabilidade que restaram concretamente comprovadas. Cabe, ainda, corrigir de ofício pequeno erro material contido na sentença para esclarecer que a pena imposta pelo crime de homicídio culposo, conforme previsão do artigo 302, *caput*, do CP, é de DETENÇÃO e não RECLUSÃO como constou na sentença recorrida. Tendo em vista a ocorrência de concurso material entre os delitos de homicídio culposo e de embriaguez ao volante, aplicam-se cumulativamente as respectivas penas, totalizando 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de detenção, no regime inicialmente aberto, e 10 (dez) dias multa no valor mínimo legal, com a suspensão da habilitação do réu para conduzir veículo automotor, proibindo-o de obter habilitação específica para dirigir veículos de carga e/ou de passageiros na forma do art. 302 do CTB, pelo período correspondente à pena privativa de liberdade ora fixada. Fica mantida a substituição da PPL por duas restritivas de direitos, nos termos abaixo especificados. Cabe destacar, por fim, que a substituição que ora se concede abrange tão somente a pena privativa de liberdade (detenção), mantida a condenação no que diz respeito à perda do direito de conduzir veículos automotores pelo mesmo tempo, ou seja, 02 (dois) anos e 10 (dez) meses a contar do trânsito em julgado. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL E DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0008520-71.2016.8.19.0037,

em que são Apelantes Carlos Alexandre da Cruz e o Ministério Público e Apelados Os Mesmos.

Acordam os Desembargadores que compõem a 2º Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, NEGANDO-SE PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, na forma do voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta contra Carlos Alexandre da Cruz pelo crime de homicídio culposo decorrente de acidente de trânsito. A sentença de f. 137/143 julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o réu pela prática do crime previsto no art. 302, *caput*, do CTB, absolvendo-o em relação ao crime do art. 306, § 2º do mesmo diploma legal, fixando a pena em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Determinou, por fim, a suspensão da habilitação do réu para conduzir veículo automotor, proibindo-o de obter habilitação específica para dirigir veículos de carga e/ou passageiros na forma do art. 302 do CTB, pelo período correspondente à pena privativa de liberdade fixada. O regime para início de cumprimento da pena privativa de liberdade é o aberto. A PPL foi substituída por duas restritivas de direitos, quais sejam: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Recurso interposto pelo Ministério Público a f.147/156, a fim de que seja reformada a r. sentença atacada, para condenar o recorrido às penas do artigo 306, § 2° do CTB.

Recurso de Apelação pela defesa do réu, pugnando por sua absolvição, aduzindo para tanto a insuficiência de provas a lastrear a condenação. Subsidiariamente requer a reforma da sentença para fixar a pena base no mínimo legal.

Contrarrazões da defesa pleiteando que seja negado provimento ao recurso ministerial.

Contrarrazões do Ministério Público a f. 173/180, manifestando-se pelo conhecimento do apelo defensivo e seu desprovimento.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça a f. 247/252, opinando no sentido de negar provimento ao apelo defensivo e acolher o apelo ministerial. Recomenda, por fim, a correção de ofício de erro material contido na sentença para esclarecer que a pena privativa de liberdade é de detenção, como previsto no tipo penal em apreço.

VOTO

Foi o réu, ora apelante, condenado às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por igual prazo, por infração ao art. 302, *caput*, do CTB, reprimenda que foi suspensa nos termos do art. 44, II do CP.

Em suas razões recursais, a defesa pleiteou por sua absolvição do delito pelo qual foi condenado, aduzindo para tal a insuficiência do arcabouço probatório para embasar uma condenação. Subsidiariamente, pede a redução da pena-base para o mínimo legal.

Não assiste razão à defesa.

A denúncia descreve de maneira suficiente a conduta do réu, trazendo inequívocos indícios de materialidade e autoria. Autoria restou demonstrada no conjunto probatório coligido aos autos, em especial, pelas declarações e depoimentos prestados em juízo, pelos Policiais Militares Paulo Cesar da Costa Silva e Denis Renato de Queiroz e Silva, bem como do Termo de Declaração do próprio acusado a f. 32 e laudo pericial de f. 37/38.

Assim, não merece prosperar o pleito de absolvição por insuficiência de provas, tendo em vista que o mosaico probatório dos autos, especialmente a prova oral produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que corrobora que o apelante conduzia veículo automotor que vitimou Rosa Maria.

No que tange à pena-base, mais uma vez correta a sentença recorrida quando a exasperou em 1/6 em razão das circunstâncias e grau de reprovabilidade da conduta do acusado.

Com relação ao recurso ministerial, entendemos que merece acolhimento o apelo.

É que a jurisprudência deste Tribunal reconhece de forma pacífica, que os testemunhos dos policiais militares responsáveis pelo registro da ocorrência são aptos a embasar a condenação sobretudo quando corroborados por outros elementos de prova.

Nesse sentido:

> Súmula nº 70
>
> "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação".

O policial Militar Paulo Cesar da Costa Silva declarou:

> Trata o presente procedimento de comunicação de lesão corporal culposa em decorrência de acidente de trânsito, fato apresentado pelo SDPM PAULO, que afirma que hoje, dia 24 de junho de 2015, por volta das 00h50, quando em patrulhamento, recebeu chamado via rádio de Maré 11 para proceder ao local de acidente de trânsito com vítima, situado na Avenida Governador Roberto Silveira, em frente à FAOL; que após tomar conhecimento do fato, o declarante procedeu ao local a fim de verificar o ocorrido; que chegou ao local e constatou que o acidente foi de colisão envolvendo os veículos motocicleta SUZUKI EN 125 YES, placa KZE1847, preta e o veículo GM CORSA, placa KOF3810, azul conduzidos respectivamente pelos nacionais David Rodrigues Pereira e Carlos Alexandre da Cruz; que quando chegou no local o condutor da motocicleta estava ainda lá aguardando a chegada do socorro; que o corpo de bombeiros esteve no local para realizar a remoção do motociclista; que o condutor do automóvel ainda estava no local também aguardando a chegada do socorro médico; que o corpo de bombeiros chegou no local a fez a remoção de ambos os condutores que estavam lesionados; que ambos os condutores estavam portando as suas habilitações; que o condutor do automóvel CORSA estava com a documentação do seu veículo atrasada, razão pela qual o veículo em questão será recolhido; que o local permaneceu preservado; que de acordo com pessoas no local o declarante foi informado que o condutor do automóvel invadiu na contramão, sentido Conselheiro Paulino e acabou colidindo com a moto conduzida por David Rodrigues; que após as diligências no local do fato, o declarante dirigiu-se para o Hospital Municipal Raul Sertã, a fim de saber do estado de saúde dos condutores, sendo certo que ao chegar no referido nosocômio, o declarante tomou conhecimento de que o estado de saúde do motociclista é grave; que o condutor do veículo CORSA, Carlos Alexandre da Costa, já havia dito ao declarante que teria feito a ingestão de bebida alcoólica e teria feito uso de entorpecente (cocaína); que após o comparecimento no Hospital Municipal Raul Sertã, o declarante compareceu em sede policial para a comunicação do fato. (f. 03/04) (grifo nosso)

Corroborando o que consta do termo acima, extrai-se do boletim de registro de acidente de trânsito (BRAT), acostado a f. 23, que o próprio acusado admitiu ao PM Denis, no momento imediatamente após o fato, que havia consumido bebida alcoólica e usado cocaína. O artigo 306 do CTB dispõe o seguinte:

> Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:
>
> Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no *caput* serão constatadas por:

I - Concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - Sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Assim, caberia ao réu, ora segundo apelante, exercer seu direito à produção da contraprova para demonstrar que, diferentemente do que ficou registrado no BRAT, não estaria com sua capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa.

Ao revés, consta do Boletim de Atendimento Médico do réu (f. 43), que "segundo o próprio paciente alega que fez uso de bebida alcoólica".

Positivamente, não só deixou de produzir a contraprova na fase inicial do inquérito, como em sede judicial preferiu exercer seu direito ao silêncio, abrindo mão, mais uma vez, de contestar as provas que pendiam contra ele.

Impõe-se, pois, o acolhimento do recurso ministerial para condenar o réu Carlos Alexandre da Cruz também pelo crime previsto no artigo 306, *caput*, da Lei nº 9.503/97, n/f do art. 69 do CP.

As circunstâncias são as normais do tipo penal, pelo que se fixa a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) meses de detenção e 10 dias multa, com a suspensão de sua habilitação e/ou permissão para conduzir veículo automotor por igual período. Inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição da pena, fica a pena acima estabelecida em definitivo para o delito sob exame.

Cabe, por fim, corrigir de ofício pequeno erro material contido na sentença para esclarecer que a pena imposta pelo crime de homicídio culposo, conforme previsão do artigo 302, *caput*, do CP, é de detenção e não reclusão como constou na sentença recorrida.

Tendo em vista a ocorrência de concurso material entre os delitos de homicídio culposo e de embriaguez ao volante, aplicam-se cumulativamente as respectivas penas, totalizando 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de detenção, no regime inicialmente aberto, e 10 (dez) dias multa no valor mínimo legal, com a suspensão da habilitação do réu para conduzir veículo automotor, proibindo-o de obter habilitação específica para dirigir veículos de carga e/ou de passageiros na forma do art. 302 do CTB, pelo período correspondente à pena privativa de liberdade ora fixada.

Não se vislumbrando a necessidade de encarceramento do acusado, concede-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, quais sejam: prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena ora aplicada em definitivo e prestação pecuniária, nos exatos termos especificados na sentença recorrida.

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso Ministerial, negando-se provimento ao recurso defensivo, nos termos acima preconizados.

RIO DE JANEIRO, 13 DE AGOSTO DE 2019.
DES. CELSO FERREIRA FILHO
RELATOR

PRISÃO PREVENTIVA. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS E DE RÁDIO COMUNICADOR. INDÍCIOS DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA. PRISÃO NECESSÁRIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PEDIDO DE RELAXAMENTO PREJUDICADO.

HABEAS CORPUS. ARTIGOS 33 E 35, AMBOS C/C 40, IV, TODOS DA LEI Nº 11.343/06. IMPETRAÇÃO OBJETIVANDO O RELAXAMENTO OU

A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E, EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO, PELA SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. ALEGAÇÕES DE QUE A PACIENTE AFIRMOU, POR OCASIÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, TER SOFRIDO AGRESSÃO, ASSEVERANDO, AINDA, A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL DO DECRETO PRISIONAL E A OCORRÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO.

1. Paciente presa em flagrante em 19/01/2019 e denunciada como incursa nas penas dos artigos 33 e 35, ambos c/c 40, IV, todos da Lei nº 11.343/06, havendo a apreensão de 36g (trinta e seis gramas) de *Cannabis Sativa* L. e 63g (sessenta e três gramas) de cocaína.

2. Prisão em flagrante convertida em preventiva em 20/01/2019.

3. Superveniência de sentença condenando a paciente pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69, do Código Penal, às penas de doze anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, e mil, seiscentos e setenta e cinco dias-multa, mantida, na ocasião, a custódia cautelar.

4. Elementos carreados à presente impetração que não permitem concluir pela observância ou não dos direitos fundamentais e humanos da paciente no momento da prisão-condução, sendo imprescindível o exame da prova coligida no curso da instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não sendo o caso, portanto, de relaxamento ou de concessão de liberdade sob esse fundamento, na presente via.

5. Existência nos autos de elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia cautelar, cautelar para a garantia da ordem pública e para a aplicação da lei penal, pois a paciente, além de ostentar em sua Folha de Antecedentes Criminais condenações transitadas em julgado pela prática de furto e anotação não esclarecida pela prática do crime de tráfico, não comprovou residência fixa no distrito da culpa – sendo certo que a mesma é natural de SP – não sendo possível, assim, afirmar a possibilidade de implementação das medidas cautelares diversas da prisão.

6. Prisão processual que embora tenha caráter excepcional e se revele a *ultima ratio* (§ 6º do art. 282 do Código de Processo Penal), se afigura, *in casu*, necessária e adequada.

7. Nesse contexto, a manutenção da prisão preventiva é medida que se impõe, não se mostrando suficiente a aplicação das medidas cautelares alternativas, dentre aquelas elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal.

8. Superada a alegação de excesso de prazo, considerando que o feito foi sentenciado em 13/08/2019, tornando prejudicado o pedido de relaxamento da prisão.

Conhecimento parcial da impetração e, na parte conhecida, denegação da ordem, prejudicado o pedido de relaxamento da prisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* nº 0041288-59.2019.8.19.0000, em que é Paciente Daniela Miranda da Silva e autoridade impetrada o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Niterói,

Acordam os Desembargadores da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em conhecer em parte da impetração e, na parte conhecida, denegar a ordem, julgando prejudicado o pedido de relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo, considerando a prolação de sentença, nos termos do voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Daniela Miranda da Silva, apontando como autoridade impetrada o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Niterói.

Narra a inicial, em resumo, que a paciente foi presa em flagrante em 18/01/2019, tendo sido a prisão convertida em preventiva. Afirma que, em sede de audiência de custódia, a paciente alegou ter sido agredida, não tendo o laudo de exame de corpo de delito, no entanto, apontado a existência de lesões, asseverando a paciente não ter sido regularmente examinada. Sustenta a inidoneidade do decreto prisional, que estaria lastreado em argumentos genéricos e destituído de fundamentação substancial, não se manifestando a respeito da possibilidade de implementação das medidas cautelares diversas da prisão. Aduz o excesso de prazo na tramitação processual, salientando, ademais, que a prisão cautelar constitui medida de exceção, bem como o cabimento e suficiência, *in casu*, das medidas cautelares alternativas, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal. Assim, requer, liminarmente, o relaxamento da prisão ou a sua revogação até o julgamento do mérito do *writ*. No mérito, pugna pela revogação da custódia cautelar, e, em caráter subsidiário, pela substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares trazidas no art. 319, I, IV, V e IX, do CPP.

Liminar indeferida a f. 18/19.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora a f. 25/27, dando conta da tramitação processual do feito de origem e noticiando que a paciente foi presa em flagrante em 18/01/2019 e denunciada como incursa nas penas dos artigos 33 e 35, ambos c/c 40, IV, todos da Lei nº 11.343/06. A autoridade afirma, ainda, que em AIJ realizada em 26/03/2019 foram ouvidas as testemunhas e realizado o interrogatório da ré, concordando as partes em apresentar as alegações finais por memoriais. Por fim, que o MP apresentou as suas alegações finais em 16/04/2019 e a Defesa em 02/05/2019, estando os autos conclusos para sentença.

Parecer da Procuradoria de Justiça a f. 33/39, da lavra da Procuradora SORAYA TAVEIRA GAYA, pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Não assiste razão à impetrante.

De acordo com informações prestadas pela autoridade impetrada e constantes do presente *writ*, a paciente foi presa em flagrante em 18/01/2019 e denunciada como incursa nas penas dos artigos 33 e 35, ambos c/c 40, IV, todos da Lei nº 11.343/06, havendo a apreensão de 36g (trinta e seis gramas) de *Cannabis Sativa* L. e 63g (sessenta e três gramas) de cocaína.

A prisão em flagrante restou convertida em preventiva em 20/01/2019, nos seguintes termos:

> "Inicialmente, cumpre consignar que a custodiada relatou ter sido agredida por quatro policiais militares que efetuaram sua prisão. Relatou que sofreu socos no rosto, nas pernas e na bacia. Afirmou que apenas dois dos agressores foram os mesmos que a levaram à delegacia. Acrescentou que os agressores estavam fardados, mas não identificou os nomes no fardamento. Descreveu características físicas. Quanto à prisão em flagrante, foram observadas as formalidades legais, bem como as condições objetivas e subjetivas da medida pré-cautelar. A custodiada foi presa em flagrante pela prática, em tese, dos crimes de tráfico ilícito de drogas e associação ao tráfico, punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos. Admite-se, portanto, a prisão preventiva, nos termos do art. 313, I, do CPP. Há prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, materializados nos depoimentos das testemunhas em sede policial, bem como no laudo de exame de material entorpecente. No caso concreto, observa-se que a custodiada foi flagrada na posse de 36g de maconha, distribuída em 35 unidades, além de 63g de cocaína, acondicionada em 120 embalagens, bem como um rádio comunicador. Consta do APF que policiais estavam em diligência em comunidade dominada

por facção criminosa, quando avistaram em uma boca de fumo cinco indivíduos, os quais efetuaram disparos de arma de fogo contra a guarnição. Relatam os policiais que a custodiada foi apreendida com o material acima referido, e os demais elementos conseguiram fugir. Acrescentam que a custodiada afirmou ser do Estado de São Paulo e que estava no Rio há 15 dias, trabalhando para o tráfico das 10h às 22h, recebendo R$ 60,00 por semana. A alta quantidade e a variedade das drogas, sua forma de acondicionamento, bem como a apreensão de rádio comunicador e os disparos de arma de fogo revelam a gravidade concreta do delito e configuram indícios de que a custodiada integre associação criminosa e faça do tráfico armado seu meio de vida. Portanto, resta caracterizado o risco concreto de reiteração delitiva. Registre-se que o tráfico ilícito de entorpecentes é equiparado a crime hediondo e a Constituição Federal impõe maior repressão ao referido delito (art. 5º, inciso XLIII, da CF). É importante lembrar ainda as peculiaridades locais. É fato notório que a atividade do tráfico de drogas no Estado do Rio de Janeiro é exercida por facções criminosas fortemente armadas, as quais criaram estados paralelos, gerando intensa violência urbana e um ambiente de medo e insegurança semelhante ao vivenciado em situações de guerra. Ressalte-se que a custodiada é reincidente, ostentando quatro condenações anteriores com trânsito em julgado em 2006, 2008, 2010 e 2017 pela prática de crimes de furto. Além disso, ostenta anotação ainda não esclarecida por crime de tráfico de drogas. Tal histórico criminal reforça o risco concreto de reiteração delitiva. Por tais razões, a prisão é necessária como garantia da ordem pública. Verifica-se, ainda, que não veio aos autos, até o presente momento, qualquer comprovação de vínculo da presa com o distrito da culpa, tornando a prisão necessária para assegurar a aplicação da lei penal. Assim, com fundamento nos arts. 310, inciso II, 312 e 313 do CPP, CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA."

Proferida sentença em 13/08/2019, a paciente foi condenada pela prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 69, do Código Penal, às penas de doze anos e seis meses de reclusão, em regime fechado, e mil, seiscentos e setenta e cinco dias-multa, mantida, na ocasião, a custódia cautelar, como se observa:

"Persistem os motivos que ensejaram a manutenção da prisão da acusada até aqui, mormente agora que se encontra condenada em regime fechado, e com isso, deve ser recomendada na prisão em que se encontra, só podendo recorrer se estiver presa."

No tocante à alegação de que a paciente foi agredida por policiais militares, entendo que os elementos carreados à presente impetração não permitem concluir pela observância ou não dos direitos fundamentais e humanos da paciente no momento da prisão-condução, sendo imprescindível o exame da prova coligida no curso da instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não sendo o caso, portanto, de relaxamento ou de concessão de liberdade sob esse fundamento, na presente via.

Quanto ao *decisum* impugnado, verifica-se a existência de elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública e para a aplicação da lei penal, pois a paciente, além de ostentar em sua Folha de Antecedentes Criminais condenações transitadas em julgado pela prática de furto e anotação não esclarecida pela prática do crime de tráfico, não comprovou residência fixa no distrito da culpa – sendo certo que a mesma é natural de SP – não

sendo possível, assim, afirmar a possibilidade de implementação das medidas cautelares diversas da prisão.

Nesse contexto, a manutenção da prisão preventiva é medida que se impõe, revelando-se insuficiente, ao menos por ora, a aplicação das medidas cautelares alternativas, dentre aquelas elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Por fim, resta superada a alegação de excesso de prazo, considerando que o feito foi sentenciado em 13/08/2019, tornando prejudicado o pedido de relaxamento da prisão.

Por tais motivos, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado, voto pelo conhecimento parcial da impetração e, na parte conhecida, pela denegação da ordem, julgando prejudicado o pedido de relaxamento da prisão preventiva por excesso de prazo, considerando a prolação de sentença.

RIO DE JANEIRO, 23 DE AGOSTO DE 2019.
DES. PAULO BALDEZ
RELATOR

RECEPTAÇÃO. TELEFONE CELULAR. ALEGAÇÃO DE DESCONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. REGIME INICIAL ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA.

APELAÇÃO. RECEPTAÇÃO QUALIFICADA DOLOSA. ORIGEM ILÍCITA DO BEM CONHECIDA PELO APELANTE. TELEFONE CELULAR IPHONE4 EXPOSTO À VENDA. CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DA CONSCIÊNCIA E VONTADE DE AGIR. DOLO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO. PENA: 05 ANOS DE RECLUSÃO E 100 DIAS-MULTA, NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. REEXAME POR PROVOCAÇÃO DEFENSIVA.

Afastada a preliminar de nulidade do flagrante. O apelante foi preso por ter em depósito e expor à venda coisa que deve saber ser produto de crime, ou seja, pela prática de uma conduta de natureza permanente, o que, como cediço, afasta a necessidade de mandado de prisão. Precedentes STJ.

Materialidade e autoria comprovadas. Validade do depoimento dos policiais civis. Tese absolutória rechaçada.

Dosimetria que não merece reparo.

Regime inicial aberto para cumprimento da pena em razão do *quantum* da pena, da primariedade técnica do acusado e do tempo de prisão cautelar.

Mantida a condenação nesta instância revisora, nega-se o pedido para que o acusado interponha recursos aos tribunais superiores em liberdade. Precedente STF.

Recurso parcialmente provido. Votação unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 028307722.2017.8.19.0001, na qual figuram como Apelante Bruno Luiz da Silva Coelho e Apelado o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Acordam os Desembargadores que compõem a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso para fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena corporal, mantendo-se, no mais, a sentença atacada, nos termos do voto do Desembargador Relator. Expeça-se ofício à SEAP para que proceda à transferência do apelante para unidade prisional compatível com o regime ora fixado.

Bruno Luiz da Silva Coelho foi denunciado como incurso nas penas do artigo 180, §1º, do Código Penal, porque, segundo consta da inicial acusatória:

"De data que não pode ser precisada, até o dia 1º de novembro de 2017, no interior do "Mercado Popular da Uruguaiana", mais precisamente no box de número 40, situado na quadra A, da Rua da Uruguaiana, no bairro do Centro, nesta cidade, o denunciado, de forma livre e consciente, manteve em depósito e expunha à venda, em proveito próprio ou alheio, coisa que anteriormente adquiriu e sabia ser

produto de crime, qual seja, (1) 01 (um) iPhone 4, IMEI n° 013661006793198, descrito em f. 22, objeto de um crime de roubo (RO 105-05929/2017), perpetrado em Petrópolis.

Importante ressaltar que tal conduta foi praticada no exercício de atividade comercial, tendo em vista a finalidade específica de venda daquele aparelho de celular que o denunciado mantinha no interior do Box 40 do Mercado Popular da Uruguaiana, de sua propriedade, sendo certo que naquele local havia outros aparelhos de celular cuja procedência não é conhecida.

Naquele dia, policiais civis que cumpriam um mandado de prisão temporária em desfavor do nacional Alexandre Brum Pereira, expedido pela 2° Vara Criminal de Petrópolis, no curso do procedimento de n° 002543634.2017.8.19.0042, que tem por objeto a prática de um roubo perpetrado nessa Comarca, encontraram em poder desse último um dos aparelhos de celular subtraídos durante crime objeto de investigação.

O nacional Alexandre Brum aduziu ter adquirido o mencionado aparelho do indivíduo conhecido como "Carlos Alberto", vulgo "Bocão", proprietário de uma loja de conserto de celulares, tendo esse último dito, em sede policial, no curso do inquérito RO 105-05929/2017, ter feito, na verdade, a intermediação entre Alexandre Brum e o denunciado, esse último o responsável pela transação.

Diante disso, os policiais civis foram até o "Mercado Popular da Uruguaiana", onde encontraram o denunciado no interior do Box 40, o qual se apresentou como o responsável pelo mesmo.

Ali, os policiais encontraram diversos aparelhos de celular expostos à venda e em depósito, todos de origem desconhecida, inclusive o celular iPhone 4, IMEI n° 01 3661 0067931 98, também objeto do crime de roubo investigado no RO 105-05929/2017.

O denunciado admitiu que adquiria telefones "de pista", que significa terem eles origem criminosa, para posterior revenda.

Diante do exposto, sendo típicas e ilícitas as condutas dos denunciados, que estão incursos nas penas do artigo 180, §1°, do Código Penal (...)".

A denúncia veio instruída com Auto de Prisão em Flagrante (pasta 06), Registro de Ocorrência Policial n° 040-05109/2017 (pasta 15), Auto de Apreensão (pasta 36), além de outros documentos.

Decisão de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (pasta 44).

Assentada de audiência de custódia (pasta 47).

FAC constando uma condenação por roubo duplamente majorado com trânsito em julgado em 20/04/2012, além da anotação criminal pelo presente feito (pasta 57, repetido em pasta 70).

Recebimento da denúncia (pasta 68).

Liberdade Provisória indeferida (pasta 101).

Defesa Prévia (pasta 104).

Decisão de manutenção do recebimento da denúncia (pasta 106).

Laudo de Exame de Descrição de Material[1] (pasta 110).

Na Audiência de Instrução e Julgamento, realizada no dia 14/03/2018, foram ouvidas duas testemunhas de acusação e interrogado o réu. O Ministério Público desistiu da oitiva da vítima proprietário do IPHONE4 (pasta 150).

Alegações finais (pastas 163 e 176).

FAC constando uma condenação por roubo duplamente majorado com trânsito em julgado em 20/04/2012, 1 anotação pelo artigo 287

1 "Quesitos:
1) Qual a natureza e característica do material. Trata-se de um (01) aparelho de telefonia celular ostentando logotipo da marca "apple", cor preto, inscrição "iphone", modelo "a1332" (iphone 4), imei: "013661006793198" numeração de série: "dv6l3ovldpon", sem chip inserido, apresentando-se em estado usado.
2) Outras considerações a critério do Senhor Perito. Material examinado no icce e devolvido ao apresentante inspetor de polícia adalberto, matrícula: 264.524-0, Logo após os exames. Nada mais a acrescentar"

do CP com extinção da punibilidade pelo cumprimento da obrigação com trânsito em julgado em 29/06/2009, além da anotação criminal pelo presente feito (pasta 187).

Sentença que julgou procedente o pedido formulado na denúncia para condenar Bruno Luiz da Silva Coelho como incurso nas penas do artigo 180, § 1º, do Código Penal, a cumprir uma pena de 05 anos de reclusão em regime fechado e 100 dias multa, na razão mínima legal (pasta 227).

Na dosimetria da pena e providências correlatas, assim ponderou:

> "Passo a dosimetria da pena à luz dos artigos 59 e 68, ambos do CP:
>
> 1ª fase: O acusado possui, além da anotação da presente ação, duas anotações em sua FAC a f. 154/159, sendo uma condenação pela prática da conduta delituosa prevista no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal. Tal condenação não se presta a caracterizar a reincidência, pois o trânsito em julgado da ação penal referida ocorreu há mais de cinco anos da prática do delito aqui analisado, devendo, portanto, indicar seus maus antecedentes. A reprovabilidade da conduta do acusado aumenta, pelo fato de o agente cometer o crime no exercício de uma atividade comercial cujo produto hoje, é utilizado pela maioria das pessoas (aparelho celular). Ao adquirir produtos de origem ilícita, o réu fomenta uma atividade que vem assolando sobremaneira a sociedade fluminense, que não aguenta mais ver as pessoas sendo roubadas ou furtadas de seus bens de extrema necessidade. Tal atividade causa um mal muito grande à coletividade. Essas circunstâncias impõem uma pena base exasperada do mínimo legal. Por tais razões, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 100 (cem) dias-multa, atento aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade (racionalidade), bem como a prevenção e reprovabilidade da conduta.
>
> 2ª fase: Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes.
>
> 3ª fase: Não há causa especial de aumento ou de diminuição da pena.
>
> Face ao exposto, torno definitiva a condenação do acusado Bruno Luiz da Silva Coelho em 05 (cinco) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa. (...)".

Embargos Declaratórios (pasta 240) acolhidos, nos seguintes termos:

> "Os Embargos são tempestivos, devendo ser conhecidos.
>
> No que se refere à contradição em relação à corporação a que pertence os policiais que realizaram a prisão do acusado ocorreu apenas um erro material. Até porque nenhuma diferença faz no caso, já que o réu foi preso em flagrante. Assim, supro a contradição para declarar que onde se lê policiais militares, leia-se policiais civis.
>
> Quanto à questão da expedição da CES provisória, supro a omissão para determinar a sua expedição, para que o réu possa obter a progressão de regime desde já."

Recurso de Apelação na forma do artigo 600, § 4º do CPP (pasta 247).

Recebimento do recurso (pasta 254).

Distribuído a mim, determinei fosse intimada a defesa do acusado para que apresentasse suas razões recursais, bem como para que, após, fossem apresentadas as Contrarrazões pelo Ministério Público de primeiro grau (pasta 267).

Razões da defesa sustentando que o flagrante fora forjado e pugnando, preliminarmente, pela anulação da sentença. No mérito, requer a absolvição de Bruno com fulcro no inciso II do art. 386 do CPP. Subsidiariamente, pede seja reduzida

a pena ao patamar mínimo, seja abrandado o regime de cumprimento da pena, bem como seja revogada a prisão preventiva, oportunizando a interposição de recurso aos tribunais superiores em liberdade (pasta 270).

Contrarrazões (pasta 288).

Parecer exarado pela Procuradoria de Justiça, da lavra do Dr. FRANCISCO EDUARDO MARCONDES NABUCO, opinando pelo desprovimento do recurso defensivo (pasta 302).

É o relatório, que encaminhei à revisão.

VOTO

Cuida-se de apelação interposta pela defesa de Bruno Luiz da Silva Coelho, condenado a cumprir uma pena de 05 anos de reclusão em regime fechado e 100 dias multas, pela prática do crime previsto no artigo 180, §1º, do Código Penal[2].

Sustenta o apelante que o flagrante fora forjado e pugna, preliminarmente, pela anulação da sentença. No mérito, requer a absolvição com fulcro no inciso II do art. 386 do CPP. Subsidiariamente, pede seja reduzida a pena ao patamar mínimo, seja abrandado o regime de cumprimento da pena, bem como seja revogada a prisão preventiva, oportunizando a interposição de recurso aos tribunais superiores em liberdade.

De início, afasto de plano a preliminar suscitada.

O apelante foi preso por ter em depósito e expor à venda coisa que deve saber ser produto de crime, ou seja, pela prática de uma conduta de natureza permanente, o que, como cediço, afasta a necessidade de mandado de prisão.

Nesse sentido:

> "Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida" (AgRg no REsp 1.574.795/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 22/06/2016).
>
> "2. Este Tribunal tem reputado dispensável a expedição de mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. Precedentes." (RHC 54.972/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

E, ademais, o desenrolar da ação investigativa apontava para a situação de flagrante que o ora apelante se encontrava.

Passo ao mérito.

A existência do crime de receptação dolosa qualificada foi comprovada por meio do Auto de Prisão em Flagrante (pasta 06), Registro de Ocorrência Policial nº 040-05109/2017 (pasta 15), Auto de Apreensão (pasta 36), Laudo de Exame de Descrição de Material (pasta 110) e pelos depoimentos prestados em Juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, vejamos as declarações, prestadas em Juízo, bem como o interrogatório do acusado, já bem transcritos livremente pelo sentenciante, cuja mídia foi ouvida por este Relator.

> A testemunha Eduardo Murilo Dantas Sampaio, policial civil, afirmou recordar-se da diligência, sustentando que estava atuando em um inquérito que tem por objeto a prática de um crime de roubo à residência ocorrido em Petrópolis, no qual foram subtraídos 03 aparelhos de telefone celular; que no curso da investigação, por

2 Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Receptação qualificada
§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.

decisão judicial, houve a quebra do sigilo de dados dos referidos telefones, pela numeração de IMEI, sendo certo que, aproximadamente 02 dias depois, um dos telefones subtraídos foi utilizado pelo nacional Alexandre Brum em Rocha Miranda; que, diante de tal informação, o Juízo da Comarca de Petrópolis determinou a sua prisão temporária; que, com o auxílio da 40ª DP, realizou a prisão do indivíduo acima mencionado; que, em sede policial, Alexandre alegou ter adquirido o aludido aparelho celular em uma loja em Rocha Miranda, de propriedade do nacional Carlos Alberto, vulgo "Bocão"; que, então, dirigiu-se, então, a referida loja, logrando êxito em encontrá-lo; que ao ser indagado Carlos Alberto afirmou ter adquirido o aludido celular em um box do Mercado Popular da Uruguaiana de propriedade do acusado; que, ato contínuo, dirigiu-se àquele box, onde encontrou diversos aparelhos de telefone celular expostos à venda, dentre eles um outro aparelho que havia sido subtraído naquele roubo em Petrópolis; que o acusado admitiu ter adquirido os 02 telefones, objetos do crime ocorrido em Petrópolis, de um casal que reside na comunidade do Arará. Ressaltou que o acusado possui uma anotação de roubo em Petrópolis. Reconheceu ao acusado em Juízo.

No mesmo sentido revela-se o depoimento da testemunha Waldeck Roque Freire, também policial civil. Segundo conta, embora não tenha participado das investigações preliminares, teve conhecimento de um roubo à residência ocorrido na circunscrição de Petrópolis, no qual, dentre outros pertences, foram subtraídos aparelhos de telefone celular da marca IPhone; que com o rastreamento de um dos aparelhos subtraídos, foi determinado pelo Juízo de Petrópolis a busca e apreensão da res; que, em cumprimento a decisão judicial, solicitou auxílio da 40ª DP e dirigiu-se ao local, onde encontrou o nacional Alexandre Brum que disse ter adquirido o referido aparelho numa loja de consertos de propriedade do nacional vulgo "Bocão"; que, diante de tais informações, dirigiu-se à loja mencionada, ocasião em que "Bocão" alegou ter apenas intermediado a venda do telefone celular entre Alexandre e um rapaz, proprietário de um box do Mercado Popular da Uruguaiana; que "Bocão" o acompanhou até o mencionado box, onde foi encontrado diversos aparelhos de telefone celular expostos à venda; que o acusado sustentou ter adquirido o aparelho celular, oriundo do roubo ocorrido em Petrópolis, de um casal que reside na comunidade do Arará; que, além do telefone vendido ao nacional Alexandre, outro celular, fruto do mesmo crime ocorrido em Petrópolis, foi encontrado no box do acusado. Ressaltou que o acusado não possuía nota fiscal dos demais celulares apreendidos, apesar de não constar aviso de roubo nas delegacias.

É de se ressaltar que o depoimento dos agentes policiais não pode ser desconsiderado para fins de embasar a condenação, máxime quando não se aponta alguma irregularidade ou ilegalidade capaz de infirmá-los, aliás, como é a orientação plasmada na Súmula nº 70 dessa Corte de Justiça, ao enunciar que "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação".

Além disso, seria de todo incoerente que os agentes da lei fossem credenciados para o serviço de repressão da criminalidade e efetuação de prisões, mas não pudessem ser acreditados pela Justiça, com a criação de odioso impedimento em relação aos fatos.

A hipótese não aponta nenhum indício que sugira parcialidade ou desígnio proposital da policial militar de prejudicar o acusado, imputando-lhe falsamente conduta tipificada como crime.

Por outro lado, o réu Bruno Luiz da Silva Coelho, em interrogatório, negou a prática delitiva,

sustentando que os aparelhos de telefone celulares, frutos do roubo ocorrido em Petrópolis, não foram apreendidos em seu box, já que não vende tais produtos, mas apenas realiza consertos. Contudo, no curso do interrogatório, se contradisse, na medida em que admitiu algumas vezes intermediar a venda dos telefones deixados por clientes no local. Além disso, disse não ser verídica a narrativa dos policiais acerca do nacional de vulgo "Bocão".

O réu fez ainda diversas acusações sobre supostos abusos cometidos pelos policias militares da 40ª DP, que o teriam constrangido a assinar um termo de declaração sem ler e sem a presença de um advogado, ameaçando imputar-lhe a conduta tipificada no crime de roubo, em vez do delito de receptação.

Por fim, alegou não possuir total controle sobre seus clientes, uma vez que apenas anota num papel o nome do proprietário e o aparelho deixado para conserto em seu box.

Note-se que, mesmo alegando em Juízo ter sido constrangido a assinar um termo de declaração, certo é que o assinou e que declarou em delegacia que vendia telefones celulares (pasta 12/13):

"Que o depoente é proprietário do box de número 40, quadra A, na rua Uruguaiana no Centro do Rio de Janeiro, onde conserta e vende acessórios e telefones celulares; Que se recorda que há uns 15 dias foi procurado em seu box por um casal com sotaque nordestino; Que o depoente esclarece que o mesmo casal esteve em outra oportunidade, há aproximadamente 30 dias em seu box oferecendo um telefone celular Samsung, J3, de cor cinza/preto; Que o casal ofereceu 2 Iphones 7 plus, sendo um de cor preta e o outro de cor rosa; Que a mulher era morena, aproximadamente 1,60m de estatura, "gordinha", tinha cabelo curto de cor preta, aparentando ter uns 50 anos de idade e o homem tinha entre 1,70 e 1,80m de estatura, moreno, magro, aparentando entre 30 e 35 anos; Que ambos tinham sotaque de nordestino; Que o homem disse que os telefones "eram de pista" significando que os aparelhos eram produto de crime, e que o depoente deveria deixar os telefones desligados pois geralmente esses celulares eram rastreados; Que pagou R$ 850,00 nos 2 aparelhos; Que o casal não informou de que crime os telefones eram provenientes nem tampouco se eles estavam envolvidos diretamente com este crime, apenas disseram que os telefones "eram de pista", Que o casal disse ser da Favela do Arará, no bairro Benfica e que já haviam vendido um Iphone 4 naquele dia em outro box; Que o declarante esclarece que não possui o contato telefônico do casal, mas se compromete a telefonar para a delegacia de Petrópolis, caso os veja novamente; Que o declarante já foi preso por um roubo, que alega não ter cometido, coincidentemente ocorrido em Petrópolis no ano de 2009, tendo o declarante sido preso no ano de 2011; Que o depoente informa que nunca esteve em Petrópolis a não ser para as audiências deste processo; Que não tem nenhum amigo na cidade de Petrópolis e não conhece ninguém que tenha ido lá no mês passado; Que, em data que não se recorda, há cerca de duas semanas, o declarante vendeu o Iphone 7 Plus Preto comprados do casal para o homem que conhece pelo apelido de Bocão, o qual agora sabe se chamar Carlos Alberto de Souza Antonio e que também comercializa e conserta telefones celulares no bairro de Rocha Miranda, local onde reside; Que o Iphone 7 Plus de cor rosa, o declarante vendeu em seu box para um homem que também negocia telefones no local, mas o declarante não sabe o nome e nem o apelido; que o declarante esclarece também que adquiriu dois Iphones 4, de cor

preta, de outro negociante de telefones na Uruguaiana, cudo nome e apelido também não sabe informar, e pagou a quantia de R$ 150,00 pelos 2 aparelhos; Que hoje, dia 01 de novembro de 2017, por volta de, 14h40min, quando voltava do almoço para seu box, foi abordado por policiais civis da 105° DP, os quais o questionaram a respeito do Iphone 7 Plus, de cor preta, vendido para Bocão; que o declarante afirmou tudo o que já mencionou neste termo; que o declarante esclarece que haviam em seu box 05 Iphones, sendo dois 4G pretos, um 5 S branco, um 6 prata espacial e um 7 Plus dourado cuja procedência o declarante não tem como informar; que, em sede policial, os policiais lhe informaram que um dos dois Iphones 4, comprados do negociante da Uruguaiana, cujo IMEI é 013661006793198, é produto do mesmo roubo do Iphone 7 Plus preto que vendeu para Bocão; que o declarante se coloca à disposição das Autoridades para colaborar na localização do casal que lhe vendeu os aparelhos produtos de crime. E mais não disse."

Assim, confluentes os relatos policiais, crer na possibilidade de uma pessoa adulta e de inteligência mediana, que ostenta duas outras anotações criminais, desconhecer a origem ilícita do bem ou ainda que as mercadorias recolhidas com acusado tenham se misturados com outras na viatura ou em delegacia, mostra-se absolutamente inverossímil.

Ademais, a defesa nenhuma prova trouxe que conferisse força e autenticidade à tese que pretende fazer prevalecer.

Afinal, consolidou-se a imputação criminosa uma vez que comprovada a origem espúria do bem apreendido em depósito e exposto à venda pelo apelante. Isso, consoante entendimento jurisprudencial em tema de receptação, enseja induvidosa inversão do ônus da prova e traz para a defesa a obrigação de apresentar uma versão sólida e convincente que afastasse a tese acusatória, o que não ocorreu *in casu*.

Dessa forma, não se acolhe a tese absolutória.

Passo ao exame das penas impostas ao apelante.

Como cediço, a aplicação da pena resulta da valoração subjetiva do Magistrado, respeitados os limites legais impostos no preceito secundário da norma, com a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O artigo 59 do Código Penal, ao considerar os elementos para a fixação da pena-base, leva em conta dados referentes ao agente, sua conduta e as consequências do crime, a fim de que se respeite o princípio constitucional da individualização da pena previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição da República.

Na etapa inaugural, o julgador monocrático afastou a pena-base do mínimo em dois anos destacando que o acusado é portador de maus antecedentes, que cometeu o crime no exercício de uma atividade comercial, causando grande mal à coletividade, o que considero razoável.

Na segunda fase, não havendo circunstâncias agravantes e/ou atenuantes a pena foi mantida.

Na fase derradeira, à míngua de causas especiais de aumento ou de diminuição, a pena restou fixada em 05 anos de reclusão e 100 dias-multa, no mínimo legal, o que se mantém.

Todavia, estabeleço o regime aberto para o início do cumprimento da pena, ante o *quantum* da pena, a primariedade técnica do acusado e o tempo de prisão cautelar, vez que preso desde 01/11/2017.

Mantida a condenação por esta instância revisora, nego o pedido da defesa para que o acusado interponha recursos aos tribunais superiores em liberdade.

Nesse sentido:

"CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL

DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado."

(STF - HC 126.929/SP – Relator: Min. TEORI ZAVASCKI – Data do julgamento 17/02/2016 - Data da publicação Dje 17/05/2016)

Prequestionamentos rechaçados à míngua de ofensa à Constituição Federal e/ou à Legislação infraconstitucional.

À conta de tais considerações, voto em desfavor do apelante para dar parcial provimento ao recurso para fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena corporal, mantendo-se, no mais, a sentença atacada.

RIO DE JANEIRO, 29 DE JANEIRO DE 2019.
DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO
RELATOR

RESISTÊNCIA QUALIFICADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. SÚMULA. EXTINTO TRF. PRETENSÃO PUNITIVA. PRESCRIÇÃO.

APELAÇÃO CRIMINAL. RESISTÊNCIA QUALIFICADA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, QUE SE RESOLVE DE PLANO, NA FORMA DO ART. 932, V, "A", DO CPC. APLICABILIDADE DA SÚMULA 241, DO EXTINTO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, MODALIDADE INTERCORRENTE. DISPENSABILIDADE DO PRONUNCIAMENTO DO COLEGIADO, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. FATO OCORRIDO EM 23/11/2006, COM RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM 04/10/2007. SENTENÇA PROFERIDA EM 06/07/2011, COM APLICAÇÃO DE PENA DE 1 ANO DE RECLUSÃO. QUE ULTRAPASSA O PRAZO PREVISTO NO ART. 109, VI, DO CP. PENA APLICADA QUE PRESCREVE EM QUATRO ANOS (ART. 109, V, DO CP – REDAÇÃO CONTEMPORÂNEA AO FATO). TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DEVOLUTIVIDADE GENÉRICA DO APELO DEFENSIVO, QUE CONFERE ELASTÉRIO IRRESTRITO AO SEU CAMPO TEMÁTICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO DE PLANO, PARA DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DA APELANTE, EM RAZÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, MODALIDADE RETROATIVA.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Cuida-se na espécie de uma Apelação Criminal nº 0000780-11.2007.8.19.0059 interposta por Nadir Soares da Silva Almeida, em face do Ministério Público, condenada pela realização da conduta comportamental descrita no art. 329, § 1°, do CP, à pena de um ano de reclusão.

A Defesa, inconformada, apela desejando a absolvição.

O Ministério Público em suas contrarrazões pugnou pelo desprovimento do recurso, o que foi ratificado pela PGJ.

Eis o relatório. Decido.

Resolvo de plano este recurso, por me deparar com matéria de ordem pública que dispensa o exame dos pleitos recursais.

Refiro-me à prescrição da pretensão punitiva e, para tanto, invoco o verbete sumular nº 241, do extinto Tribunal Federal de Recursos, que assim dispõe:

"A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal"

Ora, compulsando os autos, verifico que o fato ocorreu no dia em 23/11/2006, com recebimento da denúncia em 04/10/2007 (e-doc 10).

A sentença foi proferida no dia 06/07/2011 e desta data até o dia de hoje, ultrapassado está o prazo previsto no art. 109, V, do CP, qual seja, quatro anos.

Isto porque, considerada a pena aplicada de 1 ano de reclusão, que prescreve em quatro anos (art. 109, V, do CP) e a presença do trânsito em julgado para o Ministério Público, a extinção da punibilidade é medida que se impõe (marco: sentença-julgamento do recurso).

É certo que a devolutividade genérica do apelo defensivo confere elastério irrestrito ao seu campo temático e, por essa razão, o recurso deve ser conhecido e provido de plano, para declarar-se extinta a punibilidade do recorrente, em razão da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, modalidade intercorrente, na forma do art. 110, § 1º c/c 109, V, ambos do CP.

À conta de tais considerações, na forma do artigo 932, V, "A", DO CPC, de utilização permitida pelo verbete nº 69, da súmula deste Tribunal de Justiça e verbete nº 241, do extinto TFR, conheço do recurso e a ele dou provimento de plano, para extinguir a punibilidade da recorrente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, modalidade intercorrente, na forma do art. 110, § 1º c/c 109, V, ambos do CP.

RIO DE JANEIRO, 28 DE MAIO DE 2019.
DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA
RELATOR

ROUBO. VÍTIMA TURISTA ESTRANGEIRA. ATUAÇÃO AGRESSIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA TESTEMUNHAL. REINCIDÊNCIA. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

APELAÇÃO DEFENSIVA – ROUBO SIMPLES - JUÍZO DE CENSURA PELO ARTIGO 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL – PLEITO DEFENSIVO MAIS ABRANGENTE, QUE ESTÁ VOLTADO À ABSOLVIÇÃO, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, QUE NÃO MERECE ACOLHIDA - AUTORIA E MATERIALIDADE, NA MODALIDADE CONSUMADA, QUE RESTARAM DEVIDAMENTE COMPROVADAS - VÍTIMA, QUE É CATEGÓRICA EM RECONHECER O APELANTE, COMO SENDO O AUTOR DO ROUBO, EM SEDE POLICIAL – LESADA, TURISTA ESTRANGEIRA, QUE FOI OUVIDA SOMENTE PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL, OCASIÃO EM QUE DESCREVEU A AÇÃO DELITIVA, QUE FOI CONFIRMADA PELAS TESTEMUNHAS, QUE PRESENCIARAM O OCORRIDO, E, TAMBÉM RECONHECERAM O APELANTE, COMO AUTOR DO FATO PENAL, DURANTE A FASE INVESTIGATIVA, E EM JUÍZO – PROVAS SÓLIDAS QUANTO À SUBTRAÇÃO, MEDIANTE EMPREGO DE FORÇA FÍSICA, NA FORMA DE EMPURRÃO, E SOCOS NO ROSTO DA VÍTIMA - TESTEMUNHAS PRESENCIAIS, RELATANDO QUE O APELANTE, MEDIANTE FORÇA FÍSICA PRATICADA CONTRA A VÍTIMA, SUBTRAIU O SEU APARELHO CELULAR, E EMPREENDEU FUGA – ATO CONTÍNUO, ESTAS TESTEMUNHAS, QUE COMPARECERAM EM JUÍZO, AFIRMARAM QUE PERSEGUIRAM O APELANTE, E CONSEGUIRAM ABORDÁ-LO, E IMOBILIZÁ-LO, ATÉ A CHEGADA DOS POLICIAIS MILITARES – DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, EM SEDE POLICIAL, E DAS TESTEMUNHAS QUE PRESENCIARAM O FATO PENAL, QUE SÃO COESAS E HARMÔNICAS - CONJUNTO PROBATÓRIO, QUE É ROBUSTO O SUFICIENTE, PARA A MANUTENÇÃO DO JUÍZO DE CENSURA; SENDO AFASTADO O PLEITO ABSOLUTÓRIO, ASSIM COMO, AQUELE QUE ESTÁ VOLTADO AO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA – APELANTE QUE, APÓS EMPREGAR EFETIVA VIOLÊNCIA, SE EVADIU, NA POSSE DO ITEM SUBTRAÍDO, VINDO A SER PERSEGUIDO POR POPULARES; TENDO, A VÍTIMA, RECUPERADO O APARELHO CELULAR, HORAS APÓS A SUBTRAÇÃO – RESTANDO PLENAMENTE CONFIGURADA A INVERSÃO DA POSSE, QUE É SUFICIENTE, PARA RECONHECER A CONSUMAÇÃO DELITIVA - PROVA FIRME, QUANTO AO ROUBO, CONSUMADO - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO C. STJ, NA SÚMULA 582.

MANUTENÇÃO DO JUÍZO DE CENSURA, PELO ART. 157, *CAPUT* – DOSIMETRIA QUE MERECE PEQUENO RETOQUE. NA 1ª FASE, A PENA-BASE FOI AUMENTADA EM 01 (UM) ANO,

CONSIDERANDO, COMO NEGATIVO, O VETOR RELACIONADO À EFETIVA VIOLÊNCIA, QUE FOI EMPREGADA PELO APELANTE, QUE TERIA CAUSADO LESÃO À VÍTIMA; EM VALORAÇÃO QUE, VÊNIA, É DE SER AFASTADA, POIS, A ATUAÇÃO AGRESSIVA, MEDIANTE VIOLÊNCIA FÍSICA, SE MOSTRA INTRÍNSECA AO DELITO DE ROUBO – CONDUTA DO APELANTE QUE NO CASO EM TELA, NÃO SE AFASTOU DA NORMALIDADE INERENTE AO TIPO PENAL, INEXISTINDO OUTROS ELEMENTOS, QUE PERMITAM ELEVAR A BASILAR, O QUE LEVA A ESTABELECÊ-LA NO PATAMAR MÍNIMO, 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, E 10 (DEZ) DIAS-MULTA.

NA 2ª FASE, PERMANECE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, FACE À PRESENÇA DE DUAS CONDENAÇÕES, COM TRÂNSITO EM JULGADO – ENTRETANTO, EM 1º GRAU FOI ELEVADO EM 1 ANO, O QUE SE REDUZ À FRAÇÃO DE 1/5, POR SE MOSTRAR MAIS PROPORCIONAL E ADEQUADO, TOTALIZANDO A REPRIMENDA EM 4 ANOS, 9 MESES, 18 DIAS DE RECLUSÃO E 12 DIAS-MULTA. MANTIDO O REGIME FECHADO. POR UNANIMIDADE E NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, FOI PROVIDO EM PARTE O RECURSO PARA REDUZIR AS PENAS A 04 ANOS, 09 MESES E 18 DIAS DE RECLUSÃO NO REGIME INICIAL FECHADO, POR CAUSA INCLUSIVE DA REINCIDÊNCIA, E 12 DIAS-MULTA NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal nº 0092835-09.2017.8.19.0001, em que é Apelante: Elvis da Silva Pereira e Apelado: Ministério Público.

Acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: por unanimidade e nos termos do voto da relatora, foi provido em parte o recurso para reduzir as penas a 04 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão no regime inicial fechado, por causa inclusive da reincidência, e 12 dias-multa no valor unitário mínimo.

Cuidam os autos de apelo defensivo, através do qual aponta o apelante, Elvis da Silva Pereira, a sua irresignação, frente à respeitável sentença que, formando o juízo de censura, veio a condená-lo pela figura definida no artigo 157 *caput*, do Código Penal. Estabelecendo uma reprimenda totalizada em 06 (seis) anos de reclusão, e 100 (cem) dias-multa, em regime inicial, o fechado.

Objetiva, em tópico mais abrangente, a absolvição, pela insuficiência probatória. Subsidiariamente, volta-se ao reconhecimento do crime de roubo, na modalidade tentada, apresentando, para tanto, as suas razões.

Página digitalizada 129, contrarrazões ministeriais.

Página digitalizada 144, douto parecer ministerial que está endereçado ao desprovimento do recurso defensivo.

VOTO

Via recurso defensivo, procede-se ao reexame de toda a matéria, que foi articulada e debatida em 1º grau, e que será analisada, dentre os tópicos desenvolvidos nas razões recursais do apelo. E, o mais abrangente, que é o da absolvição, se esbarra frente à sólida prova, que é apresentada.

Ao ora apelante, foi imputada a conduta descrita no art. 157, parágrafo 2º, *caput*, do CP, descrevendo, a denúncia, que o recorrente, mediante violência, consistente em empurrar, e desferir socos, subtraiu o aparelho celular, de propriedade da vítima, Diana Enayati.

E, à análise da prova colhida em 1º grau, tem-se que a autoria e a materialidade estão robustamente demonstradas, pelo auto de prisão em flagrante (página digitalizada 06), registro de ocorrência (página digitalizada 24), e auto de apreensão e entrega (página digitalizada 31); somado à prova oral, consistente no relato da vítima, que detalhou, toda a ação criminosa, de forma clara e segura.

A lesada, a Sra. Diana Enayati, turista estrangeira, que foi ouvida somente perante a autoridade

policial, nesta ocasião, foi categórica em reconhecer o apelante, como o autor do roubo. E, ao descrever, com precisão, a ação delituosa, introduz que caminhava pela via pública, quando foi abordada pelo apelante, que a empurrou, e desferiu um soco na sua boca, vindo, então, a se evadir com o aparelho celular, subtraído; entretanto, ressalta que populares capturaram o recorrente, até a chegada da polícia. É o que declara, a f. 09:

> "Que é turista norueguesa, com partida marcada para o dia 20/04/2017; Que está hospedada na casa de um amigo em São Cristóvão mas não sabe dizer o endereço exato; Que na data de hoje, 19/04/2017, por volta das 15h estava caminhando pelo Campo de São Cristóvão, quando o indivíduo que ora sabe chamar-se Elvis da Silva Pereira veio por trás e tentou tomar-lhe o celular; Que a declarante reagiu tentando segurar o aparelho; Que Elvis desferiu um soco na boca da declarante que a fez soltar o telefone; Que Elvis iniciou fuga correndo, porém algumas pessoas que viram o ocorrido lograram êxito em capturar o suspeito até a chegada da Polícia-Militar; Que o celular não foi recuperado até o presente momento; Que a declarante diz ter certeza absoluta que o nacional, Elvis da Silva Pereira, é o autor do roubo contra ela; E nada mais disse."

É de se consignar, que as transcrições abaixo, não constituem uma reprodução literal, mas sim, apanhados, quanto ao fato penal, e autor, do que foi declarado, e gravado por registro audiovisual.

A testemunha arrolada pela acusação, Sr. Paulo Vinícius Justino Alves, presenciou a ação criminosa, e corrobora os tópicos mais relevantes, que foram relatados pela lesada, realçando que o apelante subtraiu o aparelho celular da vítima, e lhe desferiu um soco na boca. É o seu depoimento, em que repisa o reconhecimento do apelante, como autor do fato penal (f. 92):

> "não conhecia vítima nem acusado antes dos fatos. Eu estava no trabalho, fazendo entregas, e estava passando de carro na hora, e presenciei ele agredindo ela e puxando o telefone. Nesse momento eu parei o carro e fiquei acompanhando o que ele ia fazer e para onde ele iria. Nisso eu vi ele subindo uma rua ao lado dessa rua onde a senhora falou, voltei de ré e fui atrás dele com o carro, e consegui imobilizar ele. Vi o que ele fez com o celular. Quando cheguei na próxima rua, parecia que ele estava meio perdido sem saber o que fazer, porque tinha muita gente vindo atrás... ele tirou o celular de dentro das calças e jogou dentro de um terreno que faz parte do observatório. Ela recuperou o celular, depois de muitas horas porque não estava achando. Ele deu um soco nela e ela ficou com a boca bem vermelha.
>
> Eu vi o momento que ele arrancou o celular da mão dela, eu estava de carro. Eu tinha acabado de dar a saída, logo na frente tem um sinal, eu estava vendo a cena, e fui saindo devagarzinho, vendo o que ele estava fazendo. Eu vi ele pegando o celular, e fui acompanhando e seguindo ele. A vítima não foi para o hospital, de lá fomos direto para a 17ª e depois pra delegacia de apoio ao turista.
>
> Quando eu imobilizei ele, a distância deste local onde eu alcancei ele, até o local do fato, foi uns 500, 700 metros. Ele percebeu que estava sendo perseguido porque tinha muita gente indo atrás dele, mas o único que foi atrás dele, fui eu. Quando eu cheguei na outra rua, e vi ele jogando o celular no terreno, ele viu que eu estava indo atrás dele, ele saiu correndo. Quando ele chegou na próxima esquina, um carro fechou a rua, e outro rapaz também saiu do carro. Nisso, ele parou e voltou. Eu parei meu carro no meio da rua, sai do carro e pulei em cima dele. A vítima chegou depois ao local onde abordamos ele. No mesmo local.

A polícia chegou uns 10 minutos depois, no mesmo local. Onde eu segurei ele, ele não saiu.

Muitas horas depois que o celular foi recuperado, fomos para a 17ª DP, de lá para o apoio ao turista, só que antes da 17ª, nós pulamos no terreno, ficamos um tempão procurando, mas não conseguimos achar porque o mato estava muito alto. Os policiais falaram para irmos até a delegacia, prestar a ocorrência, e depois voltarmos para buscar. Depois que recebemos comunicado dizendo que os policiais tinham achado o aparelho dela, do roubo, nenhum PM viu nada, quando eles chegaram, o acusado já estava imobilizado. O outro rapaz que vai depor aqui, estava de carro atrás de mim, e presenciou tudo, ele foi acompanhando tudo"

A testemunha, Robson Jose Lopes, também visualizou a dinâmica delitiva, e confirma, que o apelante foi o autor do fato penal; relatando, ainda, que foi uma das pessoas que perseguiu o recorrente, logo após a subtração. É o seu depoimento:

"não conhecia a vítima nem o acusado antes. Eu presenciei esse roubo, que a turista foi vítima. Eu estava parado no sinal, e do meu lado direito eu vi algo que parecia uma briga de casal. Só que depois o rapaz pegou alguma coisa, que na hora não vi o que era, saiu correndo, e empurrou ela no chão; aí ela começou a pedir socorro, a vítima. Ele empurrou a vítima no chão. Vi o soco que ele deu nela, ela reagindo, ele batia, ela também, tentando... pensei que fosse briga de casal, um batendo no outro, parecia isso. Mas depois ele saiu correndo com alguma coisa na mão, a princípio não sabia que era um celular. E ela ficou gritando "help, help", eu vi que era uma estrangeira.

Eu fiz a volta com o carro pela rua de cima, e lá em cima, encontrei o outro rapaz que estava aqui, o Vinícius, subiu de carro por outro caminho, e imobilizou o acusado. As pessoas chegaram, queriam bater nele, nós impedimos. Quando eu estava chegando na rua em cima, eu vi quando ele parou, e jogou um objeto no terreno baldio, acho que do observatório nacional. A polícia chegou, e nós falamos que ele jogou, ela subiu a rua chorando. Eu acompanhei ela, porque ela não falava português. Ela disse que estava com passagem para ir embora no dia seguinte para a Noruega, e estava tudo no celular.

Depois, quando eu já estava na delegacia, os policiais disseram que alguém pulou o muro e localizou o celular dela, mais ou menos uma hora e pouco, 2h depois, ela ficou com a boca cortada, ficou botando gelo, em decorrência das agressões dele. Ela estava nervosa, chorando. Depois eu cheguei a ver o celular recuperado.

O celular foi devolvido pra vítima na delegacia, algum policial recuperou o celular, não vi quem foi. Eu vi o acusado jogando o celular nesse local onde o pessoal encontrou"

O recorrente, em Juízo, nega a prática delitiva, em versão inverossímil, e que não encontra respaldo nas provas colhidas; é o que aduz, em seu interrogatório:

"não é verdade essa acusação não. Os fatos que aconteceu no local foi o seguinte... eu estava jogando futebol com meus amigos no parque de São Cristóvão, acabou o futebol, eu estava retornando pra casa, vieram uns elementos de carro, me abordou com uma pistola, pedindo para que eu parasse, que eu estaria sob uma suspeita de furto de uma pessoa. Onde então, não teve como... minha reação foi aguardar, que ele pediu, disse que se eu corresse, ele ia atirar em mim. Pediu que eu aguardasse os policiais chegarem para me conduzir à delegacia, para eu dar meu depoimento do que tinha acontecido. Até então eu aguardei, como ele tinha me falado.

> Os policiais chegaram logo após uns 40, 20 minutos, me levaram pra delegacia e me informaram que eu ia dar meu depoimento do que tinha havido no local. Eu fui conduzido pelos policiais na delegacia, e lá me informaram que eu estaria sob suspeita de ter furtado um aparelho de telefone... eu trabalho desde 16 anos, nunca parei de trabalhar (...) me acusaram de roubar devido ao local, que era aberto, várias pessoas passam por lá... eu só fui saber que estava sendo acusado quando esse popular chegou a me abordar. Era de dia, mais ou menos umas 2h da tarde; eu tentei correr desse popular que estava de carro, porque pensei que ele ia atirar em mim, ele estava com uma arma, pediu pra eu parar, eu não cheguei a entender porque ele estava apontando uma arma pra mim. Eu corri porque imaginei que ele podia me dar um tiro, eu não conhecia ele.
>
> O telefone que foi jogado no terreno baldio, eles estão falando que eu joguei, mas no momento que eles me abordaram, era pra eles terem encontrado o telefone... era pra eles terem encontrado o material da pessoa comigo, e não encontraram nada comigo. Eu não estou conseguindo entender."

Cabe ressaltar a relevância dada à palavra da vítima, especialmente em crimes patrimoniais, e quando em consonância com os demais elementos, como no caso em tela; inexistindo qualquer incerteza a justificar um juízo absolutório.

Conjunto probatório que é farto, em definir o fato penal, e o seu autor, face à prova oral que foi colhida, sendo afastada a proposição defensiva, que está voltada à absolvição do apelante, por insuficiência probatória, eis que patente o seu atuar delitivo, consistente em subtrair o aparelho celular da lesada, mediante emprego de violência física, na forma de empurrão, e socos no rosto da vítima.

O que é corroborado, pelas testemunhas presenciais, que relatam que o apelante, mediante força física praticada contra a vítima, subtraiu o seu aparelho celular, e empreendeu fuga; ato contínuo, estas testemunhas, que compareceram em juízo, afirmaram que perseguiram o apelante, e conseguiram abordá-lo, e imobilizá-lo, até a chegada dos policiais militares.

Assim, as declarações da vítima, em sede policial, e das testemunhas que presenciaram o roubo, são coesas e harmônicas, conduzindo à manutenção do juízo de censura.

Pleito subsidiário, que está voltado ao reconhecimento da tentativa, que também não prospera.

Na hipótese vertente, o apelante, após empregar efetiva violência, se evadiu, na posse do item subtraído, vindo a ser perseguido por populares; tendo, a vítima, recuperado o aparelho celular, horas após a subtração.

Latente, portanto, a consumação do roubo, que ocorre com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que logo após a imediata perseguição ao agente, ou ainda, com a recuperação integral dos objetos subtraídos; e, não com a posse desvigiada daqueles.

Neste sentido, é o entendimento firmado, pelo Colendo STJ, destacado na Súmula nº 582:

> "Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada."

Patenteado o roubo simples, consumado, e certa a autoria.

Juízo de censura, pelo artigo 157, *caput*, do CP, que se mantém.

Dosimetria que merece pequeno retoque.

A pena-base foi aumentada em 01 (um) ano, considerando, como negativo, o vetor relacionado à efetiva violência, que foi empregada pelo apelante, que teria causado lesão à vítima; em

valoração que, vênia, é de ser afastada, pois, a atuação agressiva, mediante violência física, se mostra intrínseca ao delito de roubo.

No caso em tela, a conduta do apelante não se afastou da normalidade inerente ao tipo penal, inexistindo outros elementos, que permitam elevar a basilar; o que leva a estabelecê-la no patamar mínimo, 04 (quatro) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa.

Na 2ª fase, permanece a agravante da reincidência, face à presença de duas condenações, com trânsito em julgado; entretanto, em 1º grau, foi elevado em 01 (um) ano, o que se reduz à fração de 1/5 (um quinto), por se mostrar mais proporcional e adequado.

Totalizando, a reprimenda, em 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Regime fechado que se mantém, face ao quantitativo, e à reincidência do apelante.

Por unanimidade e nos termos do voto da relatora, foi provido em parte o recurso para reduzir as penas a 04 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão no regime inicial fechado, por causa inclusive da reincidência, e 12 dias-multa no valor unitário mínimo.

RIO DE JANEIRO, 30 DE JULHO DE 2019.
DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO
RELATORA

VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PERÍODO NOTURNO. CRIME DE CÁRCERE PRIVADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. MOTIVO FÚTIL. NÃO CONFIGURAÇÃO. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EXAGERADA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

EMENTA: APELAÇÃO – CÁRCERE PRIVADO E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, COMETIDO À NOITE – ART. 148, *CAPUT*, E ART. 150, § 1º, PRIMEIRA PARTE, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL – PRISÃO EM FLAGRANTE – CONDENAÇÃO – RECURSO DEFENSIVO – IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS – DEPOIMENTO FIRME E COERENTE DA VÍTIMA – DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES – PROVA IDÔNEA PARA EMBASAR DECRETO CONDENATÓRIO, EIS QUE NÃO INVALIDADA POR FATO CONCRETO – SÚMULA Nº 70 DO TJRJ – INCABÍVEL PROVIMENTO DA TESE DEFENSIVA SOBRE AUSÊNCIA DE DOLO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE O APELANTE TERIA CONSUMIDO ENTORPECENTES E, EM SURTO, SE JULGOU PERSEGUIDO POR DOIS ELEMENTOS E, POR ISSO, ACABOU INGRESSANDO NA CASA DA VÍTIMA PARA SE PROTEGER, BEM COMO QUE ACABOU FICANDO COM A VÍTIMA EM SEU PODER PORQUE TEVE MEDO, E NÃO ACREDITAVA QUE ERAM POLICIAIS QUE ESTAVAM NA CASA, ACREDITANDO TRATAR-SE DE SEUS PERSEGUIDORES – APENAS A EMBRIAGUEZ COMPLETA, PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR QUE RETIRE COMPLETAMENTE A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO E AUTODETERMINAÇÃO DO AGENTE O ISENTA DE PENA – ART 28, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL – INCABÍVEL ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, SOB O FUNDAMENTO DE TER SIDO ABSORVIDO PELO DELITO DE CÁRCERE PRIVADO, POR RECONHECIMENTO AO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CRIMES COMETIDOS COM DESÍGNIOS DISTINTOS E AUTÔNOMOS – CONSOANTE DEPOIMENTO DA VÍTIMA, O DELITO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO FOI PRATICADO DE FORMA INDEPENDENTE DO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO, E NÃO COMO MEIO PARA A REALIZAÇÃO DESTE – INICIALMENTE, O APELANTE INVADIU O APARTAMENTO, SEM REALIZAR QUALQUER RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA – SOMENTE QUANDO O RÉU SE APOSSOU DE UMA FACA E A VÍTIMA CONSEGUIU DESARMÁ-LO, PEDINDO POR AJUDA, O APELANTE A MANTEVE EM CÁRCERE PRIVADO, RESTRINGINDO SUA LIBERDADE NO

BANHEIRO DA RESIDÊNCIA MEDIANTE AMEAÇA EXERCIDA COM O EMPREGO DE ARMA BRANCA – CRIMES DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E DE CÁRCERE PRIVADO TIVERAM MOMENTOS CONSUMATIVOS DISTINTOS, DE MODO QUE UM DELES NÃO CONSTITUIU MEIO NECESSÁRIO PARA A EXECUÇÃO DO OUTRO – INCABÍVEL RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL – DESÍGNIOS AUTÔNOMOS ENTRE OS CRIMES DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E DE CÁRCERE PRIVADO – REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA – COM RELAÇÃO AO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, O FATO DO CRIME TER OCORRIDO NO PERÍODO NOTURNO JÁ FOI UTILIZADO PARA QUALIFICAR O DELITO, TENDO EM VISTA QUE O RÉU FOI CONDENADO PELA PRÁTICA DO ART. 150, § 1ª PARTE, DO CÓDIGO PENAL, CONFIGURANDO ASSIM *BIS IN IDEM*, E NÃO RESTOU CARACTERIZADO O MOTIVO FÚTIL, POIS AS PROVAS CARREADAS INDICAM QUE O APELANTE EFETIVAMENTE ACREDITAVA QUE SUA VIDA CORRIA RISCO – O FATO DE RESIDIREM DUAS MULHERES NO APARTAMENTO INVADIDO, SENDO QUE UMA DELAS É UMA SENHORA DE 79 ANOS, QUE NECESSITA DE CUIDADOS, ENSEJA A MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA – FUNDAMENTAÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO ESTÁ CORRETA, MAS ENTENDO QUE A MAJORAÇÃO SE MOSTRA EXAGERADA – EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE, FIXO A PENA BASE EM 02 ANOS DE RECLUSÃO – APELANTE FAZ JUS A ATENUANTE DA CONFISSÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICILIO – É POSSÍVEL A COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO – INCABÍVEL CONFISSÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE CÁRCERE PRIVADO, POIS O APELANTE NÃO ADMITIU QUE A VÍTIMA FOI FEITA DE REFÉM – MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/4 PELA REINCIDÊNCIA SE MOSTRA EXAGERADA – MAJORAÇÃO EM 1/6 PELA REINCIDÊNCIA – NÃO OBSTANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E A REINCIDÊNCIA DO APELANTE, É CABÍVEL A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO, TENDO EM VISTA O *QUANTUM* DE PENA CONCRETIZADA – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO, ficando a pena definitiva do apelante Rogerio de Oliveira Junior em 02 anos e 04 meses de reclusão e 09 meses de detenção, no regime semiaberto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0056938-80.2018.8.19.0001, em que figuram como Apelante Rogerio de Oliveira Junior e como Apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores que integram a Colenda Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento realizado em 29 de janeiro de 2019, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso defensivo, ficando a pena definitiva do apelante Rogerio de Oliveira Junior em 02 anos e 04 meses de reclusão e 09 meses de detenção, no regime semiaberto, nos termos do voto da Desembargadora-Relatora.

O apelante Rogerio de Oliveira Junior foi denunciado como incursos nas sanções do art. 150, § 1°, primeira parte, e do art. 148, *caput*, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal. Narra a denúncia que (doc. 02):

"1. No dia 12 de março de 2018, por volta das 18h, na Rua Benjamin Constant, n° 497, bloco 5A, apto 101, Largo do Barradas, nesta Comarca, o denunciado, com *animus furandi*, livre e conscientemente, ingressou em casa alheia, mediante arrombamento da porta, lá permanecendo contra a vontade expressa da moradora Simone Vianna Soares.

2. Ainda no mesmo dia e local, no período compreendido entre as 18h e 19h30min, o denunciado, com *animus furandí*, livre e

conscientemente, privou a liberdade de Simone Vianna Soares, retendo-a em sua própria residência, mediante cárcere privado. Consta dos autos que, no dia dos fatos, o denunciado ingressou no apartamento de Simone, após arrombamento da porta de entrada da residência. Após ser surpreendido pela vítima, o denunciado pediu que Simone chamasse a Polícia, alegando estar sendo perseguido por traficantes. Ato contínuo, Rogerio se apoderou de uma faca na cozinha do apartamento, momento em que Simone, ao tentar desarmá-lo, teve suas mãos feridas. Ameaçando a vítima com a faca, o denunciado exigiu que ela entrasse no banheiro, tendo, em seguida, se trancado juntamente com Simone no referido cômodo, impedindo sua saída. Ocorre que policiais militares, que realizavam patrulhamento pela localidade, após serem alertados sobre o ocorrido, prosseguiram até a residência de Simone, onde constataram que a porta do imóvel estava danificada, e que a vítima se encontrava em poder do denunciado no interior do banheiro. Assim, foram iniciadas as tratativas com Rogerio, as quais duraram cerca de uma hora, instante em que o denunciado se rendeu aos agentes e libertou a vítima, sendo ambos socorridos ao Hospital Estadual Azevedo Lima, por apresentarem ferimentos.

Desta forma, está o denunciado incurso nas penas do art. 150, § 1°, primeira parte, e do art. 148, *caput*, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal."

Levado a julgamento, o MM. Juiz da 4ª Vara Criminal da Comarca de Niterói, Dr. JOÃO GUILHERME CHAVES ROSAS FILHO, julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o apelante Rogerio de Oliveira Junior às penas de 02 anos e 11 meses de reclusão e de 01 ano e 03 meses de detenção, no regime fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 150, §1º, primeira parte, e art.148, *caput*, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal (doc. 167).

Inconformada com a sentença, a Defensoria Pública recorreu, pugnando pela absolvição do apelante, com fulcro no art. 386, VII do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requereu a absolvição quanto à violação de domicílio, tendo está sido absorvida pelo cárcere privado, com fulcro no art. 386, III, do CPP, ou, caso assim não entenda, o reconhecimento do concurso formal entre os delitos, na forma do art. 70 do CP. Por fim, requer a fixação da pena base no mínimo legal para ambos os delitos, além de reduzir o *quantum* de aumento pela reincidência e reconhecer a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, do CP), compensando-a com a reincidência, fixando, por fim, regime menos gravoso como o inicial para o cumprimento da pena de cada delito (doc. 190).

Nas contrarrazões de doc. 205, o Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso defensivo.

No doc. 223, a Procuradoria de Justiça oficiou pelo parcial provimento do apelo defensivo, para que seja reconhecida a atenuante da confissão, com discreta redução de pena, posto que parcial; para redução da fração de aumento de pena, por conta da reincidência, sem compensação; e para fixação do regime inicial semiaberto.

Pelas provas carreadas não merece prosperar o pleito defensivo para a absolvição do apelante.

A materialidade está demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (doc. 05), pelos registros de ocorrência (doc. 13); pelo auto de apreensão (doc. 21); pelo laudo de exame de local (doc. 88) e pelos boletins de atendimento médico (docs. 90/93).

Por sua vez, a autoria é absolutamente certa.

Em juízo, a vítima Simione Vianna Soares narrou que "a depoente não tem dúvidas em reconhecer o acusado; (..) que a depoente estava na cozinha fazendo a janta e estava com a faca em cima da tábua, pois estava cortando

legumes; que de repente a depoente ouviu um estrondo e correu para sala, achando que algo pudesse ter acontecido com a mãe da depoente; que a depoente se deparou com Rogério na porta; que a depoente tentou barrar a entrada de Rogério; que Rogerio dizia estar assustado e com medo porque bandidos estavam o seguindo; que Rogerio já estava dentro da casa da depoente e havia arrebentado a porta; que a depoente encostou a porta, com medo que pudesse entrar mais invasores; que a depoente tentou acalmar Rogerio para saber o que ele queria; que Rogerio disse que havia bandidos que estavam o seguindo e queriam matá-lo; que a depoente disse que as pessoas que estavam embaixo do prédio eram vizinhos da depoente, que residem no local há 49 anos e ninguém iria invadir a casa da depoente; que Rogerio pediu que a depoente chamasse a polícia; que o celular da depoente não estava conseguindo desbloquear seu celular para ligar para polícia, momento em que Rogerio foi até a cozinha e pegou a faca que a depoente antes estava usando: que no momento da invasão, a mãe da depoente estava no quarto e nesse momento estava a caminho da sala e a depoente tentou protege-la da faca; que Rogerio estava muito desorientado e com a faca na mão; que a depoente tentou pegar a faca das mãos de Rogério, mas se cortou; que a depoente conseguiu pegar a faca e a jogou dentro do tanque; que a depoente continuou tentando ligar para a polícia, mas não conseguiu; que a depoente gritou na janela pedindo para que as pessoas chamasse a polícia, mas Rogerio pegou novamente a faca; que a depoente não tentou fazer mais nada: que Rogerio em posse da faca levou a depoente para dentro do banheiro; que a depoente gritou para sua mãe descer, pois a mesma está desorientada e não sabia o que estava acontecendo; que depois, os policiais chegaram e tentaram conversar com Rogerio; que Rogerio gritava aos policiais que mataria a depoente e se mataria - que Rogerio segurou a depoente fortemente pelo pescoço, fazendo com que a depoente perdesse o ar; que a depoente disse que se fosse machucada, não teria como ajudar o acusado, e nisso, o acusado a soltou; que Rogerio dizia que havia luzes de laser na janela e quebrou o basculante; que a depoente estava ensanguentada: que Rogerio várias vezes disse que se mataria, que a depoente pediu que não se matasse e Rogerio começou a se cortar; que na hora a depoente não viu sangue, mas como sua faca estava bastante afiada, viu depois que o acusado havia se cortado na mão direita; que Rogerio sempre colocava o depoente atrás e a depoente não sabia se Rogerio a acertaria com a faca; que a faca era grande., de chefe; que a depoente ficou mais de 40 minutos, cerca de 1 hora, dentro do banheiro com Rogerio; que os policiais chegaram e começaram a conversar com o acusado velo outro lado da porta que estava trancada; que Rogerio falava para os policiais que aconteceriam duas mortes; que o acusado mandava a depoente a depoente ter calma e não falar nada; que foi o que a depoente fez, ficou calada; que a depoente só falava que era para Rogerio não se matar; que Rogerio não quis levar nada da casa da depoente; que a depoente não percebeu sinal de que o acusado pudesse estar alcoolizado; que a depoente mora em apartamento; que Rogerio veio correndo da rua, provavelmente frigindo de alguém, pulou o muro, passando pelas pessoas que estavam sentadas no banco; que as pessoas correram atrás do acusado e a primeira porta que Rogerio resolver entrar foi a da casa da depoente; que quando os policiais chegaram, a depoente pediu que desligasse o fogo e levassem a mãe da depoente; que a mãe da depoente possui 79 anos; que a mãe da depoente está com muito esquecimento, indicando estar com Alzheimer; que o acusado pediu que a depoente entrasse com ele dentro do box para que ele tomasse

banho, mas a depoente disse que não caberia ela, Rogerio e uma faca de aproximadamente 40 cm; que o acusado não esboçou reação depois da negativa da depoente; que o acusado jogou a faca dentro do box; que a depoente disse que sairia na frente para os policiais não fazerem nada ao acusado; que a depoente avisou aos policiais que ela e o acusado sairiam do banheiro; que quando o acusado abriu a porta, passou na frente da depoente e se entregou aos policiais (..); que a mãe da depoente ficou muito confusa e muito nervosa, por não saber o que estava acontecendo; que a depoente também tem um neto de 1 ano, filha e genro, que no momento não estavam em casa, mas iriam chegar a qualquer momento; que a depoente nunca tinha visto o acusado antes." (depoimento audiovisual – transcrição doc. 133).

Corroborando a versão da vítima, o policial militar Luiz Carlos Carvalho Monteiro narrou que "a guarnição do depoente estava em patrulhamento quando a mare zero informou que havia um indivíduo havia invadido a residência da Sra. Simone e estava munido de uma faca, fazendo a senhora de refém; que, de pronto, a guarnição procedeu ao local e lá chegando, foi constatado que o acusado estava trancado dentro o banheiro junto com a vítima, que de imediato a guarnição isolou o local e fez os contatos de praxe com a supervisão: que na primeira tentativa de contato com o invasor, ele informou que aquilo não iria acabar bem, não acreditava que era a polícia militar que estava ali; e fazia exigências; querendo a presença da família e da imprensa; e informava a todo momento que dali sairiam dois corpos; que ele iria matar a senhora Simone e iria acabar com a própria vida; que o primeiro contato foi com a equipe, fazendo contato com o pessoal especializado para negociação; que nesse meio tempo, a guarnição foi ganhando a confiança do acusado; que o acusado permaneceu por cerca de 1 hora dentro do banheiro; que ao final, o acusado abriu a porta, mas saiu juntamente com Simone, de modo que não deu para a guarnição verificar de imediato se o acusado estava com a faca; que o acusado foi contido, que o acusado não esboçou reação; que a faca estava dentro do banheiro, que aparentemente a porta estava normal, mas havia bastante pó e terra próximo a porta; que a perícia foi chamada ao local; que em primeiro momento a guarnição não tinha como perceber o estado do acusado porque o mesmo estava trancado dentro do banheiro; que o acusado disse ter feito uso de entorpecentes e que estava fugindo de traficantes do Martins ou do Marítimos, salvo engano, por estar devendo a boca de fumo; que o acusado informou ter invadido o apartamento por estar fugindo de traficantes; que após sair do banheiro, o acusado manteve a versão e disse ser soro positivo, que a guarnição teve que ter uma atenção maior porque o acusado havia se cortado e cortou os dedos da vítima após a mesma tentar se desvencilhar do acusado, que após a informação, a Sra. Simone foi levada ao Azevedo Lima afim de constatar se a informação do acusado era ou não real; que graças a Deus a informação não se confirmou; que o acusado foi visto pulando no prédio, mas ele entrou correndo, no desespero, e os moradores ficaram com medo por não saberem o que de fato estava acontecendo; que na primeira porta que o acusado viu ele entrou; que o depoente encontrou os moradores no local, e isolou o local, e somente encontrou a Sra. Simone e o acusado dentro do banheiro." (depoimento audiovisual – transcrição 133).

Na mesma toada, o policial militar Leonardo Matos Faziolato acrescentou que "o depoente ficou durante todo o tempo conversando com o acusado enquanto seu colega fazia os acionamentos da equipe; que a negociação durou mais de uma hora; que sempre o acusado se exaltava dizia que mataria a Sra. Simone e se mataria; (...) que no hospital foi constatado que o acusado não possuía HIV; que o acusado disse que estava

na casa de um amigo e que tinha feito uso de entorpecente e que depois disso foi perseguido por uns caras e por isso, ele pulou o muro do condomínio, invadindo a casa da Sra. Simone; que a porta da residência de Simone tinha sinais claros de arrombamento; que parte do trinco que fica no batente da porta estava no chão e porta estava com marcas de que havia sido forçada; que Simone estava muito nervosa e abalada com o ocorrido (...)" (depoimento audiovisual – transcrição sentença).

Os depoimentos prestados pelos policiais militares, em juízo, foram realizados conforme se observa dos autos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, assim, é prova idônea para embasar o decreto condenatório, eis que não invalidada por fato concreto.

Como dispõe a jurisprudência dominante em nosso país, também consolidada na Súmula nº 70 deste Tribunal, os depoimentos dos policiais merecem elevada consideração e credibilidade por terem como objetivo assegurar a sociedade e elidir a criminalidade e não atribuir aos indivíduos, gratuita e injustamente, o cometimento de condutas perniciosas. Ademais, seus depoimentos são seguros e se harmonizam com as demais provas carreadas aos autos.

Vide julgado do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO FUNDADOS, EXCLUSIVAMENTE, EM DENÚNCIA ANÔNIMA. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. 2. DECISÃO QUE DETERMINOU A MEDIDA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3. IMPRESCINDIBILIDADE PARA O PROSSEGUIMENTO DAS INVESTIGAÇÕES. 4. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. 5. ELEMENTO PROBATÓRIO DECORRENTE DA MEDIDA CAUTELAR. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. 6. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE. 7. ANÁLISE DE CONTRARIEDADE A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. 8. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DAS PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. 9. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que não há nulidade na decisão que defere as medidas de interceptação telefônica e busca e apreensão quando, a despeito de *delatio criminis* anônima, os decretos constritivos tenham sido precedidos de diligências policiais a demonstrarem a imprescindibilidade do ato. Precedentes. 2. A decisão que decreta a interceptação telefônica deve demonstrar o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* da medida, diante da proteção constitucional à intimidade do indivíduo. 3. Na espécie, encontra-se devidamente motivada a medida cautelar deferida, haja vista sua imprescindibilidade às investigações - identificação dos locais de atuação e de acondicionamento das drogas, formas de execução do crime e fornecedores. 4. Conforme a jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de elementos informativos para a formação da convicção do julgador quando corroborados por outras provas judicializadas, haja vista ter sido a condenação fundamentada em substrato probatório produzido sob o pálio do contraditório judicial. 5. As provas obtidas por meio de interceptação telefônica possuem o contraditório postergado para a ação penal porventura deflagrada, diante da incompatibilidade da medida com o prévio conhecimento de sua realização pelo agente interceptado. 6. O depoimento de policiais é elemento idôneo à formação da convicção do magistrado quando em conformidade com as

demais provas dos autos. 7. O recurso especial não é via adequada para analisar suposta ofensa à matéria constitucional, uma vez que reverter o julgado com base em dispositivo da Carta Magna significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Constituição da República, pertence ao Supremo Tribunal Federal, sendo a competência traçada para o STJ, em recurso especial, restrita unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 8. Emanada a condenação do exame das provas carreadas aos autos, não pode este Tribunal Superior proceder à alteração da conclusão firmada nas instâncias ordinárias sem revolver o acervo probatório, providência incabível no agravo em recurso especial, conforme disposição da Súmula nº 7/STJ. 9. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 262.655/SP – Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma do STJ – Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE – Julgamento: 06/06/2013).

Por seu turno, o apelante Rogerio de Oliveira Junior declarou que "primeiramente, peço desculpas por ter feito isso, deixando claro que eu mesmo não tinha controle de mim naquele momento, porque eu estava dentro de uma casa usando esses entorpecentes e de repente começou a parar carros e ficar buzinando; que comprei o entorpecente no morro do sabão, na favela do sabão e estava usando numa casa mais adiante um pouquinho desse prédio onde eu vim entrar; que eu estava usando crack e cocaína; que eu arranjei dinheiro de um dia trabalhado, que eu sai quatro horas; que trabalhava no sinal vendendo bala; que eu comprei duas cocaínas de 10 e dois cracks de 10; que usei essa droga e de dentro da casa comecei a escutar carros buzinando; que eu fui olhar na janela, tinha um carro e duas motos paradas; que de repente entraram dois rapazes nessa casa falando para eu sair; que ainda eu peguei no pé dele, agarrei no pé dele e falei "Pô cara, por favor, eu vou para a igreja, eu paro com esse negócio de droga, não me mata não."; que nessa sai para fora eu corri para o lado do cemitério; que eu fui e ainda tentei agarrar nele e fui e acabei correndo ao contrário, ao invés de correr para onde ele estava mandando, eu corri em direção disso; que quando eu me deparei com aquele susto da droga, eu vi uma moto atrás de mim, mandando eu parar, falando que tinha assalto, pega ladrão; que com aquele susto, eu não sei se eles estavam com alguma arma na mão, eu só me recordo que eles estavam sem camisa e chapéu no rosto, então eu não tinha outra saída, porque eles estavam de moto; que eu vi esse muro e acabei pulando conforme os outros mesmos viram e eu pulei; que eu achava a todo momento que não era o policial que estava ali; que eu só tinha medo, que ela mesmo se recorda que eu pedia a ela para ligar para o polícia, que se eu fosse fazer ela de refém eu não pediria; que em momento nenhum eu a agarrei pelo pescoço; que esse corte na mão dela foi quando eu botei no meu pescoço, me recordo bem, ela foi tirar , uma senhora muito calma, peço desculpas por isso, ela foi tirar, conforme eu estava com a faca no meu pescoço, ela foi pegar com a mão e acabou se cortando, portanto na delegacia ela falou que esse corte não foi feito por mim e sim por ela por tentar pegar a faca na minha mão." (depoimento audiovisual).

Neste cenário, não restam dúvidas de que Rogério arrebentou a porta e entrou na residência da vítima, contra sua vontade, e a manteve como refém, com o emprego de uma faca, por aproximadamente uma hora.

Ademais, não merece provimento a tese defensiva sobre a ausência de dolo, sob o fundamento de que o apelante praticou as ações pelo fato de estar se sentido acuado e com medo.

Como bem asseverou a douta Procuradora de Justiça, Dra. DALVA PIERI NUNES, "(...) não pode ser acolhida a tese defensiva de ausência

de dolo porque o réu teria consumido entorpecentes e, em surto, se julgou perseguido por dois elementos, por isso "acabou ingressando na casa da vítima para se proteger; que acabou ficando com a vítima em seu poder porque teve medo, e não acreditava que eram policiais que estavam na casa, acreditando tratar-se de seus perseguidores". (...), cediço que a embriaguez voluntária ou culposa pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal (CP, art. 28, II)."

O fato do apelante estar sobre efeito de entorpecentes não teria o condão de afastar sua culpabilidade, ao revés, a ratifica, uma vez que foi o mesmo quem teria dado azo a tal circunstância, incidindo-se, assim, a norma estatuída no artigo 28, inciso II, do Código Penal, aplicando-se, pois, o princípio da *actio libera in causa*.

Com efeito, tem-se como definição de aludido postulado, a despeito da divergência doutrinária que disputa o tema, "os casos em que alguém, no estado de não imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando podia ou devia prever" (Nárcélio de Queiroz *apud* Rogério Greco, **Código Penal Comentado**, p.78).

À colação:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO À PENA DE 02 ANOS E 15 DIAS DE DETENÇÃO, EM REGIME SEMIABERTO, PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE, NO ÂMBITO DOMÉSTICO, E AMEAÇA, POR TRÊS VEZES, CONDUTAS TIPIFICADAS NOS ARTIGOS 129, § 9º, E 147, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO, EM RELAÇÃO A AMBOS OS DELITOS, A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E, SUBSIDIARIAMENTE, POR AUSÊNCIA DE DOLO. REQUER, AINDA, A DEFESA O RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE AMEAÇA. DESPROVIMENTO. NO QUE TANGE AOS DELITOS DE AMEAÇA, A AUTORIA E A MATERIALIDADE DELITIVAS, BEM COMO A AUTONOMIA DE DESÍGNIOS QUE CARACTERIZAM O CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO, ESTÃO DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS PELA PROVA ORAL ASSOCIADA AOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO REUNIDOS DURANTE O INQUÉRITO. AMEAÇA DE MORTE PERPETRADA PELO ACUSADO, MUNIDO DE UMA FOICE, CONTRA SEU PAI, SUA IRMÃ E SEU CUNHADO, DIRIGIDA FINALISTICAMENTE À INTIMIDAÇÃO INDIVIDUAL DE CADA VÍTIMA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ, QUE NÃO MERECE MELHOR SORTE. APENAS A EMBRIAGUEZ COMPLETA, PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR QUE RETIRE INTEIRAMENTE A CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO E AUTODETERMINAÇÃO DO AGENTE O ISENTA DE PENA. JURISPRUDÊNCIA DESTA CÂMARA NESTE SENTIDO. ESTADO DE EMBRIAGUEZ OU INFLUÊNCIA DE SUBSTÂNCIA ANÁLOGA QUE NÃO RESTOU COMPROVADO NOS AUTOS, ANTE A DESISTÊNCIA DA REALIZAÇÃO DE EXAME TOXICOLÓGICO TANTO PELA DEFESA, QUANTO PELA ACUSAÇÃO. CONDUTA DO ACUSADO QUE FOI CAPAZ DE INCUTIR NOS OFENDIDOS EFETIVO TEMOR DE VIR A SOFRER MAL INJUSTO E GRAVE, CONFORMANDO ASSIM A FIGURA TÍPICA PREVISTA NO ARTIGO 147, DO CÓDIGO PENAL. NO QUE CONCERNE AO DELITO DE LESÃO CORPORAL, TAMBÉM NÃO HÁ QUE SE FALAR EM INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA QUE PODE SER SUPRIDA PELA PROVA TESTEMUNHAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 167, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS PELA PROVA ORAL ASSOCIADA ÀS DECLARAÇÕES PRESTADAS EM SEDE POLICIAL. RELATOS UNÍSSONOS E COESOS, NA

FASE INVESTIGATIVA, DO PAI E DO CUNHADO DO ACUSADO, ASSIM COMO DO POLICIAL QUE CHEGOU AO LOCAL DOS FATOS LOGO APÓS O OCORRIDO, E DA PRÓPRIA VÍTIMA DENISE (IRMÃ DO RÉU), NO SENTIDO DE QUE AO INTERCEDER EM FAVOR DE SEU PAI, A OFENDIDA FOI XINGADA PELO DENUNCIADO, QUE EM SEGUIDA LHE DEU UM SOCO NO ROSTO E NO BRAÇO. DECLARAÇÕES RATIFICADAS, EM JUÍZO, PELO PAI DO ACUSADO E PELO POLICIAL. A LESADA EM JUÍZO SE RETRATOU QUANTO AO DOLO DO AGENTE, DECLARANDO QUE O ACUSADO TERIA BATIDO ACIDENTALMENTE EM SEU ROSTO. CONTUDO, CONSIDERANDO O TEMOR EXTERNADO EM SEDE POLICIAL, BEM COMO O FATO DE QUE SUA MÃE JÁ FORA LEVADA, ANTERIORMENTE, A SE RETRATAR DE REPRESENTAÇÕES CONTRA O ACUSADO, NÃO É DIFÍCIL CONCLUIR QUE A RETRATAÇÃO DA OFENDIDA APENAS DEMONSTRA SEU MEDO E INCAPACIDADE DE SE DEFENDER DO RÉU, CUJA PERSONALIDADE NOTORIAMENTE AGRESSIVA VEM CAUSANDO REITERADOS TRANSTORNOS E AMEDRONTANDO TODA A FAMÍLIA. HÁ QUE SE CONSIGNAR, POR FIM, QUE O RÉU OPTOU POR PERMANECER EM SILÊNCIO, TANTO EM SEDE POLICIAL QUANTO EM JUÍZO, E, ALÉM DISSO, A DEFESA NÃO TROUXE TESTEMUNHAS, NEM PRODUZIU QUALQUER PROVA CAPAZ DE INFIRMAR A PROVA PRODUZIDA PELA ACUSAÇÃO. ASSIM, TEMOS QUE OS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INVESTIGATIVA E EM JUÍZO, SE ANALISADOS EM COTEJO COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA, MOSTRAM-SE SUFICIENTES AO EMBASAMENTO SEGURO DA CONDENAÇÃO. A DEFESA INSURGE-SE AINDA QUANTO À FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPARO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE QUE NÃO SE MOSTROU DESARRAZOADA OU DESPROPORCIONAL ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS RECONHECIDAS NA SENTENÇA. RELATOS DAS VÍTIMAS DESCREVENDO A PERSONALIDADE AGRESSIVA DO RÉU, QUE VEM ATORMENTANDO A VIDA DE TODA A FAMÍLIA DE FORMA REITERADA. DEPOIMENTO DO POLICIAL INFORMANDO JÁ CONHECER O APELANTE DIANTE DE OUTRAS OCORRÊNCIAS DE AMEAÇA COMUNICADAS PELA FAMÍLIA, QUE REVELAM A SUA CONDUTA SOCIAL DESVIRTUADA. NA SEGUNDA FASE, CORRETA A ELEVAÇÃO DE 1/6, EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA POR UMA TERCEIRA CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR AMEAÇA. PRESENÇA DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS NA CONDUTA DO APELADO, VERIFICADA NAS DESCRIÇÕES REALIZADAS PELAS VÍTIMAS EM SEDE POLICIAL QUE IMPOSSIBILITAM O RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. SENTENÇA QUE NÃO MERECE REPARO. RECURSO DEFENSIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação 0000053-04.2013.8.19.0007 – Primeira Câmara Criminal – Des. LUIZ ZVEITER – Julgamento: 15/07/2014)

"APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR SUPOSTA FRAGILIDADE PROBATÓRIA OU PELO RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA DO RÉU EM RAZÃO DE SUA EMBRIAGUEZ. INVIABILIDADE. Ausência de intimação da qual não decorre qualquer nulidade, diante da inexistência de prejuízo à defesa. Condenação lastreada na palavra da vítima que, segundo o entendimento pacificado da jurisprudência, em crimes relativos à violência doméstica contra a mulher, é elemento de convicção de alta importância, considerando que tais crimes são geralmente praticados às escondidas, no interior da residência do casal, não havendo testemunhas ou vestígios. Apelante que reconheceu ter discutido com a companheira, afirmando não se recordar se efetivou a ameaça. Atipicidade. Estado de

embriaguez. Artigo 28, § 1º do Código Penal. Somente a embriaguez involuntária, decorrente de caso fortuito ou força maior, possibilita a isenção de pena, o que não é o caso dos autos. Substituição da pena privativa de liberdade por multa. Impossibilidade. Inteligência do artigo 17, da Lei nº 11.340/06. Recurso defensivo a que se nega provimento. (Apelação 000310923.2010.8.19.0016 – Terceira Câmara Criminal – Des. SUIMEI MEIRA CAVALIERI - Julgamento: 13/11/2012).

Desta forma, incabível o pleito de absolvição, vez que as provas carreadas são suficientes para embasar decreto condenatório nos moldes da sentença.

Não merece melhor sorte o pleito defensivo para que o apelante seja absolvido em relação ao crime de violação de domicílio, por ter sido absorvida pelo delito de cárcere privado, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

No tocante ao princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo.

Consoante o depoimento da vítima, o delito de violação de domicílio foi praticado de forma independente do crime de cárcere privado, e não como meio para a realização deste.

Inicialmente, o apelante invadiu o apartamento, sem realizar qualquer restrição da liberdade da vítima. Somente quando o réu se apossou de uma faca e a vítima conseguiu desarmá-lo, pedindo por ajuda, Rogério a manteve em cárcere privado, restringindo sua liberdade no banheiro da residência, mediante ameaça exercida com o emprego de arma branca.

O delito de violação de domicílio foi cometido pelo apelante com desígnio distinto e autônomo, de entrar e permanecer na residência da vítima contra a sua vontade. A violação de domicílio é crime é de mera conduta, bastando o simples ingresso no imóvel, contra vontade de seu proprietário, para a consumação delitiva.

No presente caso, os crimes de violação de domicílio e de cárcere privado tiveram momentos consumativos distintos, de modo que um deles não constituiu meio necessário para a execução do outro.

Da mesma forma, pelo todo já exposto, não merece provimento o pleito defensivo para o reconhecimento do concurso formal, pois restou demonstrado os desígnios autônomos entre os crimes de violação de domicílio e de cárcere privado. Assim, no presente caso, correto o reconhecimento do concurso material, nos termos do art. 69 do Código Penal.

No que diz respeito a dosimetria, a aplicação da pena base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, dos quais não deve se furtar de analisar individualmente, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

As penas bases foram fixadas nos seguintes termos:

Violação de domicílio:

"O réu invadiu a residência de duas mulheres que pouco podiam fazer para evitar sua investida, o fazendo em horário noturno, e por

motivação fútil, e diante disso, fixo a pena acima do mínimo legal em um ano de detenção."

Cárcere privado:

"O acusado foi bastante agressivo ao manter a lesada em sua casa contra sua vontade utilizando uma faca, com a qual, inclusive, lesionou a vítima e se lesionou, tendo mantido a mesma por horas sob verdadeiro terror, ameaçando-a de morte a todo tempo, justificando a reprimenda bem mais rigorosa, e com isso, fixo a pena acima do mínimo legal em dois anos e quatro meses de reclusão."

Com relação ao crime de violação de domicilio, o fato do crime ter ocorrido no período noturno já foi utilizado para qualificar o delito, tendo em vista que o réu foi condenado pela prática do art. 150, § 1ª parte, do Código Penal, configurando assim *bis in idem*.

Além disso, como bem ressaltou a combativa Defensoria Pública, entendo que não restou configurado o motivo fútil, pois as provas carreadas indicam que o apelante efetivamente acreditava que sua vida corria risco.

Quanto ao fato de residirem duas mulheres no apartamento invadido, sendo que uma delas é uma senhora de 79 anos, que necessita de cuidados, enseja a majoração da reprimenda.

Assim, fixo a pena base do crime de violação de domicílio em 09 meses de detenção.

A fundamentação da pena base do crime de cárcere privado está correta, mas a entendo que a majoração se mostra exagerada. Assim, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixo a pena base em 02 anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, em relação ao crime de violação de domicílio o réu faz jus a atenuante da confissão, pois efetivamente admitiu a prática do crime.

Destarte, entendo que o réu merece ser beneficiado com a compensação da atenuante da confissão pela agravante da reincidência.

Neste sentido.

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA Nº 545/STJ. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Conforme entendimento firmado na Súmula nº 545/STJ, a confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condenação (Precedente). 3. A Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.341.370/MT, firmou o entendimento de que, por serem igualmente preponderantes, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". 4. Hipótese na qual, embora o paciente ostente mais de uma condenação transitada em julgado, apenas uma delas foi valorada na segunda etapa para gerar a reincidência, sendo devida sua compensação integral com a atenuante de confissão espontânea, mesmo que específica, conforme recente decisão da Terceira Seção no HC nº 365.963/SP. 5. Mantido o *quantum* da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão e tendo em vista a reincidência do paciente, é incabível a alteração do regime prisional para o

aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP. 6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, resultando a pena do paciente em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão mais o pagamento de 680 dias-multa, mantido o regime inicial fechado. (HC nº 407.759/SP – Superior Tribunal de Justiça – Quinta Turma – Ministro RIBEIRO DANTAS – Julgamento: 14/11/2017. Publicação: 22/11/2017)

Assim, mantenho a pena do crime de violação de domicílio em 09 meses detenção, a qual torno definitiva.

Com relação ao crime de sequestro ou cárcere privado, entendo que o apelante não faz jus a atenuante da confissão, pois Rogério não admitiu que tenha feito a vítima de refém.

Noutro giro, a majoração da pena em 1/4, pelo reconhecimento da agravante da reincidência mostra-se exagerada.

Assim, em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, majoro a reprimenda do crime de cárcere privado, ante o reconhecimento da agravante da reincidência, em 1/6, ficando a pena definitiva em 02 anos e 04 meses de reclusão.

No que diz respeito ao regime prisional, como bem ressaltou a Procuradoria de Justiça, "(...) não obstante as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do apelante, é cabível a fixação do REGIME INICIAL semiaberto, tendo em vista o *quantum* de pena concretizada."

Por fim, quanto ao prequestionamento formulado pela defesa, não se vislumbra ofensa a dispositivos de leis ou à norma constitucional.

Por tais razões, voto pelo parcial provimento do recurso defensivo, ficando a pena definitiva do apelante Rogério de Oliveira Junior em 02 anos e 04 meses de reclusão e 09 meses de detenção, no regime semiaberto, na forma da fundamentação retro.

RIO DE JANEIRO, 29 DE JANEIRO DE 2019.
DES. MARIA SANDRA KAYAT DIREITO
RELATORA

ÍNDICE DE ACÓRDÃOS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

91

1414774/2013 – STJ – (RESP) – Ação civil Pública. Instituição financeira. Comprovantes de operações por meio de papel termossensível. Vício de qualidade do serviço. Projeto de lei. Alternativa viável. Manutenção do acórdão recorrido. Abstenção da cobrança pela emissão da 2ª via do comprovante. Recurso Especial não provido.

133

0034508-40.2018.8.19.0000
45566/2018 – TJ – (AI) – Ação Civil Pública. Ministério Pùblico. Competência. Vara Cível. Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos incompetente. Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013. Ato que se deseja impugnar não diz respeito a qualquer evento esportivo. Agravo provido.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

187

0052160-70.2018.8.19.0000
223/2018 – TJ – (RI) – Representação de Inconstitucionalidade. Gratificação de aprimoramento. Servidor Público. Lei Municipal. Aumento de despesa para a Administração. Vício de iniciativa. Afronta à Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Usurpação de competência. Princípio da separação dos poderes. Devolução de valores. Não cabimento. Representação procedente.

APOSENTADORIA

234

0031102-33.2014.8.19.0038
55658/2019 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer. Gratificação denominada "Nível universitário". Incorporação aos proventos. Lei nº 2.378/92. Verba não mais paga desde março de 1999. Ato de aposentação. Existência da gratificação. Recurso desprovido.

ASSEMBLEIA

109

1552227/2013 – STJ – (RESP) – Direitos autorais. Músicas utilizadas como fundo. Programas exibidos na televisão. ECAD. Critérios de fixação dos valores diferenciados. Assembleia geral. Decisão. Possibilidade. Provimento do recurso.

231

0010986-13.2016.8.19.0207
61811/2018 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer. Condomínio. Remarcação de vagas de garagem. Impedimento. Definição da AGE em consonância com a pretensão autoral. Extinção do feito, sem julgamento do mérito. Sentença reformada. Condenação do apelante nos ônus sucumbenciais.

AUTO DE INFRAÇÃO

78

1318051/2012 – STJ – (RESP) – Embargos à Execução. Auto de infração. Dano ambiental. Demonstração. Necessidade. Vazamento de óleo diesel em acidente. Descarrilamento de composição férrea. Degradação ambiental. Inexistência de participação direta. Auto de infração anulado.

AUXÍLIO-ACIDENTE

246

0024631-83.2008.8.19.0014
53075/2017 – TJ – (AC) – Previdenciário. Acidente de trabalho. Conversão do benefício. Auxílio-doença em aposentadoria por invalidez. Não cabimento. Requisitos não previstos. Lesões consolidadas. Laudo pericial. Restrição e limitação para o pleno exercício laboral. Benefício do auxílio-acidente. Recebimento na proporção de 50%.

BEM DE FAMÍLIA

204

0002505-95.2019.8.19.0000
3018/2019 – TJ – (AI) – Execução. Título extrajudicial. Penhora de imóvel. Levantamento. Bem de família. Alegação de fraude à execução. Súmula 375 do STJ. Direito à moradia. Imóvel utilizado para residência. Manutenção da sentença.

BENEFÍCIO

240

0492807-44.2015.8.19.0001
62906/2019 – TJ – (AC) – Previdência privada. Revisão de benefícios. Atualização monetária fixada pelo STJ. Rejustes técnicos legais. Cálculos

atuariais. Equilíbrio contratual. Ilegalidade do reajuste realizado em maio de 2015.

CDC

141

0104513-02.2009.8.19.0001

23812/2016 – TJ – (AC) – Campeonato de futebol. Final. Aquisição de ingresso. Fechamento dos portões. Superlotação do estádio. Tumulto. Frustração. Defeito do serviço. CDC. Estatuto do Torcedor. Responsabilidade solidária. Danos material e moral. Recurso provido parcialmente.

COMPETÊNCIA

161

0043110-25.2015.8.19.0000

45616/2015 – TJ – (AI) – Exibição de documentos. Alegação de violação de direitos. Declínio de competência. Direitos elencados no Estatuto do Torcedor. Matéria não abrangida. Rito não compatível com o processamento das causas em Juizados Especiais. Competência da Vara Cível.

201

0061269-11.2018.8.19.0000

81527/2018 – TJ – (AI) – Direito marcário. Violação à lei de propriedade industrial. Marca registrada. Uso exlusivo. Marcas semelhantes. Vedação. Competência. Foro do domicílio do autor da demanda ou no qual ocorreu o fato.

CONDOMÍNIO

231

0010986-13.2016.8.19.0207

61811/2018 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer. Condomínio. Remarcação de vagas de garagem. Impedimento. Definição da AGE em consonância com a pretensão autoral. Extinção do feito, sem julgamento do mérito. Sentença reformada. Condenação do apelante nos ônus sucumbenciais.

CONFISSÃO

281

0056938-80.2018.8.19.0001

18293/2018 – TJ – (ACRIM) – Violação de domicílio. Período noturno. Crime de cárcere privado. Atenuante da confissão. Motivo fútil. Não configuração. Majoração da pena-base exagerada. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso parcialmente provido.

CONTA-CORRENTE

235

0054374-10.2014.8.19.0021

34179/2019 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer e indenizatória. Conta-corrente. Valores sacados indevidamente. CDC. Falha na prestação do serviço. Terceiros fraudadores. Ilegitimidade dos saques. Ressarcimento. Dano moral.

DANO AMBIENTAL

78

1318051/2012 – STJ – (RESP) – Embargos à Execução. Auto de infração. Dano ambiental. Demonstração. Necessidade. Vazamento de óleo diesel em acidente. Descarrilamento de composição férrea. Degradação ambiental. Inexistência de participação direta. Auto de infração anulado.

DANO MORAL

253

0008713-21.2017.8.19.0209

22834/2018 – TJ – (AC) – Transporte aéreo. Troca de voo. Aquisição de assento em classe executiva. Viagem forçada em classe econômica. Ressarcimento. Danos morais majorados. Danos materiais improcedentes.

228

0051928-05.2012.8.19.0021

74502/2018 – TJ – (AC) – Indenizatória. Falha na prestação do serviço. Negligência e imperícia. Restos placentários deixados no interior da cavidade uterina da paciente. Laudo pericial. Necessidade de curetagem. Erro médico. Abalo emocional. Afastamento de filho recém-nascido. Dano moral.

237

0015494-41.2018.8.19.0042

54529/2019 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer e indenizatória. Queda de energia elétrica. Danos em notebook. Laudo técnico. Ausência de nexo causal. Não comprovação. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Manutenção da sentença.

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

118

1299828/2018 – STJ – (RESP) – Agravo Regimental. Intimação. Duplicidade. Publicação no Diário da Justiça Eletrônico. Prevalência. Intempestividade. Reconhecimento. Agravo improvido.

DIREITO DE PROPRIEDADE

220

0025023-84.2010.8.19.0068

41729/2017 – TJ – (AC) – Indenizatória. Cobrança. Obrigação de não fazer. Município. Área de relevante interesse ecológico. Restrições ao direito de propriedade. Obediência às normas ambientais. Desapropriação indireta. Não configuração. Limitação administrativa. Indenização. Prescrição. IPTU. Suspensão da cobrança e devolução dos valores pagos.

DROGAS

264

0041288-59.2019.8.19.0000

16876/2019 – TJ – (HC) – Prisão preventiva. Apreensão de grande quantidade e variedade de drogas e de rádio comunicador. Indícios de associação criminosa. Risco concreto de reiteração delitiva. Reincidência. Prisão necessária. Garantia da ordem pública. Pedido de relaxamento prejudicado.

120

111793/2019 – STJ – (HC) – Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Quantidade de droga apreendida. Reiteração delitiva. Possibilidade. Garantia da ordem pública. Desprovimento do recurso.

ECAD

109

1552227/2013 – STJ – (RESP) – Direitos autorais. Músicas utilizadas como fundo. Programas exibidos na televisão. ECAD. Critérios de fixação dos valores diferenciados. Assembleia geral. Decisão. Possibilidade. Provimento do recurso.

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

261

0008520-71.2016.8.19.0037

8125/2019 – TJ – (ACRIM) – Homicídio culposo. Embriaguez ao volante. Concurso material. Morte de motociclista. Materialidade e autoria comprovadas. CTB. Substituição da pena privativa de liberdade. Perda do direito de conduzir veículos automotores por determinado tempo.

ESTATUTO DO TORCEDOR

141

0104513-02.2009.8.19.0001

23812/2016 – TJ – (AC) – Campeonato de futebol. Final. Aquisição de ingresso. Fechamento dos portões. Superlotação do estádio. Tumulto. Frustração. Defeito do serviço. CDC. Estatuto do Torcedor. Responsabilidade solidária. Danos material e moral. Recurso provido parcialmente.

164

0069636-58.2017.8.19.0000

28864/2017 – TJ – (HC) – Futebol. Briga de torcida organizada. Estatutuo do Torcedor. Código Penal. Prisão preventiva. Constrangimento ilegal não demosntrado. Paz social. Ordem denegada.

ESTUPRO

257

0029331-81.2017.8.19.0210

13026/2018 – TJ – (ACRIM) – Estupro de vulnerável. Ocorrência nas visitas da filha ao pai. Inadequação do pedido de medidas protetivas com base na Lei Maria da Penha. Súmula nº 253 do TJRJ. Inviável deferimento. Recurso desprovido.

EXAME ANTIDOPING

178

0167801-79.2013.8.19.0001

53229/2016 – TJ – (AC) – Turf. Jockey Club Brasileiro. Competições. Controle antidoping. Contraprova. Prazo. Ciência. Penalidade de suspensão e multa. Aplicação correta. Dano moral não configurado. Violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Improcedente. Recurso deprovido.

EXECUÇÃO

204

0002505-95.2019.8.19.0000

3018/2019 – TJ – (AI) – Execução. Título extrajudicial. Penhora de imóvel. Levantamento. Bem de

família. Alegação de fraude à execução. Súmula 375 do STJ. Direito à moradia. Imóvel utilizado para residência. Manutenção da sentença.

EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO

161

0043110-25.2015.8.19.0000

45616/2015 – TJ – (AI) – Exibição de documentos. Alegação de violação de direitos. Declínio de competência. Direitos elencados no Estatuto do Torcedor. Matéria não abrangida. Rito não compatível com o processamento das causas em Juizados Especiais. Competência da Vara Cível.

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

175

0321740-45.2014.8.19.0001

46812/2016 – TJ – (AC) – Metrô. Torcida organizada. Agressão a passageiro. Falha na prestação do serviço. Obrigação de indenizar. Dano moral arbitrado corretamente. Desprovimento dos recursos.

228

0051928-05.2012.8.19.0021

74502/2018 – TJ – (AC) – Indenizatória. Falha na prestação do serviço. Negligência e imperícia. Restos placentários deixados no interior da cavidade uterina da paciente. Laudo pericial. Necessidade de curetagem. Erro médico. Abalo emocional. Afastamento de filho recém-nascido. Dano moral.

235

0054374-10.2014.8.19.0021

34179/2019 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer e indenizatória. Conta-corrente. Valores sacados indevidamente. CDC. Falha na prestação do serviço. Terceiros fraudadores. Ilegitimidade dos saques. Ressarcimento. Dano moral.

212

0030386-12.2017.8.19.0002

39107/2019 – TJ – (AC) – Indenização. Atraso de 3 (três) dias em voo internacional. Festividades de réveillon. Passagem de ano dentro da aeronave. Problemas mecânicos, atrasos, informações confusas, mal súbito de passageiro. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Manutenção da sentença.

237

0015494-41.2018.8.19.0042

54529/2019 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer e indenizatória. Queda de energia elétrica. Danos em notebook. Laudo técnico. Ausência de nexo causal. Não comprovação. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Manutenção da sentença.

GRATIFICAÇÃO

187

0052160-70.2018.8.19.0000

223/2018 – TJ – (RI) – Representação de Inconstitucionalidade. Gratificação de aprimoramento. Servidor Público. Lei Municipal. Aumento de despesa para a Administração. Vício de iniciativa. Afronta à Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Usurpação de competência. Princípio da separação dos poderes. Devolução de valores. Não cabimento. Representação procedente.

234

0031102-33.2014.8.19.0038

55658/2019 – TJ – (AC) – Obrigação de fazer. Gratificação denominada "Nível universitário". Incorporação aos proventos. Lei nº 2.378/92. Verba não mais paga desde março de 1999. Ato de aposentação. Existência da gratificação. Recurso desprovido.

HOMICÍDIO

146

0068727-59.2007.8.19.0002

16450/2017 – TJ – (ACRIM) – Campeonato de Muay Thai. Morte de atleta. Lutador adolescente e iniciante. Traumatismo craniano encefálico. Não utilização de equipamento de segurança. Negligência. Conduta culposa. Violação do dever de cuidado. Extinção da punibilidade pela prescrição.

261

0008520-71.2016.8.19.0037

8125/2019 – TJ – (ACRIM) – Homicídio culposo. Embriaguez ao volante. Concurso material. Morte de motociclista. Materialidade e autoria comprovadas. CTB. Substituição da pena privativa de liberdade. Perda do direito de conduzir veículos automotores por determinado tempo.

INTIMAÇÃO

118

1299828/2018 – STJ – (RESP) – Agravo Regimental. Intimação. Duplicidade. Publicação no Diário da Justiça Eletrônico. Prevalência. Intempestividade. Reconhecimento. Agravo improvido.

IPTU

220

0025023-84.2010.8.19.0068
41729/2017 – TJ – (AC) – Indenizatória. Cobrança. Obrigação de não fazer. Município. Área de relevante interesse ecológico. Restrições ao direito de propriedade. Obediência às normas ambientais. Desapropriação indireta. Não configuração. Limitação administrativa. Indenização. Prescrição. IPTU. Suspensão da cobrança e devolução dos valores pagos.

JUIZADO DO TORCEDOR

161

0043110-25.2015.8.19.0000
45616/2015 – TJ – (AI) – Exibição de documentos. Alegação de violação de direitos. Declínio de competência. Direitos elencados no Estatuto do Torcedor. Matéria não abrangida. Rito não compatível com o processamento das causas em Juizados Especiais. Competência da Vara Cível.

133

0034508-40.2018.8.19.0000
45566/2018 – TJ – (AI) – Ação Civil Pública. Ministério Pùblico. Competência. Vara Cível. Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos incompetente. Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013. Ato que se deseja impugnar não diz respeito a qualquer evento esportivo. Agravo provido.

MARCA REGISTRADA

201

0061269-11.2018.8.19.0000
81527/2018 – TJ – (AI) – Direito marcário. Violação à lei de propriedade industrial. Marca registrada. Uso exlusivo. Marcas semelhantes. Vedação. Competência. Foro do domicílio do autor da demanda ou no qual ocorreu o fato.

MATERIALIDADE E AUTORIA

268

0283077-22.2017.8.19.0001
15290/2018 – TJ – (ACRIM) – Receptação. Telefone celular. Alegação de desconhecimento de origem ilícita do bem. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Regime inicial aberto para cumprimento da pena.

MEDIDA PROTETIVA

257

0029331-81.2017.8.19.0210
13026/2018 – TJ – (ACRIM) – Estupro de vulnerável. Ocorrência nas visitas da filha ao pai. Inadequação do pedido de medidas protetivas com base na Lei Maria da Penha. Súmula nº 253 do TJRJ. Inviável deferimento. Recurso desprovido.

MINISTÉRIO PÚBLICO

133

0034508-40.2018.8.19.0000
45566/2018 – TJ – (AI) – Ação Civil Pública. Ministério Pùblico. Competência. Vara Cível. Juizado do Torcedor e dos Grandes Eventos incompetente. Resolução TJ/OE/RJ nº 20/2013. Ato que se deseja impugnar não diz respeito a qualquer evento esportivo. Agravo provido.

MULTA

178

0167801-79.2013.8.19.0001
53229/2016 – TJ – (AC) – Turf. Jockey Club Brasileiro. Competições. Controle antidoping. Contraprova. Prazo. Ciência. Penalidade de suspensão e multa. Aplicação correta. Dano moral não configurado. Violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Improcedente. Recurso deprovido.

MUNICÍPIO

192

0060153-04.2017.8.19.0000
284/2017 – TJ – (RI) – Representação de Inconstitucionalidade proposta por Prefeito. Lei Municipal nº 5.380/2017. Coletores seletivos de resíduos na Municipalidade. Vício formal. Não ocorrência. Repercussão geral. Direito ambiental. Usurpação de competência. Não configuração. Improcedência. Voto vencido.

220
0025023-84.2010.8.19.0068
41729/2017 – TJ – (AC) – Indenizatória. Cobrança. Obrigação de não fazer. Município. Área de relevante interesse ecológico. Restrições ao direito de propriedade. Obediência às normas ambientais. Desapropriação indireta. Não configuração. Limitação administrativa. Indenização. Prescrição. IPTU. Suspensão da cobrança e devolução dos valores pagos.

NEGLIGÊNCIA

146
0068727-59.2007.8.19.0002
16450/2017 – TJ – (ACRIM) – Campeonato de Muay Thai. Morte de atleta. Lutador adolescente e iniciante. Traumatismo craniano encefálico. Não utilização de equipamento de segurança. Negligência. Conduta culposa. Violação do dever de cuidado. Extinção da punibilidade pela prescrição.

PENA

268
0283077-22.2017.8.19.0001
15290/2018 – TJ – (ACRIM) – Receptação. Telefone celular. Alegação de desconhecimento de origem ilícita do bem. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Regime inicial aberto para cumprimento da pena.

261
0008520-71.2016.8.19.0037
8125/2019 – TJ – (ACRIM) – Homicídio culposo. Embriaguez ao volante. Concurso material. Morte de motociclista. Materialidade e autoria comprovadas. CTB. Substituição da pena privativa de liberdade. Perda do direito de conduzir veículos automotores por determinado tempo.

PENHORA

204
0002505-95.2019.8.19.0000
3018/2019 – TJ – (AI) – Execução. Título extrajudicial. Penhora de imóvel. Levantamento. Bem de família. Alegação de fraude à execução. Súmula 375 do STJ. Direito à moradia. Imóvel utilizado para residência. Manutenção da sentença.

PRESCRIÇÃO

146
0068727-59.2007.8.19.0002
16450/2017 – TJ – (ACRIM) – Campeonato de Muay Thai. Morte de atleta. Lutador adolescente e iniciante. Traumatismo craniano encefálico. Não utilização de equipamento de segurança. Negligência. Conduta culposa. Violação do dever de cuidado. Extinção da punibilidade pela prescrição.

275
0000780-11.2007.8.19.0059
578/2018 – TJ – (ACRIM) – Resistência qualificada. Matéria de ordem pública. Súmula. Extinto TRF. Pretensão punitiva. Prescrição.

PREVIDÊNCIA

246
0024631-83.2008.8.19.0014
53075/2017 – TJ – (AC) – Previdenciário. Acidente de trabalho. Conversão do benefício. Auxílio-doença em aposentadoria por invalidez. Não cabimento. Requisitos não previstos. Lesões consolidadas. Laudo pericial. Restrição e limitação para o pleno exercício laboral. Benefício do auxílio-acidente. Recebimento na proporção de 50%.

240
0492807-44.2015.8.19.0001
62906/2019 – TJ – (AC) – Previdência privada. Revisão de benefícios. Atualização monetária fixada pelo STJ. Rejustes técnicos legais. Cálculos atuariais. Equilíbrio contratual. Ilegalidade do reajuste realizado em maio de 2015.

PRISÃO

264
0041288-59.2019.8.19.0000
16876/2019 – TJ – (HC) – Prisão preventiva. Apreensão de grande quantidade e variedade de drogas e de rádio comunicador. Indícios de associação criminosa. Risco concreto de reiteração delitiva. Reincidência. Prisão necessária. Garantia da ordem pública. Pedido de relaxamento prejudicado.

120
111793/2019 – STJ – (HC) – Tráfico de drogas. Prisão preventiva. Quantidade de droga apreendida. Reiteração delitiva. Possibilidade. Garantia da ordem pública. Desprovimento do recurso.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL

201
0061269-11.2018.8.19.0000
81527/2018 – TJ – (AI) – Direito marcário. Violação à lei de propriedade industrial. Marca registrada. Uso exlusivo. Marcas semelhantes. Vedação. Competência. Foro do domicílio do autor da demanda ou no qual ocorreu o fato.

RECEPTAÇÃO

268
0283077-22.2017.8.19.0001
15290/2018 – TJ – (ACRIM) – Receptação. Telefone celular. Alegação de desconhecimento de origem ilícita do bem. Materialidade e autoria comprovadas. Condenação mantida. Regime inicial aberto para cumprimento da pena.

REPERCUSSÃO GERAL

192
0060153-04.2017.8.19.0000
284/2017 – TJ – (RI) – Representação de Inconstitucionalidade proposta por Prefeito. Lei Municipal nº 5.380/2017. Coletores seletivos de resíduos na Municipalidade. Vício formal. Não ocorrência. Repercussão geral. Direito ambiental. Usurpação de competência. Não configuração. Improcedência. Voto vencido.

RESISTÊNCIA

275
0000780-11.2007.8.19.0059
578/2018 – TJ – (ACRIM) – Resistência qualificada. Matéria de ordem pública. Súmula. Extinto TRF. Pretensão punitiva. Prescrição.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

141
0104513-02.2009.8.19.0001
23812/2016 – TJ – (AC) – Campeonato de futebol. Final. Aquisição de ingresso. Fechamento dos portões. Superlotação do estádio. Tumulto. Frustração. Defeito do serviço. CDC. Estatuto do Torcedor. Responsabilidade solidária. Danos material e moral. Recurso provido parcialmente.

ROUBO

276
0092835-09.2017.8.19.0001
17759/2017 – TJ – (ACRIM) – Roubo. Vítima turista estrangeira. Atuação agressiva. Autoria e materialidade comprovadas. Prova testemunhal. Reincidência. Recurso provido em parte.

SERVIDOR PÚBLICO

187
0052160-70.2018.8.19.0000
223/2018 – TJ – (RI) – Representação de Inconstitucionalidade. Gratificação de aprimoramento. Servidor Público. Lei Municipal. Aumento de despesa para a Administração. Vício de iniciativa. Afronta à Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Usurpação de competência. Princípio da separação dos poderes. Devolução de valores. Não cabimento. Representação procedente.

SUSPENSÃO

178
0167801-79.2013.8.19.0001
53229/2016 – TJ – (AC) – Turf. Jockey Club Brasileiro. Competições. Controle antidoping. Contraprova. Prazo. Ciência. Penalidade de suspensão e multa. Aplicação correta. Dano moral não configurado. Violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Improcedente. Recurso deprovido.

TESTEMUNHA

276
0092835-09.2017.8.19.0001
17759/2017 – TJ – (ACRIM) – Roubo. Vítima turista estrangeira. Atuação agressiva. Autoria e materialidade comprovadas. Prova testemunhal. Reincidência. Recurso provido em parte.

TORCIDA ORGANIZADA

175
0321740-45.2014.8.19.0001
46812/2016 – TJ – (AC) – Metrô. Torcida organizada.

Agressão a passageiro. Falha na prestação do serviço. Obrigação de indenizar. Dano moral arbitrado corretamente. Desprovimento dos recursos.

164

0069636-58.2017.8.19.0000

28864/2017 – TJ – (HC) – Futebol. Briga de torcida organizada. Estatutuo do Torcedor. Código Penal. Prisão preventiva. Constrangimento ilegal não demosntrado. Paz social. Ordem denegada.

TRANSPORTE

253

0008713-21.2017.8.19.0209

22834/2018 – TJ – (AC) – Transporte aéreo. Troca de voo. Aquisição de assento em classe executiva. Viagem forçada em classe econômica. Ressarcimento. Danos morais majorados. Danos materiais improcedentes.

TURF

178

0167801-79.2013.8.19.0001

53229/2016 – TJ – (AC) – Turf. Jockey Club Brasileiro. Competições. Controle antidoping. Contraprova. Prazo. Ciência. Penalidade de suspensão e multa. Aplicação correta. Dano moral não configurado. Violação aos princípios do contraditório e ampla defesa. Improcedente. Recurso deprovido.

VÍCIO DE QUALIDADE DO SERVIÇO

91

1414774/2013 – STJ – (RESP) – Ação civil Pública. Instituição financeira. Comprovantes de operações por meio de papel termossensível. Vício de qualidade do serviço. Projeto de lei. Alternativa viável. Manutenção do acórdão recorrido. Abstenção da cobrança pela emissão da 2ª via do comprovante. Recurso Especial não provido.

VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

281

0056938-80.2018.8.19.0001

18293/2018 – TJ – (ACRIM) – Violação de domicílio. Período noturno. Crime de cárcere privado. Atenuante da confissão. Motivo fútil. Não configuração. Majoração da pena-base exagerada. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Recurso parcialmente provido.

VOO

212

0030386-12.2017.8.19.0002

39107/2019 – TJ – (AC) – Indenização. Atraso de 3 (três) dias em voo internacional. Festividades de réveillon. Passagem de ano dentro da aeronave. Problemas mecânicos, atrasos, informações confusas, mal súbito de passageiro. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Manutenção da sentença.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MIN. LAURITA VAZ

120
(111793/2019) – STJ
HABEAS CORPUS

MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO

91
(1414774/2013) – STJ
RECURSO ESPECIAL – CÍVEL

MIN. MARIA ISABEL GALLOTTI

109
(1552227/2013) – STJ
RECURSO ESPECIAL – CÍVEL

MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES

78
(1318051/2012) – STJ
RECURSO ESPECIAL – CÍVEL

MIN. NEFI CORDEIRO

118
(1299828/2018) – STJ
RECURSO ESPECIAL – CRIMINAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DES. ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO

201
0061269-11.2018.8.19.0000
(81527/2018) – TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

175
0321740-45.2014.8.19.0001
(46812/2016) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. ANDRE GUSTAVO CORREA DE ANDRADE

231
0010986-13.2016.8.19.0207
(61811/2018) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. CELSO FERREIRA FILHO

261
0008520-71.2016.8.19.0037
(8125/2019) – TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JUNIOR

253
0008713-21.2017.8.19.0209
(22834/2018) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA

178
0167801-79.2013.8.19.0001
(53229/2016) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. DENISE NICOLL SIMÕES

141
0104513-02.2009.8.19.0001
(23812/2016) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME

228
0051928-05.2012.8.19.0021
(74502/2018) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. FABIO DUTRA

192
0060153-04.2017.8.19.0000
(284/2017) – TJ
REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

DES. FABIO UCHÔA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO

240
0492807-44.2015.8.19.0001
(62906/2019) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

220

0025023-84.2010.8.19.0068
(41729/2017) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

275
0000780-11.2007.8.19.0059
(578/2018) – TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. HELDA LIMA MEIRELES

246
0024631-83.2008.8.19.0014
(53075/2017) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

268
0283077-22.2017.8.19.0001
(15290/2018) – TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. JOSE ROBERTO LAGRANHA TÁVORA

257
0029331-81.2017.8.19.0210
(13026/2018) – TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. JUAREZ FERNANDES FOLHES

133
0034508-40.2018.8.19.0000
(45566/2018) – TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO

237
0015494-41.2018.8.19.0042
(54529/2019) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

161
0043110-25.2015.8.19.0000
(45616/2015) – TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. MARCOS ANDRE CHUT

212
0030386-12.2017.8.19.0002
(39107/2019) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO

187
0052160-70.2018.8.19.0000
(223/2018) – TJ
REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

DES. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO

281
0056938-80.2018.8.19.0001
(18293/2018) – TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA

146
0068727-59.2007.8.19.0002
(16450/2017) – TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ

264
0041288-59.2019.8.19.0000
(16876/2019) – TJ
HABEAS CORPUS

DES. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS

234
0031102-33.2014.8.19.0038
(55658/2019) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

DES. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO

276
0092835-09.2017.8.19.0001
(17759/2017) – TJ
APELAÇÃO CRIMINAL

DES. SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

204

0002505-95.2019.8.19.0000
(3018/2019) – TJ
AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA

164
0069636-58.2017.8.19.0000
(28864/2017) – TJ
HABEAS CORPUS

DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

235
0054374-10.2014.8.19.0021
(34179/2019) – TJ
APELAÇÃO CÍVEL

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(1318051/2012) – STJ (RESP)

78
0017639-25.1983.8.19.0001
Min. MAURO CAMPBELL MARQUES

(1414774/2013) – STJ (RESP)

91
Min. LUIS FELIPE SALOMÃO

(1552227/2013) – STJ (RESP)

109
Min. MARIA ISABEL GALLOTTI

(1299828/2018) – STJ (RESP)

118
Min. NEFI CORDEIRO

(111793/2019) – STJ (HC)

120
Min. LAURITA VAZ

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

(45616/2015) – TJ (AI)

161
0043110-25.2015.8.19.0000
Rel. Des. MARCO ANTONIO IBRAHIM

(23812/2016) – TJ (AC)

141
0104513-02.2009.8.19.0001
Rel. Des. DENISE NICOLL SIMÕES

(46812/2016) – TJ (AC)

175
0321740-45.2014.8.19.0001
Rel. Des. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

(53229/2016) – TJ (AC)

178
0167801-79.2013.8.19.0001
Rel. Des. CLAUDIA PIRES DOS SANTOS FERREIRA

(284/2017) – TJ (RI)

192
0060153-04.2017.8.19.0000
Rel. Des. FABIO DUTRA

(16450/2017) – TJ (ACRIM)

146
0068727-59.2007.8.19.0002
Rel. Des. MONICA TOLLEDO DE OLIVEIRA

(17759/2017) – TJ (ACRIM)

276
0092835-09.2017.8.19.0001
Rel. Des. ROSITA MARIA DE OLIVEIRA NETTO

(28864/2017) – TJ (HC)

164
0069636-58.2017.8.19.0000
Rel. Des. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA

(41729/2017) – TJ (AC)

220
0025023-84.2010.8.19.0068
Rel. Des. FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS

(53075/2017) – TJ (AC)

246
0024631-83.2008.8.19.0014
Rel. Des. HELDA LIMA MEIRELES

(223/2018) – TJ (RI)

187
0052160-70.2018.8.19.0000
Rel. Des. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO

(578/2018) – TJ (ACRIM)

275
0000780-11.2007.8.19.0059
Rel. Des. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA

(13026/2018) – TJ (ACRIM)

257
0029331-81.2017.8.19.0210
Rel. Des. JOSE ROBERTO LAGRANHA TÁVORA

(15290/2018) – TJ (ACRIM)

268
0283077-22.2017.8.19.0001
Rel. Des. JOAQUIM DOMINGOS DE ALMEIDA NETO

(18293/2018) – TJ (ACRIM)

281
0056938-80.2018.8.19.0001
Rel. Des. MARIA SANDRA ROCHA KAYAT DIREITO

(22834/2018) – TJ (AC)

253
0008713-21.2017.8.19.0209
Rel. Des. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JUNIOR

(45566/2018) – TJ (AI)

133
0034508-40.2018.8.19.0000
Rel. Des. JUAREZ FERNANDES FOLHES

(61811/2018) – TJ (AC)

231
0010986-13.2016.8.19.0207
Rel. Des. ANDRE GUSTAVO CORREA DE ANDRADE

(74502/2018) – TJ (AC)

228
0051928-05.2012.8.19.0021
Rel. Des. ELTON MARTINEZ CARVALHO LEME

(81527/2018) – TJ (AI)

201
0061269-11.2018.8.19.0000
Rel. Des. ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO

(3018/2019) – TJ (AI)

204
0002505-95.2019.8.19.0000
Rel. Des. SERGIO RICARDO DE ARRUDA FERNANDES

(8125/2019) – TJ (ACRIM)

261
0008520-71.2016.8.19.0037
Rel. Des. CELSO FERREIRA FILHO

(16876/2019) – TJ (HC)

264
0041288-59.2019.8.19.0000
Rel. Des. PAULO DE OLIVEIRA LANZELLOTTI BALDEZ

(34179/2019) – TJ (AC)

235
0054374-10.2014.8.19.0021
Rel. Des. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS

(39107/2019) – TJ (AC)

212
0030386-12.2017.8.19.0002
Rel. Des. MARCOS ANDRE CHUT

(54529/2019) – TJ (AC)

237
0015494-41.2018.8.19.0042
Rel. Des. LUIZ FELIPE MIRANDA DE MEDEIROS FRANCISCO

(55658/2019) – TJ (AC)

234
0031102-33.2014.8.19.0038
Rel. Des. PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS

(62906/2019) – TJ (AC)

240
0492807-44.2015.8.19.0001
Rel. Des. FABIO UCHÔA PINTO DE MIRANDA MONTENEGRO

REVISTA DE
DIREITO

PODER JUDICIÁRIO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Editora Espaço Jurídico
Av. Presidente Antônio Carlos, 615/Sala 305
Centro - Tel.: (21)2262-6612